

HACIA UN NUEVO DERECHO DE LA DISCAPACIDAD:

Delimitación, configuración y contenidos.

Autor:

Rafael de Lorenzo García

Secretario General del Consejo General de ONCE

Profesor Asociado, acreditado Titular, de la UNED

Secretario General de la Plataforma del Tercer Sector

ÍNDICE.

1.	COMENTARIOS INTRODUCTORIOS.....	2
2.	DELIMITACIÓN Y DEFINICIÓN.....	3
2.1.	Análisis crítico. ¿Un Derecho de la Discapacidad?	3
2.2.	Apuntes metodológicos de un Derecho de la Discapacidad.....	7
2.3.	Definición del Derecho de la Discapacidad	16
3.	CONFIGURACIÓN Y CONTENIDOS.....	19
3.1.	Configuración y contenidos del Derecho de la Discapacidad.....	19
3.2.	Avances normativos.....	25
3.3.	Aspectos adicionales.....	29
4.	HACIA UN NUEVO DERECHO DE LA DISCAPACIDAD: RETOS PENDIENTES. ..	30
5.	BIBLIOGRAFÍA.....	34

1. COMENTARIOS INTRODUCTORIOS.

Esta no es la primera vez que me enfrento a la a difícil tarea de indagar acerca de la existencia de fundamentos para un “Derecho de la Discapacidad” y, de ser así, cuáles serían las características y fronteras de esta especialidad jurídica. En 2009 realicé una aproximación discursiva acerca de si sería atinado defender la existencia de una rama o especialidad del ordenamiento jurídico en torno a la discapacidad y a las personas con discapacidad dentro de una obra colectiva titulada precisamente “Hacia un Derecho de la Discapacidad” (Pérez Bueno (dir), 2009). Ya entonces manifesté que se trata de una encomienda desmesurada, por su dificultad, pero nada descabellada, por los sólidos argumentos que la respaldan.

En aquél momento afronté el reto con dos objetivos: realizar algunas consideraciones sobre la posibilidad de afirmar la existencia fáctica, e incluso con un cierto grado de formalización, de una especialidad del ordenamiento jurídico que denominaríamos “Derecho de la Discapacidad”, y el de narrar su evolución histórica presente, en los treinta años anteriores a la publicación, haciendo un repaso de los hitos normativos y sociales que jalonaban la protección jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho Internacional, en el Derecho Comunitario, y en el Derecho Español.

Pues bien, habiendo transcurrido más de una década desde aquel esfuerzo, me hallo ahora ante el reto de revisar aquel trabajo seminal, a la luz de los acontecimientos e hitos jurídicos acontecidos desde entonces, y aportando una perspectiva renovada sobre los argumentos que esgrimí en aquel momento, con la finalidad de contribuir a la consolidación de esta especialidad jurídica de cara al futuro, destacando los retos pendientes en esta materia. Y no puede haber marco más oportuno para realizar el examen acerca de esta cuestión que el I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad, que nos reúne en Elche.

En esta ocasión, mi objetivo es triple. Por un lado, deseo profundizar en el análisis crítico acerca de la existencia o no de un Derecho de la Discapacidad, construyendo a partir de las consideraciones realizadas hace ya más de diez años, y esbozando una metodología que permita dar forma a esta especialidad jurídica desde una perspectiva científica. Por otro lado, deseo contribuir a la delimitación, definición y configuración de este Derecho, actualizando y adaptando aquel trabajo inicial a los avances que se han producido desde que abordé esta cuestión entonces. Y, por último, deseo aportar una visión prospectiva, para valorar cuáles son en mi opinión los próximos retos para un renovado Derecho de la Discapacidad.

El planteamiento que expongo en estas páginas es que el cambio paradigmático en el tratamiento jurídico de la discapacidad, que ha tenido un desarrollo exponencial en los últimos años, y que es el resultado de la evolución histórica de la sociedad y de su adaptación

normativa, ha generado sustanciales instrumentos jurídicos de protección de la discapacidad y un voluminoso acervo de normas desde un punto de vista territorial (internacional, nacional, local) y material (el alcance de las normas va desde disposiciones dirigidas específicamente a la discapacidad, a preceptos orientados a su protección dentro de normas dirigidas a regular otras cuestiones no relacionadas directamente con las personas con discapacidad o la discapacidad). Esto conduce a plantearse si, como ha sucedido con otros ámbitos del Derecho, es procedente el apadrinamiento de un Derecho de la Discapacidad como disciplina jurídica de segundo rango, señalando sus contornos y contenidos.

Para emprender este proyecto voy a estructurar mi ponencia en tres grandes partes. En primer lugar, después de estos comentarios introductorios, trataré de realizar un análisis crítico acerca de si es procedente un Derecho de la Discapacidad, y apuntaré algunas metodológicas que deberían contribuir a abordar esta tarea. En un segundo apartado, intentaré de exponer y actualizar la configuración, contenidos y avances normativos producidos en este ámbito del derecho. Y en un tercer bloque, abordaré desde una perspectiva prospectiva, los retos e iniciativas pendientes para la consolidación de esta disciplina del Derecho que es el Derecho de la Discapacidad.

2. DELIMITACIÓN Y DEFINICIÓN.

2.1. Análisis crítico. ¿Un Derecho de la Discapacidad?

A la vista de la evolución histórica de los derechos de las personas con discapacidad, la primera reflexión que se suscita es si existe o debería existir un "Derecho de la Discapacidad", o si los derechos de las personas con discapacidad se han de incluir en cada una de las ramas del derecho. Se trata de una reflexión relevante. Desde que el jurista romano Ulpiano estableciera los criterios para distinguir entre "Derecho público" y "Derecho Privado" ("*el Derecho Público es el que atañe a la cosa pública; el Derecho Privado, el que atiende el interés de los particulares*"), se ha teorizado acerca de las distintas ramas del Derecho de forma que, a través de su negación o confirmación, se ha venido desarrollando la arquitectura de de las ramas del derecho, multiplicándose el número de especialidades jurídicas (derecho civil, derecho administrativo, derecho medioambiental, y un sinfín más).

Estas teorizaciones se han venido produciendo porque, conforme se desarrolla la sociedad, especialmente en tiempos recientes, hay fenómenos y/o situaciones sociales para los cuales la

división tradicional resulta insuficiente. Así, la formación de las que hoy conocemos como disciplinas jurídicas autónomas (derecho mercantil, derecho penal, derecho administrativo, derecho del trabajo, derecho financiero o tributario, derecho constitucional, derecho internacional, etc.), a partir del derecho civil o derecho común, es muy reciente en la historia de la humanidad.

De acuerdo con Catenacci (2001), las principales variables o criterios que sostienen la división de las ramas clásicas del Derecho son: el del interés jurídicamente protegido; el de la voluntad de las partes intervinientes; y el de la persona interviniente. De la aplicación de estos criterios se suele desgranar la categorización dentro de las ramas clásicas (penal, civil, procesal, administrativo, constitucional, tributario, internacional, laboral, mercantil...), y se abren a otras que responden a realidades sociales.

La primera rama del Derecho privado que se configuró fue la del Derecho Civil, que contempla unos principios básicos o fundamentales referentes al Derecho privado general, sobre los cuales se edifica. Se trata de una especialidad jurídica constitutiva de un principio superior a tener en cuenta en la interpretación y aplicación de la norma civil y, en no pocos de sus preceptos, de un mandato al legislador. Una ramificación que se produce porque el derecho se desarrolla en relación con distintas realidades que precisan normas adecuadas regidas por principios canalizadores de aquéllas.

Más recientemente, el Derecho Comunitario se ha configurado como disciplina del Derecho, diferente del Derecho Internacional. Si bien hay voces en contra de esta distinción, múltiples y notables juristas apoyan la existencia del Derecho Comunitario como rama autónoma del derecho, fundamentando sus posiciones sobre puntos de vista tanto prácticos como dogmáticos. Así, por ejemplo, se ha expuesto que esta disciplina jurídica, si bien tiene vinculaciones con el derecho internacional, no forma parte de éste, pues el derecho comunitario tiene vínculos más firmes con los ordenamientos internos de los Estados miembro. Catalano (1988) sostiene que *“la autonomía científica puede ser comprobada, no tanto en razón del elemento técnico de la materia, sino principalmente en base a la amplitud y organización del conjunto de sus normas, de la existencia de principios que la gobiernan y de los métodos de examen relacionados al contenido especial sustancial de la norma”*. De acuerdo con Stolleis (2009), Werner Hallstein, uno de los impulsores de la nueva Europa tras la Segunda Guerra Mundial, acuñó la frase “Europa como Comunidad de Derecho”, planteando el Derecho como “elemento constructivo esencial de la Unión Europea”, influyendo en la política de la Comisión Europea, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que imponía la priorización del Derecho Comunitario en caso de conflicto con el Derecho de los Estados miembro. De esta forma, con la firma del Tratado de Roma en 1957 habían hecho nacer un orden jurídico autónomo, puesto que

el nuevo derecho comunitario había hecho restringir la soberanía a los Estados miembros y había creado así una entidad jurídica autónoma que se impone no sólo a los ciudadanos de los países, sino también a los mismos Estados.

Evidentemente, la división del derecho en muchas ramas o disciplinas jurídicas ha respondido en unas ocasiones a cuestiones prácticas, y en la mayor parte de las veces a razones didácticas, a la vista de la dificultad de conocer todo el Derecho simultáneamente. Pero aún así, cada disciplina que ha conseguido independizarse del tronco común ha buscado “un núcleo de imputación de las normas y de los principios jurídicos seleccionados por ella, núcleo de imputación que casi siempre ha sido subjetivo: la persona y la familia por el derecho civil, el comerciante por el derecho mercantil, el delincuente por el derecho penal, la Administración por el derecho administrativo, el trabajador por el derecho del trabajo, el contribuyente por el derecho tributario, la Constitución personificada por el derecho constitucional, la comunidad internacional por el derecho internacional, etc.” (De Lorenzo, 2009).

