

INFORME “El tiempo de los derechos”, núm. 1

EL IMPACTO GENERAL DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL



Informe elaborado dentro del Programa “El Tiempo de los derechos”, Consolider-Ingenio 2010, por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del Proyecto de investigación “El impacto que la incorporación y ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español” financiado por la FUNDACIÓN ONCE.

Marzo de 2009

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN

DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN DEL EQUIPO:

Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid.

Dirección:

Rafael de Asís Roig, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”.

Coordinación:

María del Carmen Barranco Avilés, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”.

Agustina Palacios Rizzo, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Mar del Plata e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”.

Patricia Cuenca Gómez, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”.

MIEMBROS DEL EQUIPO:

Investigadores del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” y de la Universidad Carlos III de Madrid.

Rafael de Asís Roig; Francisco Javier Ansuátegui Roig; Cristina Aragón Gómez; Francisco Bariffi; María del Carmen Barranco Avilés; María de los Ángeles Bengoechea Gil; Diego Blázquez Martín; Ignacio Campoy Cervera; José Antonio Colmenero Guerra; Patricia Cuenca Gómez, María Luisa González-Cuéllar; Roberto Jiménez Cano, Carlos Lema Añón; Hugo López López; Agustina Palacios Rizzo; Oscar Pérez de la Fuente; Miguel Ángel Ramiro Avilés; Silvina Ribotta; María Eugenia Rodríguez Palop; José Vida Fernández.

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN: LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	1
2.- LA FILOSOFIA DE LA CONVENCION.....	3
3.- INCIDENCIA DE LA CONVENCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.....	7
3.1. La discapacidad en la Constitución.....	9
3.2. La capacidad jurídica.....	13
3.3. Cambios en la normativa española.....	19
3.3.1.- Salud, sanidad e investigación biomédica.....	19
3.3.2.- Libertad y seguridad.....	22
3.3.3.- Trabajo, empleo, servicios sociales.....	25
3.3.4.- Derecho Privado.....	27
3.3.5.- Justicia.....	28
3.3.6.- Servicios Públicos y Función pública.....	30
3.3.7.- Medidas tributarias.....	31
3.3.8.- Participación política.....	33
3.3.9.- Accesibilidad a los medios audiovisuales.....	33
3.3.10.- Educación.....	36
3.3.11.- Otras obligaciones del Estado.....	37

1.- INTRODUCCIÓN: LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Este informe se ha elaborado en el marco del Proyecto de investigación “El impacto que la ratificación e incorporación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español” dirigido y coordinado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid y financiado por la Fundación ONCE.

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Convención es el resultado de un largo proceso, en el que participaron varios actores: Estados miembros de la ONU, Observadores de la ONU, Cuerpos y organizaciones importantes de la ONU, Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad.

En los tres últimos decenios, el cambio hacia una perspectiva sobre la discapacidad basada en los derechos humanos ha contado con gran respaldo en el ámbito de Naciones Unidas. Durante mucho tiempo, la discapacidad venía siendo abordada como una problemática de “desarrollo social”, es decir, fuera del ámbito específico de los órganos de derechos humanos del sistema.

Esta tendencia se ha revertido en las últimas décadas. Fue así como en el año 2001 comenzó a gestarse una Convención Internacional que abordara el fenómeno de la discapacidad desde el modelo social, orientada a garantizar a estas personas el goce y ejercicio de sus derechos sin discriminación y en igualdad de oportunidades. Este proceso culminó finalmente con la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad por parte de Naciones Unidas, convirtiéndose en el primer Tratado de derechos humanos del Siglo XXI.

La Convención cuenta con un Preámbulo y cincuenta artículos.

Los nueve primeros artículos recogen disposiciones generales relativas al propósito y a la definición de persona con discapacidad (art. 1); a como deben entenderse una serie de términos,

tales como comunicación, lenguaje, discriminación por motivo de discapacidad, ajustes razonables y diseño universal (art. 2); a los principios generales que deben orientar la interpretación y aplicación de la Convención, entre los que destacan el principio de dignidad, el de igualdad y el de accesibilidad universal (art. 3); a ciertas obligaciones generales asumidas por los Estados y que son obligaciones de respeto, de protección y de cumplimiento (art. 4); a la igualdad y no discriminación (art. 5); a las mujeres y discapacidad (art. 6); a los niños y discapacidad (art. 7); a una serie de medidas para sensibilizar y educar a la población respecto a los derechos de las personas con discapacidad (art. 8); y a la accesibilidad universal (art. 9).

Los artículos 10 a 30 abordan una serie de derechos. Los principales derechos que prevé la Convención son:

.- Derechos de igualdad

Derecho a la igualdad y a la no discriminación, derecho a la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida; derecho a disfrutar de un entorno accesible, y derecho a un igualitario acceso a la justicia.

.- Derechos de protección

Derecho a la protección de la vida; derecho a la protección ante situaciones de riesgo; derecho de protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; derecho de protección contra la explotación, la violencia y el abuso; derecho a la protección de la integridad personal (física y mental); derecho a la protección de la privacidad, y derecho a la protección del hogar y la familia.

.- Derechos de libertad y autonomía personal

Derecho a la libertad y seguridad de la persona; derecho a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad; derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad; y derecho a la movilidad personal con la mayor independencia posible.