Todas las ramas jurídicas citadas se han consolidado tanto que, actualmente, nadie se plantea ningún plan de estudios, en cualquier institución en la que se forme en el conocimiento del Derecho, que no las comprenda con el carácter de disciplinas obligatorias. Pero junto a aquellas citadas, hay otras muchas disciplinas jurídicas que, a su vez, van disgregándose de las tradicionales, y que asoman en los planes de estudio de las Universidades e instituciones similares con carácter de disciplinas optativas conforme se consolida o constata paulatinamente su necesidad o reclamo en la sociedad. “Siguiendo los mismos ejemplos, sería el caso del derecho marítimo respecto del derecho mercantil, del derecho penitenciario respecto del derecho penal, del derecho urbanístico respecto del derecho administrativo, del derecho de la seguridad social respecto del derecho del trabajo, del derecho presupuestario respecto del financiero o tributario, del derecho electoral respecto del derecho constitucional, del derecho espacial respecto del derecho internacional, entre otros, en un proceso de progresiva especialización que no parece tener límites” (De Lorenzo, 2009).

Por esta razón es importante que los juristas nos planteemos este tipo de reflexiones para hacer avanzar al Derecho en línea con la realidad social que regula.

Sin duda alguna, la situación de las personas con discapacidad en todas sus vertientes ha venido evolucionando en la sociedad, atravesando diversas etapas hasta la situación en la que se encuentra hoy en día. Como ya he expuesto, el progreso que ha experimentado la protección jurídica de las personas con discapacidad, gracias a la consecución de numerosos hitos jurídico-normativos así como a las transformaciones organizativas y cualitativas que se han operado y que han cambiado verdaderamente la posición de la persona con discapacidad hasta situarla, en su calidad de persona, en el centro del ordenamiento jurídico como verdadero protagonista

activo, “abandonando posiciones asistencialistas, paternalistas y reductoras de su dignidad al tratarlo como un objeto o destinatario pasivo de las prestaciones y de las políticas inherentes a un modelo médico-rehabilitador que trató a la persona con discapacidad como un mero sujeto paciente” (Pérez Bueno, 2009). Se ha producido a nivel nacional e internacional un proceso legislativo que ha permitido el salto paradigmático desde el modelo médico-rehabilitador hasta el modelo social que enfoca la protección de la persona con discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos, dando lugar al nacimiento de diversos instrumentos jurídicos que hacen posible que este nuevo paradigma en el que la persona con discapacidad, sujeto de derechos, está en el centro del ordenamiento jurídico.

En este nuevo modelo, la dignidad es intrínseca a la persona con discapacidad e inescindible de ésta, y está estrechamente ligada a valores como la libertad y la igualdad, e implica la aparición de una serie de obligaciones *erga omnes* (De Lorenzo, 2016). Paulatinamente, las sociedades reconocen el papel activo de las personas con discapacidad en la sociedad y van adoptando este nuevo modelo de derechos, que invita a reconocer en la práctica la condición ciudadana de las personas con discapacidad, y que gira en torno al reconocimiento de su dignidad, autoestima e igualdad de derechos. Así, gradualmente las sociedades impulsan soluciones y medidas que permiten lograr la igualdad efectiva de oportunidades y no discriminación en cuestiones esenciales como el acceso a la educación o al empleo, y que permitan el desarrollo de la dignidad individual y social de las personas con discapacidad (De Lorenzo, 2004).

Como resultado existe un creciente conjunto de disposiciones normativas, cada vez más complejas y diversas, al que, si atendiéramos únicamente a términos prácticos, podríamos denominar “Derecho de la Discapacidad” en razón de su volumen, transversalidad y complejidad. Para dar una aproximación a la envergadura del acervo que se ha venido generando en materia de discapacidad en España, tan sólo desde la entrada en vigor de la Convención Internacional de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención), en el período comprendido entre 2008 y julio de 2017 en España, dejando a un lado las adaptaciones normativas que se han realizado en materia de discapacidad a nivel autonómico en las 17 Comunidades Autónomas, se han aprobado un total de 139 normas, distribuidas en 43 leyes, 75 reales decretos y 21 órdenes ministeriales. Se incluyen en este cómputo tanto las disposiciones específicas sobre discapacidad, es decir, dedicadas únicamente a cuestiones relacionadas con la discapacidad, como aquellas que, sin estar dedicadas a tratar específicamente esta cuestión, la tratan transversalmente. En cualquier caso, se trata de un cuerpo de normas de volumen significativo y de naturaleza y alcance diverso, que sin duda puede pivotar desde un punto de vista personal sobre las personas con discapacidad.

El apadrinamiento de un Derecho de la Discapacidad no es, por tanto, ninguna idea desmesurada y menos aún disparatada. Ante todo, es evidente que dispone de un núcleo subjetivo propio y distinto del que acogen las restantes disciplinas jurídicas de primer o de segundo rango, que es el de las personas con discapacidad o, si se prefiere, el de la discapacidad. Sobre ese núcleo ya revierten numerosísimas normas legales, que a su vez acuñan principios inspiradores y aplicativos de las mismas, por lo que se tiene la ventaja de contar con el elemento sustancial para avanzar por el camino que conduzca a la configuración de ese Derecho de la Discapacidad, con el rango de disciplina jurídica de segundo orden.

Hay que considerar que la totalidad del ordenamiento jurídico, sin excepción, debe ser estudiado bajo la óptica de los derechos de la persona con discapacidad, que se rigen por un principio de transversalidad y que es innegable que una realidad social no puede ser abordada sólo desde una disciplina jurídica, sino desde la conjunción de una multiplicidad de ellas.

De esta forma, como parte de la reflexión acerca de si concurren fundamentos para afirmar que existe un “Derecho de la Discapacidad”, sería necesario establecer, al menos de forma orientativa, cuáles serían los contornos de esta especialidad jurídica, y abordar la cuestión estableciendo unos criterios y metodología científicos para su consolidación.

2.2. Apuntes metodológicos de un Derecho de la Discapacidad

Pues bien, no sé si en un acto de temeridad o de valentía, trataré a continuación de esbozar algunas ideas para conformar una metodología que considero podría contribuir a aproximar científicamente la existencia de un “Derecho de la Discapacidad”, y que se estructura sobre tres pilares: A) el concepto, B) el método, C) las fuentes.

A) El concepto.

Abordar el concepto del Derecho de la Discapacidad obliga a adentrarse en tres cuestiones diferenciadas: su historia, su autonomía, y su contenido. Trataré de señalar a continuación algunos aspectos relevantes acerca de estas cuestiones, sin ser exhaustivo.

En primer lugar, emprender una revisión histórica de los orígenes y evolución del Derecho de la Discapacidad debe buscar los antecedentes de la protección de la discapacidad, tanto con carácter general e internacional, como en el ordenamiento español. Ello obliga a acotar el objeto de estudio para que no resulte de amplitud inabarcable, y en esta delimitación habría que

diferenciar entre las organizaciones de ámbito universal, las organizaciones de ámbito regional, las de los ordenamientos comparados y las del ordenamiento español.

Así, cabría destacar cómo en un origen, las personas con discapacidad no estaban incluidas como un grupo individualizado de personas susceptible de vulneraciones de los Derechos Humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948), que sirve de base para la regulación de la gran mayoría de situaciones de discriminación. Las personas con discapacidad son sujetos de declaraciones de Derechos Humanos a partir de los años 70: Declaración de los Derechos de los Derechos del Retrasado Mental (1971) y Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975). En las últimas décadas, el cambio hacia una perspectiva sobre la discapacidad basada en los Derechos Humanos ha contado con gran respaldo de las Naciones Unidas, evolucionando desde una visión como problemática de “desarrollo social”.

Esta nueva visión propugnada por las Naciones Unidas puso de manifiesto, entre otras iniciativas, en la formulación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General el 3 de diciembre de 1982 en su resolución 37/52, como resultado del Año Internacional de las Personas con Discapacidad¹.

El Programa de Acción Mundial es una estrategia global para mejorar la prevención de la discapacidad, la rehabilitación y la igualdad de oportunidades, que busca la plena participación de las personas con discapacidad en la vida social y el desarrollo nacional. En el Programa también se subraya la necesidad de abordar la discapacidad desde una perspectiva de Derechos Humanos. En concreto, las Naciones Unidas indican que la “*igualdad de oportunidades*” es el “*tema central del Programa*” y la filosofía en la que se sustenta para alcanzar la plena participación de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida social y económica. Este aspecto se fundamenta en un principio esencial, como es el de que los problemas que afectan a las personas con discapacidad no se deben abordar de manera aislada, sino en el contexto de los servicios normales de la comunidad. Así, en este nuevo enfoque de desarrollo inclusivo la participación de personas con discapacidad, tanto en calidad de contribuyentes como de beneficiarios, afianza los Derechos Humanos mediante el desarrollo, y el desarrollo mediante los derechos humanos.

Se produce de este modo un cambio de paradigma, que pasa por sustituir legislación asistencial anterior por auténticos sistemas de “derechos”, basados en el principio de igualdad

¹ Entonces se llamó “Año Internacional de los Impedidos” y se celebró en 1981.

de oportunidades (frente a derechos asistenciales) y basada en el concepto de la dignidad de las personas².

A nivel nacional, cabe destacar los siguientes hitos normativos esenciales en la construcción de un Derecho de la Discapacidad en España.

Por un lado, la Constitución Española fue el embrión que imprevisiblemente permitió desencadenar un proceso de desarrollo legislativo de gran calado al amparo de su artículo 49³, referido a todas las personas con discapacidad, que recoge tanto una visión rehabilitadora como una referencia a la integración, y que incorpora por ello un compromiso de protección integral, más allá de meras medidas reparadoras. Dicho artículo 49 de la Constitución ha de ponerse en relación con los arts. 9.2⁴, 10⁵ y 14⁶ para una adecuada interpretación del texto constitucional, más acorde con sus principios y valores básicos, para dar cabida al modelo social.⁷

La redacción de dichos preceptos ha dado lugar, no obstante, a propuestas de reforma para incorporar la discapacidad en la regulación de los derechos fundamentales, entre otros aspectos.

- Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos (LISMI): Primera regulación, en el sistema constitucional, de la discapacidad, que implicó la superación de la perspectiva meramente caritativa (actualmente derogada, y subsumida en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social).

² Existen también iniciativas de otros organismos internacionales, como el Consejo de Europa, que han aprobado estrategias similares en materia de discapacidad (así, “Human Rights: a reality for all. Council of Europe, Disability Strategy 2017-2023”).

³ “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

⁴ “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁵ “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁶ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁷ “El impacto general de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”, Marzo 2009, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, ap. 3.1, “La Discapacidad en la Constitución”.

- Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) (actualmente derogada, y subsumida en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre).
- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (actualmente derogada, y subsumida en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre).
- Ley 27/2007, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas (cuyos artículos 14.1 y 3 fueron modificados por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Posteriormente, como consecuencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007, gran número de normas fueron objeto de modificación mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la citada Convención.

Y es que la Convención, con una visión de la discapacidad⁸ desde la perspectiva de los Derechos Humanos, ha venido a otorgar una nueva dimensión de la discapacidad y a delimitar el marco jurídico en el que ésta ha de ser abordada en el ordenamiento de los países signatarios, incluida España. *“La Convención supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo”* (Exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social).

⁸ Tal y como se destaca en la página web dedicada a la Convención, a cargo del CERMI, http://www.convenciondiscapacidad.es/Prontuario_new.html, *“la Convención reconoce que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (Preámbulo)*. Asimismo, entiende que *“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. (Art. 1)

De lo mencionado se desprende, por un lado la asunción del modelo social de discapacidad, al asumir que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno. Y por otro, que la definición no es cerrada, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados”.

En segundo lugar, habría de abordarse la autonomía del Derecho de la Discapacidad. Esta cuestión tiene una singular importancia, pues de ella depende en definitiva la configuración de un Derecho de la Discapacidad diferenciado de las restantes ramas o disciplinas que componen actualmente el ordenamiento jurídico global. La autonomía de cualquier disciplina jurídica puede basarse en distintos núcleos y, así, por ejemplo, el Derecho del Trabajo se diferenció históricamente del Derecho Civil y del Derecho Administrativo por la existencia de un núcleo específico –el concepto de obrero o trabajador-, ayudado por la progresiva constitución de un sistema de fuentes normativas propias, como los convenios colectivos. A su vez, la autonomía del Derecho de Protección Social, respecto del Derecho del Trabajo, se propuso en base a la deseable universalidad de la cobertura, no basada en razones clasistas, en torno a la figura del trabajador, sino en razones humanas, en torno a la necesidad de tutela de todos los ciudadanos frente a las contingencias que les afectan en cuanto personas.

Consiguientemente, en relación con la Autonomía del Derecho de la Discapacidad se deberían abordar tres importantes cuestiones como son las relativas a: i) La singularidad de la persona con discapacidad, ii) El inconveniente fraccionamiento actual de las normas reguladoras de la discapacidad y iii) Las ventajas sociales de la confluencia de esas normas.

i) La singularidad de la persona con discapacidad

La singularidad de la persona con discapacidad entre los ciudadanos impulsa la configuración de un Derecho de la Discapacidad, definido triplemente, a la vez, como un Derecho general, especial y normal. Derecho general, no particular, puesto que sus normas se deben extender a todo el territorio nacional, en cuanto legislación de la competencia del Estado, sin perjuicio de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social. Además, como un Derecho especial, no común, puesto que sus normas se aplicarían a un único núcleo de imputación, que sería la figura de la persona con discapacidad, en torno al cual habría que ordenar todas las disposiciones reguladoras de la misma. Y, por último, un Derecho normal, no excepcional, en cuanto que estaría presidido por principios de vocación y ambición global, y no por disposiciones de fundamento restrictivo o privilegiado.

ii) El inconveniente fraccionamiento actual de las normas reguladoras de la discapacidad

Para abordar esta cuestión, la tarea inmediata no sería solo la de elaborar un gran Manual sobre el Derecho de la Discapacidad, sino, a poder ser, la de llevar a cabo un Código de la Discapacidad –a cargo de particulares, y no del Estado- que recogiera por apartados todas las

normas relativas a la protección de la discapacidad. Un primer paso de enorme interés para evitar el actual fraccionamiento de las normas legales relativas a la discapacidad, realizando entre las mismas una labor de coordinación y de concordancia de todas ellas, con lo que se advertirían los actuales espacios anémicos, necesitados de regulación a corto y a medio plazo.

En este sentido, cabe destacar como primera aproximación el Código de la Discapacidad, publicado en el BOE en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial y cuya última edición data de 4 de julio de 2017, el cual recoge referencias hasta de 147 normas estatales (algunas en texto completo y otras fraccionadas), estructuradas en las distintas materias en las que éstas se pueden englobar⁹. Esta recopilación se llevó a cabo por primera vez en 2015 y está en constante actualización, a iniciativa del Foro Justicia y Discapacidad, dependiente del Consejo General del Poder Judicial.

iii) Las ventajas sociales de la confluencia de estas normas

Aparte de las ventajas sistemáticas y metodológicas anotadas previamente, una confluencia conjuntada de las normas reguladoras de la discapacidad serviría para ampliar la protección social a las personas con discapacidad, atribuyendo funciones integradoras a los sistemas de salud, seguridad social y asistencia social y, por supuesto, a la legislación laboral.

En tercer lugar, habría que abordar el contenido del Derecho de la Discapacidad con especial entidad cuantitativa y cualitativa, pues es cuando quedaría referida a la sistematización de la disciplina y al desarrollo de su contenido en el ordenamiento español vigente. Ese contenido, válido igualmente para un manual y para un código o recopilación, habría de incluir, con carácter mínimo e imprescindible, al menos con los siguientes apartados:

- La discapacidad como realidad social.
- Los nombres y los conceptos de la discapacidad.
- La discapacidad en el Derecho universal y en el marco regional del Consejo de Europa y de la Unión Europea, incluyendo algunas experiencias comparadas.
- La discapacidad en la Constitución Española de 1978. Los derechos fundamentales y constitucionales de las personas con discapacidad.
- El marco legal y reglamentario de la discapacidad.
- El empleo de las personas con discapacidad: orientación, formación y reciclaje.
- Contratos de trabajo y relaciones laborales.

⁹ Civil, Penal, Protección Social, Salud, Trabajo y Empleo, Sistema Tributario, Comunicación y Sociedad de la Información, Urbanismo y Vivienda, Transporte, Educación Cultura y Deporte, Mercantil, Hipotecario, Administrativo, Poder Judicial, Protección Ciudadana Extranjeros y Sufragio.

- Protección social: sistemas de salud, seguridad social y asistencia social.
- Protección civil de la discapacidad.
- Servicios públicos para las personas con discapacidad.
- Actividades lúdicas para las personas con discapacidad.
- Organizaciones de personas con discapacidad: el CERMI.
- La Organización Nacional de Ciegos Españoles, ONCE.
- La organización administrativa estatal, autonómica y local.
- La Administración de Justicia.

B) El método.

Una vez elaborado el concepto, quedaría la importante cuestión de emprender su instrumentalización y aplicación. Se trataría pues de desarrollar el método, tanto de investigación como de enseñanza, que son una parte esencial tanto de la elaboración como de la aplicación del Derecho de la Discapacidad.

i) Método de investigación

En el momento actual, pese a la dispersión de los estudios existentes sobre el derecho positivo, se cuenta ya con un alto número de aquéllos, algunos de gran valor científico e interés práctico. El problema es que hasta el presente no se ha hecho el esfuerzo de sistematización, sustituido en el mejor de los casos por obras colectivas en las que cada autor se ocupa de un tema distinto desconectado de los demás y sin la menor simetría con ellos, de manera que el conjunto ha carecido hasta ahora, por así decirlo, de columna vertebral y de método uniforme. Por consiguiente, el método de investigación imprescindible para configurar un Derecho de la Discapacidad habría de dar un salto cualitativo hacia la unidad, lo que exigiría una dirección profesional que evitara contradicciones, superposiciones, lagunas y, sobre todo, un resultado de acumulación en lugar de un resultado de fusión.

Existen numerosos esfuerzos de investigación que cabe destacar, como son el Tratado de la Discapacidad, publicado en 2007, o la publicación más reciente de un monográfico sobre la década de vigencia de la Convención (“La Convención Internacional de las Personas con Discapacidad 2006-2016: Una década de vigencia”; Pérez Bueno y De Lorenzo, 2016), publicada en 2016 con ocasión del aniversario de la Convención. Y con carácter periódico, cabe destacar la publicación de Anales de Derecho y Discapacidad, publicada por el CERMI y la Fundación Derecho y Discapacidad, y que recoge cada año desde hace dos los trabajos destacados en el ámbito del Derecho de la Discapacidad.

ii) Método de enseñanza

El método de enseñanza de la nueva disciplina del Derecho de la Discapacidad es clave para la penetración social de la idea. Se trataría de divulgar, en distintos ámbitos y con variables niveles de exigencia -desde un máster hasta simples jornadas o seminarios de divulgación- los contenidos del Derecho de la Discapacidad, empezando por convencer de su necesidad y de su posibilidad.

Hay que mencionar en este punto que algunas de estas iniciativas ya son una realidad. Así, existe el Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia, impulsado por la Fundación Derecho y Discapacidad y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, y que en este curso 2017-2018 ya cursa su cuarta edición. Un máster integral que aborda todos los aspectos relacionados con la discapacidad haciendo hincapié en la perspectiva jurídica, y que ha formado ya a sesenta y tres profesionales, y en 2018 alcanzará los noventa egresados.

Igualmente, hay que destacar que nos reunimos precisamente en un Congreso dedicado al Derecho de la Discapacidad en el que participan casi doscientas personas relacionadas con el ámbito de la discapacidad de todas las partes del territorio.

Por tanto, se puede afirmar que, si bien aún podemos recorrer un largo camino en este ámbito, se han dado sin duda esenciales progresos que avanzan en la consolidación de la enseñanza del Derecho de la Discapacidad.

C) Las fuentes.

El tercer pilar sobre el que se sostienen estas notas metodológicas para abordar el Derecho de la Discapacidad serían sus fuentes. En relación con las fuentes habría que distinguir entre fuentes de producción y fuentes de conocimiento.

i) Fuentes de producción

Las fuentes de producción se refieren a los poderes sociales con capacidad normativa creadora o a las normas o disposiciones emanadas de estos poderes, tal y como de Castro y Bravo distinguió en su día, consiguiendo una adhesión prácticamente plena de la doctrina científica (De Castro y Bravo, 1955). De la misma manera que ocurre en el Derecho del Trabajo, que cuenta con el sistema de fuentes propias que son los convenios colectivos, el

Derecho de la Discapacidad se beneficia de esa misma fuente, al menos en sus contenidos laborales y sociales. De modo que, dentro de las fuentes de producción, habría de hacerse referencia a los tres niveles normativos de los que emana la regulación del Derecho de la Discapacidad, a saber: Las normas internacionales que forman parte del derecho español; Las normas estatales emanadas de los poderes legislativo y ejecutivo, o sea, las leyes y los reglamentos; y las normas convencionales y contractuales, que completan las anteriores, sin que sean precisas explicaciones complementarias para entender sus respectivos contenidos.

i) Fuentes de conocimiento

Son los documentos y materiales a través de los cuales puede accederse al conocimiento de las disposiciones de todo orden relativas al Derecho de la Discapacidad, así como a las claves y pautas imprescindibles para su correcta interpretación.

Por un lado están las recopilaciones legislativas. Existen actualmente diversos esfuerzos de recopilación legislativa de las normas reguladoras de la discapacidad, muchas veces generados dentro de las propias organizaciones del movimiento asociativo de la discapacidad. Así, la Fundación ONCE elabora sistemáticamente informes legislativos en los que acumula las normas generadas durante el año en materia de discapacidad.

Existe también el ya mencionado Código de la Discapacidad, publicado en el BOE en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial y cuya última edición data de 4 de julio de 2017. La diferencia entre recopilación y código consiste en que la primera se rige por criterios de acumulación –con o sin concordancias formales- en tanto que el segundo se inspira en criterios de ordenación y de concordancia. Consiguientemente, la tarea de recopilar, siendo ardua, es mucho más fácil y cómoda que la tarea de codificar.

En todo caso, ambos esfuerzos suponen un avance importante y, puestas en manos de las organizaciones del movimiento asociativo de la discapacidad y de las personas con discapacidad y sus familias a título individual, pueden producir un resultado de efectos sorprendentes, sobre todo si los textos fueran acompañados de sesiones explicativas sobre su contenido y utilización y de las jornadas, seminarios, cursos, másteres, etc, en que se hiciera uso de ellos.

Por otro lado, son de gran relevancia los repertorios jurisprudenciales y de doctrina judicial. Un repertorio de estas características podría componerse de capítulos dirigidos a: 1) Doctrina de los tribunales internacionales y regionales, principalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; 2) Doctrina del Tribunal

Constitucional; 3) Jurisprudencia del Tribunal Supremo, procedente de sus cinco salas, Civil, Penal, Contencioso-Administrativo, Social y Militar; 4) Doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, procedentes de todas sus salas; 5) Doctrina de los órganos judiciales que resuelven en la instancia, sobre todo Juzgados de lo Social y Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Cabe destacar en este sentido el valioso primer esfuerzo realizado por Guilarte Martín-Calero “Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad” (2016), que analiza las principales decisiones judiciales dictadas en materia de discapacidad, bien en forma de comentario breve, bien en forma de estudio más extenso, por distintos órganos jurisdiccionales nacionales (Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional) y europeos (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), resultando en una obra muy práctica que reúne en forma de estudios y comentarios más o menos breves un análisis riguroso de la jurisprudencia dictada en materia de discapacidad por los Tribunales europeos y españoles en sus distintas vertientes (internacional, constitucional, laboral, civil, penal, procesal), y que se configura como la primera obra de esta naturaleza.

No obstante, sería de gran relevancia avanzar en un repertorio de las características anteriormente expuestas, puesto que su utilidad práctica sería muy significativa. A medida que las personas con discapacidad y sus familias, o las entidades que los representan, acuden a los jueces y tribunales para ejercer de manera decidida y con mayor habitualidad su derecho a la tutela judicial efectiva, avanzamos en la consolidación de una doctrina jurisprudencial en estas materias, inundando el conjunto del ordenamiento jurídico con los elementos innovadores de la Convención, y fomentando que se produzcan los deseados efectos transformadores reconocidos en la Convención, de forma que permita a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de los derechos que tienen reconocidos. Esta doctrina que se genera como resultado de este proceso debe ser categorizada y sistemáticamente recopilada y analizada para promover la transformación social y verdadera exigibilidad de los derechos de las personas con discapacidad.

Por último, como parte de las fuentes de conocimiento, conviene profundizar en la generación de una bibliografía exhaustiva y selecta sobre la discapacidad. Una bibliografía que comprenda todas las áreas del conocimiento, y que distinga entre libros de carácter general, monografías y estudios, tesis doctorales, etc. Un esfuerzo de estas características sería de gran conveniencia para impulsar el conocimiento acerca del Derecho de la Discapacidad.

2.3. Definición del Derecho de la Discapacidad

Una vez sentada la razón de ser de un derecho de discapacidad, se precisa definirlo, lo cual no es una cuestión sencilla. No pretendo aportar aquí una propuesta de definición, pero si

apuntar a los elementos que habrá que valorar para poder desarrollar una desde una perspectiva científica. De esta forma, para abordar una definición del Derecho de la Discapacidad debemos acudir por un lado al ámbito personal que regula y, por otro, al ámbito material.

Desde la perspectiva del ámbito personal que regula, acudimos a la “persona con discapacidad” para acotar quiénes son los sujetos a los que alcanza el Derecho de la Discapacidad, o expresado de otra forma, configurar el Derecho de la Discapacidad a través de la definición de su ámbito personal. Esta demarcación puede centrarse en el estudio del objeto sobre el que recaen las normas sobre discapacidad, así como en el análisis de los sujetos a los que se dirigen dichas normas, reconociéndoles derechos e imponiéndoles obligaciones. Y, si bien es obvio que en el tráfico jurídico de la discapacidad intervienen otros elementos personales más allá de las personas con discapacidad, como pueden ser sus familiares, organizaciones representativas de la discapacidad, instituciones administrativas, entre otros, estos no se erigen a priori como elementos definidores del Derecho de la Discapacidad, aunque puedan ser sujetos de la normativa de discapacidad (Montoya, 1966: 87).

De esta forma, inmediatamente surge labor de delimitar el concepto de persona con discapacidad, que evidentemente es el sujeto más relevante, fuente y principal destino de esta normativa. Así deriva la necesidad de analizar el alcance del concepto jurídico de persona con discapacidad en el ordenamiento jurídico existente. En la actualidad acudimos a la definición de persona con discapacidad que recoge el artículo 1 de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”). Y, en el ordenamiento jurídico español, nos remitimos al artículo 2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y en el que la discapacidad se define como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

No obstante, las instituciones y conceptos jurídicos evolucionan, generalmente de forma más lenta que las realidades sociales que representan. Por lo que conviene no olvidar la distinción entre normas *lege data* o *lex lata* y *lege ferenda*, y adoptar la actitud del jurista práctico, que aplica la normativa existente, y que, en consecuencia, centra su atención en las instituciones según la legislación establecida, tal como se encuentra en el ordenamiento jurídico, sin olvidar la postura del jurista teórico, que, siendo respetuoso de lo que las instituciones son,

también se cuestiona cómo deberían ser, y así estudiar cómo debería evolucionar el concepto jurídico de persona con discapacidad como sujeto esencial del Derecho de la Discapacidad en concordancia con desarrollo de la realidad social que se le atribuye (Montoya, 1966: 88).

Asimismo, tal y como he avanzado, sería incompleto configurar la esencia de una rama del Derecho examinando únicamente su ámbito subjetivo, puesto que cualquier referencia a sujetos o personas remite, necesariamente, desde el punto de vista jurídico, a hechos u objetos. Y por lo tanto es absolutamente necesario definir igualmente el ámbito material del Derecho de la Discapacidad. El ámbito material de validez de las normas jurídicas –o ramas del derecho– identifica la materia que pretenden regular, es decir, las normas jurídicas no se aplican indistintamente; cada una rige en determinada área del derecho y tiene características particulares. Así, desde el punto de vista del ámbito material, una definición comprendería, a su vez, un cuerpo de normas que regulan específicamente los derechos de las personas con discapacidad, así como la totalidad del ordenamiento jurídico, en cuanto que en todo sector o rama del Derecho se deben integrar un conjunto de derechos, obligaciones o requisitos facilitadores de un pleno ejercicio de aquellos derechos.

Es esta sin duda una cuestión compleja, puesto que desemboca en el estudio o investigación de actos u objetos característicos en el Derecho de la Discapacidad; es decir, la investigación de conceptos jurídicos que sirvan de objeto a la normativa sobre discapacidad y de presupuesto para el estudio del concepto de persona con discapacidad. Resulta incompleto, inconcluso o fragmentario extraer la noción de este Derecho de la Discapacidad únicamente de su ámbito personal, la persona con discapacidad, desvinculando la relación entre sujeto y objeto; es preciso profundizar en el ámbito material, remitirse al objeto, que es la fuente que tipifica al ordenamiento, contextualizando, modelando y cualificando a los sujetos según su actividad; es decir, el objeto es el elemento que otorga a los sujetos una posición o filiación en la vida jurídica (por ejemplo, en otras ramas jurídicas, según su participación en la relación jurídica, los sujetos son calificados de comerciantes, trabajadores, administrados, etc.) (Montoya, 1966: 88). Por tanto, se antoja necesario profundizar o indagar en el ámbito material de las normas jurídicas de la discapacidad para completar la definición del Derecho de la Discapacidad.