.- Derechos de participación

Derecho a la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información; el derecho a participar en la vida política y pública; y el derecho a participar en la vida cultural las actividades

recreativas, el esparcimiento y el deporte.

.- Derechos sociales

Derecho a una educación inclusiva a todos los niveles, así como a la enseñanza a lo largo de la vida; el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud; el derecho a la habilitación y rehabilitación para lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional; el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad; y derecho a tener un nivel de vida adecuado y a la protección social.

El artículo 31 establece la obligación de los Estados de recopilar datos estadísticos y de investigación.

El artículo 32 señala importancia de la cooperación internacional para promover el cumplimiento de la Convención.

Los artículos 33 a 40 se refieren a cuestiones relativas a la aplicación y supervisión de la Convención. Así se refiere al seguimiento nacional, destacando la posibilidad de establecer un mecanismo de coordinación (art. 33); al seguimiento internacional, con la creación de un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 34), al que los Estados deben presentar informes – el primero a los dos años y luego cada cuatro – y al que es posible presentar denuncias individuales (sólo en relación con aquellos Estados que hayan ratificado también el Protocolo).

Los artículos 41 a 50 son disposiciones finales relativas a la firma, ratificación, reservas, etc...

2.- LA FILOSOFÍA DE LA CONVENCIÓN

Dejando a un lado formas históricas ya superadas sobre el tratamiento de la discapacidad, es importante advertir como ésta, durante buena parte del siglo XX, ha sido abordada desde el llamado modelo médico o rehabilitador.

Para este modelo, las causas que originan la discapacidad son científicas (la discapacidad

es producto de una limitación física, psíquica, mental o sensorial). Las personas con discapacidad dejan de ser consideradas inútiles o innecesarias como en el modelo anterior, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas. Por ello, el fin primordial que se persigue desde este modelo es normalizar a estas personas para integrarlas en la sociedad. La discapacidad es un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, accidente, o condición de su salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. El tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta. De este modo, desde el punto de vista jurídico, la discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del Derecho civil relacionadas con la incapacitación y la tutela. El modelo rehabilitador, aborda el tratamiento de la discapacidad desde un punto de vista preferentemente asistencial y, en este sentido, la situación de las personas con discapacidad no siempre es percibida como ejemplo de discriminación.

Sin embargo, en las últimas décadas, han surgido dos nuevas formas de abordar el tratamiento de la discapacidad, que permiten integrarla en el discurso de los derechos humanos y que está reflejadas en el articulado de la Convención. Se trata de los denominados como modelo social y modelo de la diversidad.

Uno de los presupuestos fundamentales del modelo social radica en que las causas que originan la discapacidad no son individuales – como se afirma desde el modelo rehabilitador – sino que son preponderantemente sociales. Ello es así desde que, según los defensores de este modelo, no son exclusivamente las limitaciones individuales las raíces del problema, sino – sobre todo – las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Para el modelo social, las soluciones no deben apuntar sólo individualmente a la persona, sino que más bien deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad. Se hace necesaria una política pública que extienda la satisfacción de los derechos, que universalice su disfrute, prestando especial atención a las dimensiones de tipo social y haciendo desaparecer la discriminación en ese ámbito.

El modelo de la diversidad es una variable del anterior. Se trata de un modelo basado en los postulados de los movimientos de vida independiente y que, en lo que aquí nos importa, demanda la consideración de la persona con discapacidad (o con diversidad funcional, término que se utiliza por este movimiento) como un ser valioso en sí mismo por su diversidad. La persona con discapacidad es, sencillamente, una persona diversa a otra, con lo que su presencia en las sociedades (obviamente en igual satisfacción de derechos que el resto) es un verdadero factor de enriquecimiento. De esta forma, la política pública en materia de discapacidad debe tener como objetivo hacerla desaparecer, sin que ello suponga hacer desaparecer, necesariamente, la deficiencia. En términos de derechos, el modelo de la diversidad demanda el reconocimiento de derechos específicos de estos grupos, no tanto desde una argumentación de tipo universalista, sino más bien de tipo particularista.

El modelo social y el modelo de la diversidad, comparten además, algunos postulados, entre los que destacaremos tres. Por un lado, manejan un concepto amplio de discapacidad que no atiende a porcentajes de minusvalía (como por ejemplo se establece en la legislación española al hacer referencia a una minusvalía igual o superior al 33%), sino más bien a la situación concreta en la que se encuentran las personas. Por otro lado, cuestionan el enfoque tradicional de la idea de dignidad humana, basado en las capacidades de las personas (cuantas más capacidades más dignidad) y sujeto al papel social de éstas (cuanto más se aporta a la sociedad más dignidad). Por último, manejan una posición igualitaria que da cabida a los dos grandes modelos de políticas igualitarias: la diferenciación negativa (la idea de que existen circunstancias o situaciones que nos diferencian pero que no son relevantes para justificar un trato distinto) y la diferenciación positiva (la idea de que existen circunstancias o situaciones que nos diferencian que sí son relevantes para justificar un trato distinto).

Pues bien, son estos dos modelos (principalmente el social), los que presiden la filosofía de la Convención. Ahora bien, la estrategia de la Convención no es la de reconocer nuevos derechos, sino la de asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad.

La Convención es una apuesta clara y definitiva por la inclusión de la discapacidad en el discurso de los derechos. Buena prueba de ello lo constituyen los principios generales a los que alude su artículo 3 y que pueden reconducirse a tres: dignidad, igualdad y accesibilidad universal. Y lo mismo cabe decir en relación con el tratamiento de la cuestión de la capacidad jurídica.

La temática de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha sido la cuestión más polémica de las negociaciones. Buena prueba de ello lo constituye el hecho de que en una de las sesiones (en la octava) se aprobó la Convención con una nota al pie de página en el artículo sobre esta temática que decía: “En árabe, chino y ruso, la expresión ‘capacidad jurídica’ se refiere a la ‘capacidad jurídica de ostentar derechos’ no a la ‘capacidad de obrar’. En términos generales, la discusión se centraba en la adopción de dos posibles enfoques.

Uno, el tradicional, adoptaba el “modelo de sustitución en la toma de decisiones” e implicaba diferenciar entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, perpetuando la figura de la tutela (o instituciones similares, según los Estados Parte) como instrumento esencial. El otro, verdaderamente novedoso y adecuado al modelo social, adoptaba el “modelo de asistencia en la toma de decisiones” e implicaba garantizar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad, tanto en lo que atañe a la capacidad jurídica como a la capacidad de obrar, lo que, suponía buscar otra figura jurídica para instrumentar este modelo, basada en medidas de apoyo para la toma de decisiones, que reemplazara la figura del “representante” (tutor en el Derecho español).

Los defensores del segundo enfoque, consideraban que el primero facilitaba la tergiversación de los deseos de las personas, fomentaba su falta de responsabilidad, suprimía sus habilidades y disminuía su capacidad de crecimiento. La capacidad jurídica, para el modelo de asistencia debería estar relacionada con la libertad, con la posibilidad de errar y de equivocarse, con el riesgo, y no con la sabiduría, prudencia o perfección de las decisiones. Finalmente, y después de un proceso de negociación complejo, se decidió suprimir tal pie de página.

La adopción del modelo de apoyo supone un auténtico cambio de paradigma en la materia que tendrá un importante impacto en las legislaciones nacionales, como la española, que adoptan el modelo tradicional de sustitución.

3.- INCIDENCIA DE LA CONVENCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

En el Derecho español, la evolución del tratamiento de la discapacidad hacia un modelo social, se había producido ya, antes de la aprobación y entrada en vigor de la Convención (en mayo de 2008). En realidad la Convención viene a ratificar y consolidar esa tendencia subrayando, en todo caso, la necesidad de adoptar una perspectiva propia de derechos humanos. Y es precisamente esto lo que confiere un alto valor a la Convención.

En efecto, la inclusión de la discapacidad en el ámbito de los derechos humanos implica, por un lado, la exigencia de tratar esta situación desde el punto de vista de la no discriminación y, por otro, la exigencia de tratar los derechos humanos desde el punto de vista de la discapacidad. De ahí que pueda hablarse de la Convención como expresión de un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad; un cambio que exige modificar los puntos de partida desde los que se venía examinando la cuestión de la discapacidad. La Convención debe ser así contemplada no como un punto de llegada sino como un punto de partida; como una oportunidad que no podemos desperdiciar para hacer desaparecer las situaciones de discriminación en las que se encuentran las personas con discapacidad.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad forma parte, a todos los efectos, del Ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en el art. 96.1 de la CE: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

Pero, además, la Convención tiene una relevante influencia a nivel constitucional. Y es que, de acuerdo con lo señalado en el art. 10.2 CE, este tratado afecta de un modo esencial a la comprensión de los derechos reconocidos en nuestra norma básica. Según el art. 10.2: “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”. Así, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad adquiere una importancia esencial a la hora de determinar el sentido de los derechos constitucionales en el ámbito de la discapacidad y, por tanto, a la hora de crear, aplicar o interpretar cualquier otra norma de inferior rango que pueda afectar a los derechos o a la situación de este colectivo.

La incorporación formal de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad al Derecho interno tendrá un importante impacto en las diferentes ramas del Ordenamiento jurídico español, obligando a la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge.

Por otro lado, no debemos pasar por alto que la Convención puede ser un instrumento inútil si no va acompañada de una apuesta política, social y jurídica para el cumplimiento de lo manifestado en ella. A pesar del indudable valor normativo que posee este instrumento internacional, su implementación en un Ordenamiento jurídico exige una voluntad clara y determinada; una acción comprometida y decidida que permita modificar en aquello que sea necesario la actual configuración jurídica en el interior de los Estados.

El cambio de paradigma que confirma la Convención puede ser así aprovechado para modificar ciertas prácticas normativas, algunas de ellas de gran tradición jurídica y ciertamente consolidadas en algunos sectores del Ordenamiento. Y ello, difícilmente podrá hacerse de manera inmediata, por lo que debemos ser conscientes de que se nos presenta un largo camino por recorrer; eso sí, un camino cuya dirección conocemos. Y ese largo camino no puede ser sólo un camino jurídico.

El Derecho es una herramienta de gran utilidad para producir cambios sociales. Sin embargo, en una temática como la que nos ocupa, debe apoyarse en otra de las grandes herramientas socializadoras: la educación. No es posible lograr el cambio de paradigma que expresa la Convención únicamente a través del Derecho. Es necesario que esa nueva filosofía posea una proyección social, para lo cual es absolutamente imprescindible incorporarla al ámbito educativo; educando a los niños en el modelo social de la discapacidad y desde el enfoque de los derechos humanos e impregnando estos contenidos y principios en la formación de los

profesionales.