3. CONFIGURACIÓN Y CONTENIDOS.

3.1. Configuración y contenidos del Derecho de la Discapacidad

Llegados a este punto, conviene exponer los distintos elementos que podría considerarse que configuran o componen el Derecho de la Discapacidad, en particular, en España; es decir, la normativa en la materia así como los códigos que la compilan, las estrategias que articulan la actuación administrativa y la jurisprudencia.

A) Normativa

Desde el punto de vista de la normativa, habría que acudir en primer lugar al instrumento jurídico internacional de protección de la discapacidad de mayor alcance, que es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. El gran cambio en la forma de abordar la perspectiva de la discapacidad se materializa en la Convención, que no sólo ha conllevado un cambio normativo muy sustancial en España, sino que es un parámetro interpretativo esencial.

Del mismo modo, en la Unión Europea la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento jurídico de aplicación desde que la Comunidad Europea la firmara el 30 de marzo de 2007, y fuera posteriormente ratificada por la Unión Europea el 23 de diciembre de 2010.¹⁰

Además de la ratificación de la Convención por parte de la Unión Europea, cabe destacar también otras previsiones a nivel europeo, como son las contenidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en su artículo 10), y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007

¹⁰ De acuerdo con Cabra de Luna y Güemes (2016), formalmente la entidad firmante de la Convención fue la Comunidad Europea, y no fue hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, cuando se produjo el cambio acordado en el Tratado: "*La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea*", afectando igualmente a su personalidad jurídica.

(artículos 21 y 26, entre otros), sobre la prohibición de discriminación por razón de discapacidad¹¹.

Por su parte, la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras de la Comisión Europea, adoptada en 2010¹², se basa en la Convención y proporciona un marco de acción a escala europea y nacional para abordar las distintas situaciones de personas con discapacidad estableciendo acciones en 8 ámbitos prioritarios (accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, salud y acción exterior).

Además, existen múltiples normas y resoluciones de la Unión Europea en distintas áreas que contienen aspectos relativos a la discapacidad.

Me gustaría detenerme brevemente en este punto para reflexionar acerca del impacto que ha tenido la ratificación de la Convención por parte de la UE, un hecho que tiene carácter histórico porque de esta forma la Unión Europea ha llegado a ser parte en el primer tratado jamás celebrado sobre Derechos Humanos, confirmando simultáneamente las competencias de la Unión en ámbitos relacionados con los Derechos Humanos, puesto que la Convención introduce mecanismos externos de fuentes de derecho y control nuevos para la Unión Europea en este ámbito.

En los años que han transcurrido desde este hito histórico y único hasta la fecha para la Unión Europea, se ha generado diferentes etapas en las que se ha debatido, desarrollado y acordado entre instituciones europeas, organizaciones de la sociedad civil, agentes sociales, proveedores de servicios y muchos otros actores, acerca de las implicaciones que la ratificación de este tratado han tenido para la Unión Europea, y destacando factores necesarios para el desarrollo de la Convención a nivel europeo, como: el proceso de ratificación; la definición de la jerarquía normativa en la que se introduce la Convención y su relación con las fuentes del derecho comunitario; el ámbito competencial de la Unión Europea afectado por la Convención; los instrumentos de gobernanza; el alcance de la monitorización de la Unión Europea por un organismo supranacional, como es el Comité de la Convención; el papel de la sociedad civil organizada en los mecanismos de elaboración de políticas públicas europeas; la forma de implicar de forma directa a grupos especialmente vulnerables como mujeres, niños y niñas; y así

¹¹ Sobre la normativa europea en materia de discapacidad puede consultarse el documento “*Commission Staff Working Document. Progress Report on the implementation of the European Disability Strategy (2010-2020)*”, de 2 de febrero de 2017 (pg. 159 y ss).

¹² Sobre el alcance del cumplimiento en España de la Estrategia puede consultarse “*European Semester 2016/2017 country fiche on disability*”, preparado por el “*Academic Network of European Disability experts*” (ANED).

una larga lista de aspectos inéditos en las políticas europeas que afectan a las personas con discapacidad.

Un elemento que, según Cabra de Luna y Güemes (2016) ha resultado cardinal para avanzar en la progresiva adaptación de la Unión Europea a los principios de la Convención ha sido la relativamente reciente obligación de reportar al Comité de Naciones Unidas sobre la Convención (Comité de la Convención) sobre el grado de implementación de la Convención por parte de la Unión Europea y la elaboración de las conclusiones (observaciones finales) subsecuentes. Este esfuerzo de reporte y de análisis, sin precedentes, que todas las instituciones europeas y todas las demás partes interesadas, tuvieron que realizar para afrontar el desafío del análisis del Comité, ha tenido como impacto; por un lado, la concienciación de las instituciones de la Unión Europea de sus obligaciones como estado parte y, por otro lado, ha dotado, a todas las partes interesadas, de un análisis e información ricos sobre los puntos fuertes y débiles de la Unión Europea de cara al cumplimiento de sus obligaciones con respecto a la Convención. Otro de los resultados importantes de este esfuerzo de reporte ha sido la capacitación del movimiento organizado europeo de personas con discapacidad, que tras este ejercicio ha conseguido un mayor grado de información, un acercamiento entre organizaciones para conocer mejor las necesidades de los otros grupos de personas con discapacidad y, por último, un fortalecimiento de la capacidad técnica para la formulación de sus propuestas dentro del sistema Europeo.

Volviendo a la normativa como elemento en la configuración del Derecho de la Discapacidad, en España el núcleo embrionario sobre el que se desarrolla la normativa sobre discapacidad se fundamenta en el marco constitucional, y viene constituido, en esencia, por el artículo 49, en relación con los artículos 9.2, 10 y 14 (la inclusión de la discapacidad en los factores diferenciadores prohibidos es aceptada con carácter general¹³).

En el desarrollo de la normativa estatal y autonómica¹⁴ específica en materia de discapacidad, la principal referencia la constituye en el ámbito estatal el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

¹³ Cabe destacar la ya antigua STC 269/1994, de 3 de octubre (RTC 1994\269), FJ 4º.

¹⁴ Cabe destacar, por ejemplo, la Ley valenciana 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con discapacidad, la Ley de Castilla y León 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con discapacidad y la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en Castilla-La Mancha. Recientemente (13 de septiembre de 2017) ha sido aprobado el Proyecto de ley de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía y el 14 de septiembre, el Proyecto de Ley de perros de asistencia de La Rioja. En el ámbito autonómico existe abundante normativa desde la perspectiva de la asistencia social y de la dependencia, accesibilidad, supresión de barreras, etc.

Como se destaca en su Exposición de Motivos, la labor de refundición, regularizando, aclarando y armonizando las normas previas, que es mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención, en la redacción dada por la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, resulta necesaria dadas las modificaciones que han experimentado en estos años, así como el sustancial cambio del marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad. Esta tarea ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional. Por ello, además de revisar los principios que informan la ley conforme a lo previsto en la Convención, en su estructura se dedica un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad. También se reconoce expresamente que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

A continuación, en la configuración del Derecho de la Discapacidad hay que destacar las previsiones en normas estatales y autonómicas relativas a materias concretas, por ejemplo, Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, normativa laboral, etc., que hacen referencia a la dimensión de la discapacidad en dichas materias.

El Código de la Discapacidad, mencionado previamente y que recoge referencias hasta de 147 normas estatales, estructuradas en las distintas materias en las que éstas se pueden englobar¹⁵, se llevó a cabo por primera vez en 2015 y está en constante actualización, a iniciativa del Foro Justicia y Discapacidad, dependiente del Consejo General del Poder Judicial. Ello es muestra de que la discapacidad tiene una incidencia transversal en el Derecho. En ocasiones, ello dificulta la localización de la norma, como se señala en la *Nota del autor* en el propio *Código de la Discapacidad*.

B) Estrategias

A los elementos señalados anteriormente en referencia a la normativa, se suman las distintas Estrategias en materia de discapacidad aprobadas tanto por el Gobierno de la Nación (Estrategia Española Sobre Discapacidad 2012-2020, así como su correspondiente Plan de Acción), como autonómicas (por ejemplo, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades para las personas

¹⁵ Civil, Penal, Protección Social, Salud, Trabajo y Empleo, Sistema Tributario, Comunicación y Sociedad de la Información, Urbanismo y Vivienda, Transporte, Educación Cultura y Deporte, Mercantil, Hipotecario, Administrativo, Poder Judicial, Protección Ciudadana Extranjeros y Sufragio.

con discapacidad de Castilla y León 2016-2020) que sirven como elemento de coordinación de las distintas políticas en esta materia¹⁶.

C) Jurisprudencia

Finalmente, la configuración del Derecho de la Discapacidad se cierra con la jurisprudencia, pues la eficacia práctica última del Derecho de la Discapacidad también recae, muy especialmente, en el alcance interpretativo sobre la normativa aplicable que realicen los distintos Tribunales, particularmente, en lo que se refiere a la aplicación de la Convención¹⁷. Esto es, como elemento configurador del Derecho de la Discapacidad, ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de los distintos Tribunales en la materia.¹⁸

Por tanto, partiendo de todo lo anterior, dada su extensión, su conexión con los Derechos Humanos y fundamentales y su carácter transversal, la discapacidad no constituye una materia estanca, sino que, por el contrario, despliega efectos en la totalidad de los aspectos de la vida jurídica de las personas. Por ello, cabría proponer distintas clasificaciones en lo que se refiere a los contenidos del Derecho de la Discapacidad.