3.1.- LA DISCAPACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución sólo contiene una referencia explícita – la contenida en el artículo 49 – a los derechos de las personas con discapacidad. Nuestro texto constitucional se caracteriza por emplear fórmulas genéricas en el reconocimiento de los derechos. La Constitución se refiere a “todos”, a “toda persona”, a “los españoles”, categorías en las que se entiende que están incluidas las personas con discapacidad. Sin embargo, la norma constitucional no establece en qué forma y en qué medida las personas con discapacidad pueden ejercer y disfrutar de los derechos que sus normas les reconocen, adoleciendo en este ámbito de una falta de concreción que puede redundar en perjuicio de la equiparación real de este colectivo.

De otro lado, el único precepto constitucional que alude expresamente a los derechos de las personas con discapacidad se inspira, de acuerdo con el momento de su redacción, en la forma de concebir y tratar la discapacidad propia del llamado modelo médico o rehabilitador. En este sentido, el artículo 49 CE establece: “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”.

Como ya hemos señalado, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supera este modelo médico, asumiendo el llamado modelo social.

En cualquier caso, resulta esencial matizar que una adecuada interpretación de nuestro texto constitucional más acorde con sus principios y valores básicos permite dar cabida al modelo social. En este contexto adquieren relevancia las determinaciones recogidas en los artículos 1.1, 10.1, 14 y 9.2 de la Constitución española.

Suele señalarse que el artículo 49 de la CE, combinando las dos perspectivas antes apuntadas, contiene “dos mandatos de diferente signo”. El primer mandato, que se enmarca en el modelo de Estado social y democrático en el que se constituye España a tenor de lo dispuesto en

el artículo 1.1 de la CE y que entronca con el principio de igualdad material contemplado en el artículo 9.2, prevé una serie de acciones por parte de los poderes públicos consistentes en la puesta en marcha de una política de “previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y en la prestación de la atención especializada que requieran”. El segundo mandato, que se inscribe en el contexto del Estado de Derecho y conecta con el artículo 14 y la prohibición de discriminación, señala que los poderes públicos “amparán especialmente a las personas con discapacidad para el disfrute de los derechos que este Título” – el Título I de la Constitución – “otorga a todos los ciudadanos”.

Pues bien, por lo que se refiere al primero de estos mandatos cabe sostener que los términos que emplea el artículo 49, expresión de la ideología propia del modelo médico, adquieren un significado distinto si se interpretan desde la óptica del modelo social.

En primer lugar, el término “disminuidos” que utiliza la Constitución española debe entenderse referido al colectivo “personas con discapacidad”. En relación con esta apreciación cabe realizar dos observaciones. La primera es que el 3 de diciembre de 2005 coincidiendo con el Día Internacional de las personas con discapacidad y en plena preparación de la Ley de Dependencia el presidente José Luis Rodríguez Zapatero señalaba lo siguiente: “No podemos permitir que en 2005 nuestra Constitución defina a las personas con discapacidad como disminuidos. La Constitución, que es ante todo nuestra carta de derechos, se refiere a las personas con discapacidad de una manera inasumible, por lo que propondré a todas las fuerzas políticas que se modifique el artículo 49 para borrar la palabra disminuidos y cambiarla por discapacitados”. La segunda es que la definición de personas con discapacidad que ofrece la Convención es, desde luego, más amplia e inclusiva que la adoptada por la LIONDAU que identifica a estas personas en función de una situación administrativa como es el reconocimiento de un cierto grado de minusvalía.

En segundo lugar, también los términos “previsión”, “tratamiento”, “rehabilitación” e “integración” tienen un significado diferente desde los presupuestos del modelo social. Con carácter general es posible afirmar que - puesto que la discapacidad, según este modelo, es el resultado de la interacción de la diversidad funcional con diversas barreras sociales - estos

términos adquieren un sentido más integral.

Desde la óptica del modelo social, la *previsión* de la discapacidad no sólo implica evitar las causas que dan origen a la deficiencia, sino que también exige actuar sobre los factores sociales que se revelan discapacitantes. De este modo, la política de previsión a la que alude el artículo 49 debe entenderse referida no a la prevención de “los disminuidos”, en la desafortunada expresión que este precepto utiliza, sino a la prevención y eliminación de las condiciones sociales que hacen que las personas con discapacidad vean “disminuidas” sus oportunidades para desarrollar libremente sus proyectos de vida en igualdad de condiciones con los demás. En esta dimensión, la exigencia de diseño universal y la realización de ajustes razonables, definidos en el artículo 2 de la Convención adquieren una importancia esencial. También las medidas de concienciación, a las que se refiere el artículo 8 de la Convención, en tanto tienden a evitar barreras actitudinales, tan graves y susceptibles de provocar exclusión como las barreras físicas, serían parte imprescindible de una política integral y efectiva de prevención de la discriminación.