Desde la perspectiva de las áreas en las que se centra la actuación la Estrategia Europea de Discapacidad (y que condiciona, de alguna manera, con carácter general, la clasificación de las áreas de las distintas estrategias nacional y autonómicas). Los ámbitos prioritarios¹⁹ en los que centra su actuación la Comisión Europea, y que son una muestra de los aspectos materiales que puede abarcar el Derecho de la Discapacidad, son los siguientes:

¹⁶ García de Enterría (1997) ha propuesto una definición en los términos siguientes: “*Si las directrices se revelan como instrumentos idóneos para asegurar una coordinación puntual de las acciones de una pluralidad de sujetos dotados de autonomía funcional, sólo los planes, en cuanto actos complejos que incorporan un diagnóstico de la situación, un pronóstico de su evolución, un cuadro de prioridades y objetivos y un programa sistemático de acción en función de aquellos, pueden asegurar globalmente la convergencia imprescindible de las distintas acciones, sin la cual no puede conseguirse el óptimo de eficacia en ningún sistema. Los planes, la planificación, constituyen por ello la expresión más específica de la coordinación en su aspecto funcional*”.

¹⁷ Durante el año 2016 y 2017, se han dictado 27 sentencias que mencionen la discapacidad por el Tribunal Constitucional y un total de 537 por el Tribunal Supremo.

¹⁸ Así, por ejemplo, recientemente se ha puesto de manifiesto la relevancia de esta labor de interpretación normativa conforme a la Convención y la Constitución Española con ocasión de la interpretación de la regulación del derecho de acceso a sufragio activo de las personas con discapacidad. Este asunto fue objeto de la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2016*, que suscitó una petición del CERMI al Defensor del pueblo para que interpusiese recurso de amparo frente a la misma. Mediante *Auto del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 2016* se desestimó el recurso de súplica contra la inadmisión del recurso de amparo interpuesto frente a la misma, resultando particularmente destacable el voto particular de Dña. Adela Asúa en dicho Auto.

¹⁹ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1137&langId=es>

1. Accesibilidad: hacer que los bienes y servicios sean accesibles a las personas con discapacidad y fomentar el mercado de dispositivos de asistencia.
2. Participación: garantizar que las personas con discapacidad disfruten de todos los beneficios de la ciudadanía europea, eliminar los obstáculos a la igualdad de participación en la vida pública y las actividades de ocio y fomentar unos servicios comunes de calidad.
3. Igualdad: luchar contra la discriminación por razón de discapacidad y fomentar la igualdad de oportunidades.
4. Empleo: aumentar de forma significativa la cuota de personas con discapacidad en el mercado laboral abierto. Las personas con discapacidad representan la sexta parte de la población en edad laboral de la UE, pero su nivel de empleo es comparativamente bajo.
5. Educación y formación: promover una educación y un aprendizaje permanente inclusivos para todos los alumnos con discapacidad. El acceso a la educación de calidad y la formación continua en igualdad de condiciones permite que los discapacitados se integren completamente en la sociedad y mejoren su calidad de vida. La Comisión Europea ha puesto en marcha diversas iniciativas educativas para personas con discapacidad, como la Agencia Europea para el Desarrollo de la Educación de Alumnos con Necesidades Educativas Especiales y un grupo específico de estudio de la discapacidad y la formación continua.
6. Protección social: fomentar unas condiciones de trabajo dignas y luchar contra la pobreza y le exclusión social.
7. Salud: fomentar la igualdad de acceso a la sanidad y los servicios afines.
8. Acción exterior: fomentar los derechos de las personas con discapacidad en la ampliación de la UE y los programas de desarrollo internacional.

Desde la perspectiva de los distintos aspectos propuestos en el Código de la Discapacidad, al agrupar las normas en materia de discapacidad en distintas áreas jurídicas.

También se ha propuesto en algunas obras una clasificación que diferencie entre la protección desde las áreas del Derecho penal, del Derecho civil, del Derecho Constitucional y Social.

Por tanto, el contenido del Derecho de la Discapacidad resulta ser casi tan amplio como todo el ordenamiento jurídico, dado que derechos y condiciones/requisitos de accesibilidad deben insertarse en la práctica totalidad del mismo.

El contenido no puede definirse exclusivamente por razón del ámbito material de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD) aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, pues aun siendo amplio no abarca todo el universo jurídico objeto de estudio. Hay aún diversas materias que necesitan tenerse en cuenta en relación con el Derecho de la Discapacidad (como pueden ser la tutela judicial efectiva, el derecho al voto o la desinstitucionalización) y que no se hallan recogidas en este Real Decreto Legislativo, sino en otras disciplinas jurídicas o ámbitos del ordenamiento jurídico.

De utilización casi obligada, el BOE publica y actualiza el llamado "Código de la Discapacidad", recopilación completa de todas las normas jurídicas españolas afectadas, es decir las que incluyen referencias a las personas con discapacidad. Ello, no obstante, no contempla otras normas de ámbito territorial inferior a estatal (Comunidades Autónomas; Entidades locales) o normas internacionales o de la Unión Europea.

En cuanto a las Comunidades Autónomas, el BOE recopila todas las normas de dos Comunidades Autónomas (Cataluña y Asturias) y códigos de vivienda y urbanismo de todas las Comunidades Autónomas.

3.2. Avances normativos.

Desde el mencionado trabajo seminal sobre Derecho de la Discapacidad en 2009, se debe destacar principalmente un avance normativo de relevancia. Se trata de la promulgación del ya mencionado Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, una norma con carácter transversal que respondía a una petición del movimiento asociativo de la discapacidad, y que fue atendida a través del mandato contenido en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En la propia sesión del Congreso en la que se debatió el Proyecto de ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 31 de marzo de 2011, se abogaba por “la elaboración de un texto refundido de las diferentes normas aplicables”, que supondría “un nuevo paso más en materia de derechos, en cuanto a la igualdad de oportunidades y al pleno disfrute de los derechos y libertades por parte de las personas con discapacidad [...] para seguir derribando obstáculos que supongan cualquier forma

de discriminación o menoscabo en la participación en la vida pública, económica y social de las personas con discapacidad”.²⁰

La habilitación al Ejecutivo para elaborar este texto refundido proviene de la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la redacción dada por la Disposición Final Quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que establecía finales de diciembre de 2013 como el plazo de la delegación legislativa: “El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.”

Así, se remitió el proyecto de normativa al Consejo de Estado con fecha de 24 de octubre de 2013 (si bien previamente se habían enviado cuatro borradores de 2 de enero, 16 de mayo, 25 de junio y 30 de septiembre de 2013), acompañado de una memoria del análisis de impacto normativo, fechada el 30 de septiembre de 2013, y, finalmente, la Comisión Permanente del Consejo de Estado²¹ dictaminó por unanimidad el expediente número 1183/2013 en su sesión de 14 de noviembre de 2013. En su dictamen, el órgano consultivo del Gobierno valoraba positivamente la labor refundidora llevada a cabo, que consolidaba en un texto único las disposiciones legales que hasta el momento venían regulando esta materia y posibilitaba su mejor estructuración y ordenación.

Además, hay que destacar que en el proceso de elaboración de la norma existió un permanente diálogo con el movimiento asociativo de la discapacidad, liderado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), cuya labor hay que subrayar, en la medida en que permitió comprender las dificultades y las barreras con las que se encuentran las personas con discapacidad en nuestro país. De esta forma, el CERMI demuestra su potencial y capacidad de interlocución, presión e incidencia políticas en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias.

²⁰ Diario de Sesiones del Congreso (núm. 237), de 31 de marzo de 2011.

²¹ Aunque correspondía adoptar el Dictamen al Pleno, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 2013, "teniendo en cuenta el plazo establecido para la aprobación del presente real decreto legislativo", se solicitó la emisión de dictamen "a la Comisión Permanente del Consejo de Estado (...) en el plazo máximo de 9 días", de acuerdo con lo establecido en el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado y en el artículo 128.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

Por tanto, más allá de configurarse en una mera compilación de normas jurídicas, esta nueva norma integró las tres citadas Leyes no sólo con objeto de armonizar estas normas, sino con el fin de impulsar los derechos de las personas con discapacidad a la luz de los principios y valores de la Convención. Constituye un gran avance legislativo al unificar toda la normativa existente en la materia y garantizar que la discapacidad esté contemplada en todas las actuaciones políticas, asegurando su protección en todos los ámbitos. Esta armonización crea un nuevo cuerpo jurídico que resultaba muy necesario para dar un nuevo impulso al reconocimiento de derechos. Igualmente, este instrumento normativo representa un cambio significativo en la percepción de la discapacidad, que supera definitivamente la perspectiva asistencial de las personas con discapacidad en favor de una concepción basada en los Derechos Humanos, adaptada a la realidad actual y en línea con los principios de la Convención.

El Texto Refundido, que finalmente fue publicado en el BOE Núm. 289 de 3 de diciembre de 2013, coincidiendo con la conmemoración del Día Internacional de la Discapacidad, y que entró en vigor al día siguiente de su publicación, consta de ciento cinco artículos, estructurados por medio de un título preliminar y tres títulos más, once disposiciones adicionales, una disposición transitoria y tres disposiciones finales, incorpora la totalidad del contenido de las leyes refundidas.

En lo referido a los principios, y en consonancia con la Convención, el Real Decreto Legislativo 1/2013 reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos y el consiguiente deber de garantía de los mismos por los poderes públicos. Se supera, así, el concepto asistencial de décadas pasadas: las personas con discapacidad pasan de ser objeto de tratamiento y protección social a ser considerados ciudadanos libres y titulares de derechos.

No obstante, me gustaría aprovechar esta oportunidad para incidir en algunas deficiencias de este Real Decreto Legislativo 1/2013 que, a pesar de su nombre (“Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social”) no puede considerarse que abarca todos los aspectos relacionados con la discapacidad. No aborda la totalidad de las materias jurídicas que son esenciales para el colectivo de las personas con discapacidad y sus familias, dejando aún pendientes algunas cuestiones. Así, de acuerdo con la agenda política del CERMI, sería necesario aún aprobar una normativa transversal que adaptara todo el ordenamiento jurídico español a los valores, principios y mandatos de la Convención en los aspectos aún no actualizados, que incluyen ámbitos como la igual capacidad jurídica, el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, la tutela, la curatela, o la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, como grandes asignaturas del Derecho de Familia, así como la educación inclusiva (y acabar con la educación segregada por razón de discapacidad, y disponer y habilitar apoyos efectivos para una educación verdaderamente inclusiva), la libertad personal (a través de

la eliminación del ordenamiento jurídico de la posibilidad de los internamientos no voluntarios por razón de trastorno mental), los apoyos públicos suficientes para la autonomía personal, la vida independiente y la inclusión en la comunidad, derecho de sufragio (activo y pasivo) para todas las personas con discapacidad²², la participación política y procesos electorales, el voto accesible para personas con discapacidad visual en todos los procesos electorales y consultas, entre otros (CERMI, 2015).

Por tanto, más allá de la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2013 y el avance significativo que sin duda ha supuesto esta norma, España aún debe acomodar su normativa legal interna al marco de Derechos Humanos de la Convención, por lo que aun sería necesaria una disposición marco que adecuara el contexto legal nacional, eliminando discriminaciones y exclusiones aún subsistentes para las personas con discapacidad.

Y continuando con los avances normativos a nivel nacional, caben destacar numerosas disposiciones sobre discapacidad de carácter sectorial que se han venido generando desde 2009. Como he comentado previamente, no pretendo realizar ahora una radiografía completa o exhaustiva, en el período comprendido entre 2008 y julio de 2017 en España, dejando a un lado las adaptaciones normativas que se han realizado en materia de discapacidad a nivel autonómico en las 17 Comunidades Autónomas, se han aprobado un total de 139 normas, distribuidas en 43 Leyes, 75 Reales Decretos y 21 Órdenes Ministeriales, incluyendo tanto normas específicas como transversales. Se puede acudir a otros trabajos para un análisis más pormenorizado sobre estas cuestiones (De Lorenzo, 2016).

²² En este punto es necesario hacer referencia a la reciente noticia de que el pasado 7 de noviembre el Pleno del Congreso aprobó por 341 votos a favor, ninguna abstención ni voto en contra, la toma en consideración de la Proposición de Ley de la Comunidad de Madrid para reformar la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), que pide que se suspendan dos apartados de la normativa legal para que las personas con discapacidad puedan votar. El primero se refiere al que señala que carecen de derecho a sufragio “los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme”; y el segundo a los “internados en un hospital psiquiátrico”. La Proposición de Ley pretende modificar la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para eliminar la posibilidad de que los jueces en los procedimientos de incapacitación legal puedan privar del derecho de voto a determinadas personas por motivos asociados a su discapacidad, lo cual es una violación palmaria de los derechos humanos de las personas con discapacidad establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la que España es parte. Se trata de una Proposición de Ley de reforma de la Ley del Régimen Electoral General elevada por la Asamblea de Madrid, promovida por el Grupo Parlamentario Socialista madrileño a sugerencia del CERMI, y aprobada en el parlamento regional con el respaldo de todos los grupos políticos. A partir de esta votación, la propuesta continuará su trámite en el parlamento nacional. <http://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-pide-al-congreso-la-reforma-legal-para-otorgar-el-derecho-al-voto-todas>

3.3. Aspectos adicionales.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta particularmente relevante la dimensión del reparto constitucional de competencias en el ámbito de la discapacidad a la hora de evaluar la distinta intervención de las Administraciones Públicas en dicha materia, tanto desde una perspectiva normativa como de ejecución.

Y es que la determinación de quiénes sean esos poderes públicos implicados deriva, en definitiva, del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En principio, estamos ante un supuesto de competencias compartidas desde el momento en que el mandato del art. 49 se canaliza en la práctica, no sólo por medio de prestaciones de la Seguridad Social, cuya competencia corresponde al Estado (artículo 149.1.17^a), sino también por acciones de asistencia social, función que han asumido las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos en virtud del artículo 148.1.20^a, y ello sin olvidar las facultades que en dicha asistencia social pueden corresponder, por vía de ordenación, gestión o ejecución, a las Corporaciones locales²³.

En concreto, han de tenerse en cuenta las siguientes previsiones constitucionales esenciales:

- Artículo 49 CE: el mandato sobre las personas con discapacidad está referido a “los poderes públicos”.
- El Estado, en virtud del artículo 149.1.1 CE, ostenta competencia para el establecimiento de las condiciones básicas de garantía de la igualdad de los derechos y deberes constitucionales de todos los españoles, cuya aplicación en relación con el artículo 49 ha sido expresamente reconocida por el TC (*STC, de 2 de febrero de 2017, Rec. 2113/2015 -LALEY 2505/2017-*).
- Las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 148.1.20 CE, ostentan competencias exclusivas en materia de asistencia social, donde tradicionalmente se han incluido las distintas políticas en materia de discapacidad, sobre todo las actuaciones asistenciales.

Este aspecto ha sido fuente de conflictos competenciales en torno al alcance de las competencias normativas de una y otra Administración, como refleja, por ejemplo, la citada *STC, de 2 de febrero*, sobre el conflicto positivo de competencia entre el Gobierno Vasco y el Gobierno de la Nación, acerca del régimen de tarjetas de estacionamiento para personas con discapacidad, en la que se señala que “todos los poderes públicos han de ejercer sus diferentes

²³ Sinopsis artículo 49 CE. Congreso de los Diputados. Asunción García Martínez. Profesora Titular. Universidad Complutense, diciembre 2003 y actualizada por Sara Sieira, Letrada de las Cortes Generales, 2011.

funciones con sentido social, siendo receptivos a las necesidades de los colectivos más necesitados de apoyo por su situación de vulnerabilidad”, haciendo referencia a la “inspiración social transversal” de la actuación de todos los poderes públicos, en ese caso, en materia de discapacidad.

De hecho, en el contexto de las propuestas de reforma constitucional en aspectos que atañen a la discapacidad se ha venido planteando también esta problemática, proponiéndose incluso que dicha reforma aborde, en concreto, el concepto de asistencia social, además de proponerse, en general, el establecimiento de mecanismos de coordinación a disposición del Gobierno de la Nación.

Por último, la intervención de las organizaciones, asociaciones y otras entidades representativas de personas con discapacidad es esencial en la configuración del Derecho de la Discapacidad, como se ha revelado en la práctica a lo largo de estas décadas en las que se ha venido profundizando en la generación de un Derecho de la Discapacidad. La participación de las organizaciones de personas con discapacidad ha sido destacada como factor relevante para alcanzar el reconocimiento del que gozan los derechos de dichas personas y, con ello, para consolidar un Derecho de la Discapacidad.

4. HACIA UN NUEVO DERECHO DE LA DISCAPACIDAD: RETOS PENDIENTES.

De todo lo expuesto anteriormente se puede aseverar que existen fundamentos y avances suficientes para afirmar la existencia de una disciplina jurídica que denominamos Derecho de la Discapacidad. La cuestión ahora es señalar aquellos retos o iniciativas pendientes que contribuirían a afianzar o consolidar esta rama jurídica. Parece claro que a ese propósito contribuirían decisivamente una serie de iniciativas que, de menor a mayor, serían las siguientes, respectivamente referidas a las publicaciones, a la docencia, la sensibilización, interpretación y aplicación de las normas, la exigibilidad de los derechos, así como la legislación.

a) Publicaciones

Como ya se ha expuesto, han proliferado significativamente las publicaciones sobre la materia. No obstante, sería oportuno afianzar el ambiente doctrinal necesario sobre la entidad diferenciada de esta disciplina. Esto se lograría no necesariamente con el incremento del volumen de publicaciones, sino con su categorización o clasificación, contribuyendo a

identificarlos y divulgarlos. Es decir, como ya apunté en 2009, la elaboración de una suerte de Manual del Derecho de la Discapacidad, con dos objetivos básicos: primero, el de fijar la materia y sus límites en torno al núcleo central de la discapacidad y, segundo, servir de instrumento de referencia para la enseñanza y expansión de esta disciplina. Un Manual que actúe como bandera de referencia para todo lo demás, bien pensado, bien estructurado, bien equilibrado, breve, sistemático, sintético, cultural, y sin excesos, asequible a cualquiera que se acerque a la materia. Deberá ser un instrumento de dimensiones inequívocamente reducidas y con una sistemática facilitadora del estudio y el conocimiento básicos de esta materia.

Como publicación de apoyo habría que dar impulso a la Revista periódica sobre el Derecho de la Discapacidad, como la que publican el CERMI y la Fundación Derecho y Discapacidad “Anales de Derecho y Discapacidad”, y que próximamente publicará su tercer volumen. Pues no hay ninguna disciplina jurídica que no cuente con ese medio de investigación y de difusión. Las opciones que se ofrecen a tal empeño son muy numerosas y variadas, sin que aquí puedan agotarse todas ellas, afectando una sobre otra al editor, a la frecuencia, al formato, a la difusión, a los contenidos, etc. Lo que sí es recomendable es que se trate de una revista científica, de la máxima categoría técnica, no de divulgación.

b) Docencia

La segunda iniciativa importante sería la de hacer de ese Derecho de la Discapacidad objeto de estudio separado en instituciones de enseñanza de todo orden, hasta llegar a la Universidad misma. Habría que conseguir que se incluyera en los planes de estudios de las universidades, tanto a nivel de grado como de posgrado, las materias relacionadas con el Derecho de la Discapacidad, tanto en las titulaciones de Trabajo Social como otras concomitantes. Un primer paso en esta línea, pionero, es el mencionado Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia que recientemente ha iniciado su cuarta edición.