Desde la visión manejada por la Convención, la cuestión del *tratamiento* de la discapacidad tampoco debe entenderse referida de manera exclusiva al tratamiento médico, terapéutico o asistencial. El tratamiento jurídico y político de la discapacidad ocupa, en este contexto, un lugar de primer orden. En consonancia con lo anterior, las políticas destinadas a “tratar” el fenómeno de la discapacidad no pueden ser exclusivamente políticas sanitarias o de seguridad social. La Convención obliga a los Estados a “tratar” la discapacidad como una cuestión de derechos humanos de acuerdo con los rasgos que definen el modelo social y de conformidad con los principios enunciados en su artículo 3. Este es el enfoque que debe primar al “tratar” o “abordar” la materia. La persona con discapacidad debe ser “tratada” como un ciudadano con iguales derechos que los demás y deben adoptarse las medidas pertinentes para lograr su equiparación real en derechos y su máxima independencia y autonomía. Como señala la Convención (artículo 4.1) en el tratamiento de la cuestión de la discapacidad los Estados tienen la obligación de “asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”. Para lograr este objetivo el art. 4 establece una serie de obligaciones más

específicas entre las que cabe destacar el deber de “tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad” (artículo 4.1.c). De este modo, los Estados se comprometen no sólo a desarrollar políticas específicas que *traten* la cuestión de la discapacidad de acuerdo con los principios apuntados, sino también al *tratamiento “transversal”* de la discapacidad – de acuerdo con la estrategia del *mainstreaming* – en cualquier política general.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se refiere de manera expresa a la cuestión de la *rehabilitación* en el artículo 26. Desde el tenor de este precepto la Convención considera que la rehabilitación no tiene que ver exclusivamente con la mejora o recuperación de la salud, manejando un concepto mucho más amplio que abarca el ámbito del empleo, la educación y los servicios sociales. Además, este precepto vincula de manera intrínseca la rehabilitación con la habilitación de las personas con discapacidad, de manera que este proceso debe orientarse a conseguir que estas personas logren desarrollar al máximo sus capacidades y habilidades en aras de poder vivir con la mayor independencia posible. La sociedad no sólo no debe discapacitar, sino que ha de hacer todo lo posible por *habilitar* a las personas con discapacidad para que puedan desarrollar libremente sus planes de vida. En este contexto, cobra relevancia no sólo la cuestión de la accesibilidad, sino también obligación contemplada en el artículo 24 de brindar a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social.

Llama la atención que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no emplee a lo largo de su articulado el término *integración*. Y es que el objetivo de la Convención no es la integración en su sentido clásico sino la *inclusión plena y efectiva* de las personas con discapacidad en la sociedad en igualdad de oportunidades. Desde el modelo médico la persona con discapacidad debe “recuperarse” o “amoldarse” para poder “ser integrada” en la sociedad. Y esa integración supone que las personas con discapacidad son “aceptadas y toleradas” por quienes responden al modelo estándar dominante siempre y cuando se adapten al marco social previamente definido de acuerdo con el patrón de la “normalidad”. Desde el modelo social la integración – o mejor la inclusión – no implica asimilación sino

emancipación y equiparación en derechos y exige que las personas con discapacidad participen en el diseño de una sociedad adaptada a las necesidades de todos. De este modo, no es la persona con discapacidad la que tiene que adaptarse, sino la sociedad la que tiene que incluir.

Conviene señalar que la Convención afecta también a la comprensión de la referencia a la “atención especializada” que realiza el artículo 49 de la Constitución. En efecto, la incorporación de las personas con discapacidad a la sociedad no puede realizarse, en virtud del modelo social plasmado en la Convención, a través de mecanismos como la educación especial, el trabajo protegido o la institucionalización que deben convertirse en herramientas excepcionales y temporales, sino mediante su inclusión en la educación ordinaria, el trabajo ordinario, y las formas de convivencia ordinarias prestándose para ello los apoyos “especializados” que resulten necesarios. Pero, además, también en los supuestos excepcionales en los que el tratamiento especial esté justificado debe realizarse con pleno respeto de los derechos de las personas con discapacidad.

El segundo inciso del artículo 49 impone la obligación a los poderes públicos de *amparar especialmente* a las personas con discapacidad “para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. De esta forma, la Constitución reconoce que la discapacidad no puede impedir u obstaculizar la plena titularidad y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Pues bien, precisamente, el papel de la Convención consiste en concretar ese *amparo especial* que las personas con discapacidad requieren para lograr su equiparación real en derechos.

3.2.- LA CAPACIDAD JURÍDICA

El tratamiento que asume la Convención con relación a la capacidad jurídica (expresado en su artículo 12) plasma lo que se conoce modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”. El artículo 12.2 señala: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Como quedó manifiestamente en evidencia en los momentos previos a la

adopción del texto final de la Convención, el artículo 12 sobre capacidad jurídica y personalidad jurídica generó grandes disputas, desde el momento en que hubo conciencia del potencial cambio que dicho artículo podría generar.

En efecto, el artículo 12 de la Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Este cambio puede ser denominado como el paso del modelo de “sustitución en la toma de decisiones” al modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”.

El cambio de modelo no sólo afecta a las cuestiones de índole estrictamente patrimonial, sino que afecta también, de un modo esencial, a la cuestión del ejercicio de los derechos fundamentales. De este modo el artículo 12 se proyecta de manera transversal en todos y cada uno de los derechos que la Convención recoge.