Compatible con ello, pero muy necesario también, es dar continuidad a la organización de actividades esporádicas (Seminarios, Jornadas y hasta Congresos) dedicados al Derecho de la Discapacidad, como es el I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad, lo que constituiría un importante toque de campana para la salida de esa larga y apasionante carrera de fondo.

c) Sensibilización e interpretación y aplicación de las normas

Más allá de los cambios o mejoras legislativas que puedan ser necesarias, se requiere una mejora en la interpretación y aplicación de las normas existentes. Para ello es necesaria una sensibilización, concienciación y mejor formación de todos los operadores jurídicos, situándolas dentro del discurso de los derechos humanos.

d) Exigibilidad de los derechos

Es importante incidir en la idea de la exigibilidad de los derechos cuando hacemos referencia a los derechos de las personas con discapacidad. Esta exigibilidad engloba tres ideas. Por un lado, la idea defendida por Courtis (2007) de que derechos estén dotados de contenido material, que sean vinculantes, exigibles y universales, y requiere también regular mecanismos eficaces y rápidos de protección y tutela que garanticen que puedan ser ejecutados. Por otro lado, la idea de que las personas con discapacidad y sus familias, o las entidades que las representen, puedan acceder a los jueces y tribunales para reclamar sus derechos. En este sentido, hay que hacer hincapié en la necesidad de impulsar la labor del poder judicial, como garante constitucional de la aplicación de las normas. En el sistema constitucional español, dicho papel de garante en la aplicación de la norma se atribuye al poder judicial (artículo 117 CE), y, en concreto, a los jueces y tribunales a los que se les encomienda de modo exclusivo la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de conformidad con las previsiones de la Ley. De igual modo, el artículo 53.2 de la Carta Magna atribuye a los tribunales la tutela judicial efectiva respecto de los derechos y libertades fundamentales. Y por último, la idea de que las personas con discapacidad y sus familias deben ejercer y utilizar su derecho a reclamar y denunciar el incumplimiento de sus derechos. Es esencial avanzar en esta dirección para disponer de una consolidada doctrina jurisprudencial en estas materias, que los elementos innovadores de la Convención inunden el conjunto del ordenamiento jurídico y produzcan los deseados efectos transformadores reconocidos en la Convención, de forma que permita a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de los derechos que tienen reconocidos. Resulta imprescindible que las personas con discapacidad y sus familias, así como las entidades que los representan, ejerzan de manera decidida y con mayor habitualidad su derecho a la tutela judicial efectiva, y acudan a Jueces y Tribunales para exigir un disfrute efectivo de sus derechos.

e) Legislación

El cuarto reto, de gran relevancia e igual dificultad, es el que tiene que ver con el desarrollo legislativo. Allá en 2009 abogué por conseguir lo que se podría denominar “estatuto de las personas con discapacidad, con la fórmula de una ley parlamentaria que estableciera los

principios inspiradores del desarrollo legislativo posterior, y que adoptaría necesariamente la forma de Real Decreto-Legislativo, como un Texto Refundido de la Ley del Estatuto de las personas con discapacidad, al que se llevarían todas las regulaciones sustanciales de rango de ley, actualmente desperdigadas en leyes diversas sin que esta tarea se viese desbordada por un afán codificador decimonónico sino por la misión de elaborar y consolidar un núcleo legislativo básico de ordenación normativa en esta materia que integrase las conquistas actuales y acogiese los principios esenciales de la Convención de Naciones Unidas sobre Discapacidad así como los vectores más vanguardistas del derecho comunitario” (De Lorenzo, 2009). Pues bien, me alegra que esta también es ya una realidad en la forma del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, si bien aún quedan áreas importantes del ordenamiento jurídico pendientes de adecuación a la Convención, como ya he expresado en apartados anteriores.

De cara al futuro quedaría ahora una reforma constitucional que permitiera incluir derechos sociales y de la discapacidad. Así, el CERMI reivindica en su agenda política una “reforma de la Constitución Española de 1978 para dotar de rango de derecho fundamental – máximo grado de protección y garantía– a los derechos sociales, económicos y culturales de la ciudadanía española, comprendidos los de las personas con discapacidad (y sus familias), que aseguren su inclusión en la comunidad y la vida independiente, mediante la no discriminación y la acción positiva. Una modificación del artículo 49, tanto de su contenido, como de su ubicación, dedicado en el vigente texto constitucional a las personas con discapacidad, para configurar la igualdad y la inclusión como derecho fundamental, actualizando asimismo el enfoque y la terminología al paradigma de Derechos Humanos de la Convención Internacional de Naciones Unidas de 2006” (CERMI, 2015). Se trata de una exigencia que también recoge la Plataforma del Tercer Sector en su agenda política (PTS, 2016).

Incluir en el bloque de derechos fundamentales de la Constitución Española los derechos sociales, aquellos que afectan a las necesidades básicas de las personas, "sería tan sencillo como fue reformar el artículo 135" en agosto de 2011, que supuso la inclusión como prioridad del pago de la deuda bancaria. Así lo afirmó Luis Jimena, catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia y expresidente del Comité Europeo de Derechos Sociales²⁴. Se trataría de poner sobre el papel que los derechos sociales (a la vivienda, a la sanidad, a las pensiones, a la atención a la dependencia, etc.) son derechos fundamentales. Del mismo modo, se podría argumentar que sería necesario introducir junto a estos derechos los de las personas con discapacidad, para darles la mayor protección jurídica posible. Según el catedrático “una

²⁴ http://www.eldiario.es/andalucia/Incluir-Constitucion-sencillo-reformar-articulo_0_489951183.html

reforma constitucional de estas características haría posible una respuesta distinta de un juez ante el quebranto o agravio de los derechos de las personas con discapacidad, y haría que se garantizaran por las administraciones públicas de la misma manera que la escolarización infantil, por ejemplo”. En este sentido, tanto el CERMI como la Plataforma del Tercer Sector incluyen en sus respectivas agendas políticas la reivindicación de una reforma constitucional que declare como derechos fundamentales los derechos sociales, y un sistema mínimamente digno de derechos sociales para establecer unas condiciones de vida digna desde su norma constitucional.

5. BIBLIOGRAFÍA.

ARENAS ESCRIBANO, F. y CABRA DE LUNA, M.A. (coords.) (2015). “Comentarios al texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad”. La Ley: Madrid

CABRA DE LUNA, M.A. (dir) (2017) "La dimensión social de la fiscalidad: discapacidad, tercer sector y mecenazgo. Estudios en homenaje a Miguel Cruz Amorós". Ediciones Cinca: Madrid

CABRA DE LUNA, M.A. y GÜEMES, J. (2016), “La Unión Europea como parte de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, PÉREZ BUENO, L.C. y DE LORENZO, R. (2016). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - 2006/2016: Una década de vigencia*. Madrid: Cinca-CERMI.

CATALANO, N. y SCARPA, R. (1988). Principios de Derecho Comunitario. Tecnos: Madrid, 1988

CATENACCI, I. J. “Introducción Al Derecho” Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001

CERMI (2015). Documento de Propuestas en Materia de Derechos, Inclusión y Bienestar de Personas con Discapacidad y sus Familias para los Programas Electorales de las Formaciones Políticas. Disponible en:

http://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/ELECCIONES_GENERALES.pdf

[accedido por último en 07/11/2017]

COURTIS, C. (2007). “La justiciabilidad de los derechos de las personas con discapacidad”, en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (2007) Tratado de la Discapacidad. Thomson Reuters. Madrid.

- DE ASIS ROIG, R., Sobre discapacidad y derechos, Dykinson, Madrid, 2014.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1955). "Derecho civil de España. Parte General". Tomo I libro preliminar. *Introducción al Derecho civil (3.ª edición)*. Instituto de Estudios Políticos: Madrid, 1955.
- DE LA VILLA GIL, L. E. (2015) “¿Qué es eso del Estado de Bienestar y cómo se mide, histórica y económicamente?”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 3, Julio 2015, pp. 15-81.
- DE LORENZO, R. (2004). “El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión”, *Revista de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 50, pp. 73.
- DE LORENZO, R. (2009). “Los contornos del Derecho de la Discapacidad”, en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) (2009). *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Aranzadi.
- DE LORENZO GARCÍA, R. (2016): “Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, número 1, septiembre 2016, año I, páginas 143-167.
- DE LORENZO, R. y DE MIGUEL VIJANDI, B. (2016): Factores determinantes de la dignidad y ciudadanía de las personas con discapacidad: la relevancia de la inserción laboral. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 43, 2016
- DE LORENZO, R. y PALACIOS, A. (2016): “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Balance de una década de vigencia”, en PÉREZ BUENO, L.C. y DE LORENZO, R. (2016) *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - 2006/2016: Una década de vigencia*. Madrid: Cinca-CERMI.
- DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (2007) *Tratado de la Discapacidad*. Thomson Reuters. Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1997). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, 8ª ed. Civitas.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.) (2016). *Estudios y Comentarios Jurisprudenciales sobre Discapacidad*. Thomson Reuters.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. (2016) “Derechos Fundamentales y Discapacidad”. Ediciones cinco: Madrid.

MONTOYA, A. (1996) “El ámbito personal del Derecho del Trabajo”, en *Revista de Política Social*, núm. 71, págs. 87 a 101.

PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) (2009). *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Aranzadi.

PÉREZ BUENO, L.C. (2010): “*La ciudadanía organizada como actor político directo: Democracia participativa y diálogo civil*”, Artículo de opinión, Cermi.es

PÉREZ BUENO, L.C. (2016): “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en España: La agenda legislativa pendiente una década después”, en PÉREZ BUENO, L.C. y DE LORENZO, R. (2016) *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - 2006/2016: Una década de vigencia*. Madrid: Cinca-CERMI.

PÉREZ BUENO, L.C. y DE LORENZO, R. (2016). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - 2006/2016: Una década de vigencia*. Madrid: Cinca-CERMI.

PLATAFORMA DEL TERCER SECTOR, PTS (2016). Documento de agenda política operativa de la Plataforma del Tercer Sector (PTS) para la Legislatura 2016-2020 para presentar al nuevo Gobierno a través del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (MSSSI), nueva titular. Disponible en: <http://www.plataformatercersector.es/sites/default/files/Agenda%20Pol%C3%ADtica%20de%20la%20PTS%202016-2020%20v2.pdf> [accedido por último en 07/11/2017]

STOLLEIS, M. (2009). “Europa como Comunidad de Derecho”. *Historia Constitucional*, nº 10. Págs. 475-484, 2009.