Se trata, sin duda, del mayor desafío que presenta la Convención. El artículo 12 integra dentro del concepto de capacidad jurídica a la capacidad de obrar, esto es, a la facultad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, e incluso podríamos decir que prohíbe, el instrumento de la incapacitación (en el caso de que éste sea entendido como mecanismo de anulación de la capacidad de obrar y, por tanto, ahora también de la capacidad jurídica).

La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción de la discapacidad anclada en el modelo médico, ha tenido como consecuencia la limitación absoluta de la capacidad jurídica de ciertas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial y adoptando el modelo de sustitución en la toma de decisiones. La filosofía que preside la Convención y su propio articulado, inspirada en el modelo social y en el principio de no discriminación, se enfrenta a esta configuración. La incapacitación, tal y como ha venido siendo articulada, es una institución que choca con lo dispuesto en la Convención.

Es necesario, así, configurar una nueva herramienta basada en el modelo de apoyo que tenga en cuenta tanto el tipo de acto sobre el que se proyecta, prestando una especial atención a aquellos que tienen que ver con los derechos fundamentales, cuanto el tipo de apoyo adecuado a

las circunstancias concretas de la persona.

El Derecho español no es ajeno a la reflexión anterior. En nuestro sistema, el concepto de capacidad jurídica presupone una actitud estática del sujeto, a quien, por el sólo hecho de ser persona y por su dignidad como tal, el Ordenamiento jurídico le inviste de una amplia capacidad jurídica, tanto en la esfera personal, como en la familiar o patrimonial. Ahora bien, en el Derecho español, la capacidad jurídica no debe ser confundida con la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio, entendida como la aptitud de poner en movimiento por sí mismo los poderes y facultades que surgen de los derechos o para cumplir por sí mismo con sus deberes jurídicos. La capacidad de obrar alude a la aptitud de la persona para realizar actos jurídicos de manera directa y válida. Dicho de otro modo, la capacidad de obrar es una cualidad que se predica respecto de la persona cuando ésta es hábil para ejercitar por sí misma sus propios derechos y, en general, para desenvolverse con autonomía en la vida jurídica. A diferencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar, en nuestro Derecho, puede encontrarse sujeta a limitaciones. De este modo, es posible distinguir entre la capacidad de obrar plena (que es la norma) y la capacidad de obrar limitada o restringida. La primera se define como la capacidad de realizar por sí mismo todo acto que interese a la esfera jurídica del sujeto. Se adquiere al llegar a la mayoría de edad, y comprende también la plena capacidad de disponer. La capacidad de obrar limitada o restringida es una capacidad que, respecto a la anterior, no es plena en la medida en que ciertos actos no pueden ser realizados sino con la asistencia de otras personas. De esta forma, en el sistema español la connotación del término “capacidad jurídica” parece referirse, de manera restringida, sólo a la capacidad de goce o de derecho, mientras que el artículo 12 de la Convención cuando habla de capacidad jurídica está refiriéndose también a la capacidad de obrar.

El Derecho español contempla la figura de la incapacitación. Según la concepción actual la “incapacitación” es un mecanismo jurídico que viene a limitar la capacidad de obrar de ciertas personas, aquellas cuya “discapacidad” les impide “gobernarse por sí mismas”. La incapacitación puede suponer bien la designación de un tutor, que actúa como representante legal de la persona incapacitada sustituyéndola en la toma de decisiones; bien la de un curador que complementa su “limitada” capacidad. Además, la praxis judicial, en lugar de establecer la limitación de la

capacidad, como exige la ley, sólo en la medida que sea necesaria para proteger los intereses de la persona y atendiendo a sus circunstancias y necesidades concretas, se ha limitado a crear dos grados de incapacitación: 1) la incapacitación absoluta o total, que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado, supone por regla general que éste queda privado de su “capacidad de obrar” tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal, pudiendo quedar impedido incluso para ejercitar sus derechos fundamentales y adoptar decisiones en ese ámbito 2) la incapacitación relativa, por su parte, conlleva el sometimiento a curatela del incapacitado, entendiéndose habitualmente que el curador deberá asistir al incapacitado en la realización de la generalidad de actos de disposición de carácter patrimonial.

De este modo, a través de la institución de la incapacitación tal y como está actualmente regulada en el Derecho español la persona con discapacidad puede perder en la práctica gran parte de sus derechos (el derecho a decidir donde vivir, su libertad, el derecho al voto, el derecho a decidir con quién casarse, e incluso a decidir sobre su propia integridad física etc.) bien porque se decide por ella en este ámbito, en el caso de la tutela, bien porque no recibe el apoyo necesario para tomar esas decisiones, en el caso de la curatela.

Esta visión entra en frontal colisión con lo señalado en la Convención. De este modo, el instrumento internacional analizado exige modificar la concepción actual del proceso de incapacitación en la legislación española y, desde luego, su aplicación práctica. La discapacidad por sí misma no puede ser un motivo para limitar o restringir la capacidad para ejercer libremente los derechos fundamentales. No se puede imposibilitar o limitar *a priori* el ejercicio de derechos fundamentales a sujetos que estén, realmente, en condiciones adecuadas para realizarlo y esas condiciones tendrán que valorarse en cada situación.

Esas situaciones pueden revelar que no sólo en el ámbito patrimonial, sino también en el ejercicio de sus derechos fundamentales algunas personas con discapacidad necesitan apoyos específicos que, en todo caso, deberán ajustarse escrupulosamente a las prescripciones y salvaguardias del artículo 12. Así, estas medidas de apoyo deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; evitar los conflictos de intereses y la influencia indebida; ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; aplicarse en el plazo

más corto posible; ser sometidas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Sin duda, la modificación que impone la Convención resultará compleja, y requerirá de soluciones frente a determinadas situaciones en las que no resulte posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre. Evidentemente en dichas ocasiones se requerirá adoptar la decisión teniendo como base los principios de la Convención, lo que implica, entre otras cuestiones, que lo que justifique tomar la decisión en nombre de la persona sea una situación determinada, y nunca su discapacidad.

Pero incluso estas situaciones, que podríamos denominar en sentido general “de falta de voluntad”, no requieren indefectiblemente el establecimiento de un sistema legal de sustitución que a priori brinde soluciones generales y abstractas para todos los casos. En este sentido, lo recomendable (y siguiendo el modelo de otros ordenamientos comparados), sería convenir un criterio que permita analizar las situaciones, caso por caso, con intervención judicial, o en caso de emergencia, utilizar otros criterios que tengan como objetivo reconstruir la voluntad de la persona (con intervención de especialistas o del Ministerio fiscal) y que no sólo se proyectan en la temática de las personas con discapacidad.

El nuevo mecanismo dirigido a articular medidas de apoyo deberá ser de carácter judicial (lo que implica la necesidad de establecer una formación específica en esta materia), si bien debe garantizarse que el juez que establezca las medidas de apoyo lo haga atendiendo a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada, dando prevalencia a su autonomía de la voluntad, y previendo aquellas medidas de apoyo que sean estrictamente necesarias siempre protegiendo el interés de la persona con discapacidad.

El cambio de modelo planteado y el consecuente reemplazo de la incapacitación por otras medidas basadas en el modelo de apoyo en la toma de decisiones requerirá de cambios graduales, en los que probablemente existan periodos en los que ambas instituciones (incapacitación y las nuevas medidas) deban coexistir, hasta lograr poder brindar una adecuada respuesta (normativa, pero también social) a las necesidades de apoyo de las personas que lo requieran.

Así, en el caso español, mientras ese mecanismo no esté articulado debe configurarse la curatela, entendida desde los presupuestos del modelo de apoyo y asistencia y desde el principio del mejor interés de la persona con discapacidad, como el mecanismo al que el juez debe acudir como regla general a la hora de articular medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. Esto implica concebir la curatela como un mecanismo graduable y abierto en función de las necesidades de la persona con discapacidad y de las circunstancias concretas en la que requiera apoyo en la toma de decisiones. Ahora bien, como se ha señalado antes, habitualmente se entiende que el curador asiste al incapacitado exclusivamente en la realización de negocios de carácter patrimonial. Su aplicación a aquellas decisiones que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales puede estar enfrentada a la Convención por lo que en este ámbito deberían articularse otras medidas de apoyo y asistencia.

La tutela, en cuanto implica la “sustitución” de la persona con discapacidad por un tercero, que pasa a actuar como su representante legal, debe quedar reservada -siempre a la espera de una reforma normativa que signifique su desaparición al estar directamente enfrentada a los establecido por la Convención- para aquellas tomas de decisión en las que las circunstancias y necesidades de una persona con discapacidad impidan que se pueda conocer su voluntad en relación con el tráfico (en relación con actos patrimoniales), pero nunca en relación con el ejercicio de derechos fundamentales.

En todo caso, como hemos señalado, esa configuración no puede ser más que provisional, siendo más adecuado, desde el contenido de la Convención y en concordancia con la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo. Obviamente, ese sistema de apoyo, también en consonancia con el discurso de los derechos humanos, en el que no cabe hablar de derechos absolutos y en el que el respeto a los derechos de los demás a través de la ponderación de los bienes en juego es un componente irrenunciable, tendrá que estar abierto a la existencia de circunstancias excepcionales a la vista de las situaciones en las que se proyecte.

3.3.- CAMBIOS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

En este momento se trata de presentar a grandes rasgos los aspectos concretos en los que, a nuestro entender, la implementación de la Convención requiere modificaciones.

En todo caso, en el estudio de la incidencia concreta de la Convención en nuestro sistema jurídico, conviene tener en cuenta que en relación con algunas de las normas estudiadas la contradicción entre el Derecho español y la Convención sólo puede salvarse mediante una modificación formal del primero. Sin embargo, otras veces la Convención no exige un cambio formal, a condición de que seamos capaces de reorientar la práctica a la luz del nuevo sentido que las normas e instituciones existentes en España adquirirían en el contexto del modelo que se inaugura. Por último, existen cuestiones en relación con las cuales el sentido de la Convención no está consensuado, por lo que se requerirá o no una modificación de las normas o de las prácticas en el Estado español en función de que se opte por una interpretación u otra del texto internacional.

3.3.1.- Salud, sanidad e investigación biomédica.

Existen dos grandes cuestiones en relación con las cuáles la incidencia de la Convención implica cambios en el Derecho español relativo a salud, sanidad e investigación biomédica: la necesaria consideración de las distintas situaciones relativas a la capacidad de obrar en que puede encontrarse una persona con discapacidad (impuesta por el artículo 12) y la cartera de servicios.

En el ámbito de la salud, y a partir de esa nueva orientación general que se deriva de la Convención en relación con la necesidad de reconocer en todos los ámbitos la autonomía de las personas con discapacidad, la coherencia de la práctica con la Convención se vería facilitada si se efectuasen cambios normativos orientados a que el protagonismo en la toma de decisiones lo tengan las personas con discapacidad, aun cuando éstas requieran de apoyos en función del grado en que su capacidad de obrar pueda verse modificada, garantizando medidas de apoyo para la toma de decisiones en el grado y ámbitos que la persona requiera, según sus necesidades

concretas.

En primer lugar, la Ley 14/1986, General de Sanidad, debería contemplar las medidas de apoyo para la toma de decisiones de las personas con discapacidad que lo requieran, para así poder garantizar el ejercicio de todos y cada uno de los derechos previstos, en igualdad de oportunidades y sin discriminación “por motivo de discapacidad”.

Por su parte, la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, debería considerar las medidas de apoyo en la toma de decisiones en relación con los artículos 3, 4.1, 5.3 y 10.2, es decir, en los procesos de información, de acceso a la documentación y de toma de decisión que afecten a las personas con discapacidad siempre que estas medidas se hayan decidido en los procesos correspondientes.

En este sentido, además, cabe citar las normas sanitarias relativas a la investigación biomédica en las que se prevé la posibilidad de que el consentimiento lo preste el paciente con discapacidad que tenga limitada su capacidad de obrar, a través del representante. También en este caso, las previsiones deberían adecuarse al artículo 12 de la Convención y establecer la necesidad de medidas de apoyo en la toma de decisiones. En caso de que a través de las modalidades de apoyo no fuera posible acceder a la voluntad de la persona, parece que es dudoso que las personas con discapacidad puedan participar en ensayos clínicos. Este problema se plantea con los artículos 2 m), 3.8, 5 y 7 del Real Decreto 223/2004 de Ensayos Clínicos, así como en el artículo 20 de la Ley 14/2007 de Investigación Biomédica.

En algunos supuestos concretos, en el Derecho español, se niega a las personas con discapacidad psíquica o mental la posibilidad de participar en determinados procedimientos por el solo hecho de su discapacidad, sin tener en cuenta la capacidad natural ni las necesidades de apoyo concretas de la persona para la toma de dichas decisiones. Así ocurre en relación con la posibilidad de ser donante en las distintas normas que regulan la donación de material biológico (órganos, células o tejidos, sangre, o material genético) y en las normas sobre técnicas de reproducción asistida.

La Ley 30/1979, de Extracción y Transplante de Órganos, impide la donación por parte de personas con deficiencias psíquicas o enfermedad mental. Además de que el lenguaje es

discriminatorio, la norma no tiene en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar dicha decisión en concreto, ni tampoco prevé la prestación de apoyo para la toma de estas decisiones. Parece que, a la luz del nuevo régimen de capacidad que la *Convención* inaugura, sería la sentencia correspondiente la que debería determinar en cada caso concreto si pueden ser donantes y con qué apoyos han de contar para tomar esta decisión. Una situación similar se plantea en relación con el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

Sí se admite, por el contrario, que las personas con discapacidad sean receptores de órganos, sin embargo, el consentimiento en el caso de los pacientes con “déficit mental” (artículo 6.3 de la Ley 30/79) ha de otorgarse por los representantes legales, padres o tutores. En esta situación, además de que la redacción debe ser modificada porque el lenguaje es discriminatorio, el cambio viene requerido porque no se consideran las distintas situaciones en las que puede encontrarse una persona con una discapacidad, ni se tiene en cuenta sus circunstancias personales, su capacidad para tomar dicha decisión en concreto, ni tampoco prevé la prestación de medidas de apoyo para la toma de estas decisiones.

Los Reales Decretos 1301/2006 y 1088/2005 se refieren a los trasplantes de médula ósea, la sangre del cordón umbilical o cualquier otro tipo de célula o tejido humano, y a la donación de sangre respectivamente. Los dos presentan los mismos problemas que la norma anteriormente analizada (salvo porque el lenguaje es más adecuado): no se matizan las distintas situaciones que pueden producirse en relación con la capacidad de obrar ni se prevé el apoyo en la toma de decisiones. El cambio debe afectar a los artículos 3, 7 y 8 del Real Decreto 1301/2006 y a los artículos 4, 6, 9 y 15 del Real Decreto 1088/2005. En la última de las normas citadas, además, se establece como requisito previo a la donación la firma de un cuestionario, sin embargo, no se prevé que este cuestionario deba ser accesible.

En un sentido semejante, en la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida, se requiere la plena capacidad de obrar de las personas para ser donantes o someterse a las técnicas de reproducción asistida. No se contempla en la norma la posibilidad de que existan

situaciones distintas en relación con la capacidad.

Por último, la Convención permitiría justificar cambios en el Derecho español que tienen que ver con el reconocimiento de prestaciones sanitarias a las personas con discapacidad. En este sentido, se han producido reivindicaciones sobre el Real Decreto 1030/2006, que establece el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario, cuya satisfacción permitiría que las personas con discapacidad gozasen del derecho a la protección de la salud con un nivel más alto del que lo hacen en la actualidad. Estas reivindicaciones tienen que ver con la ampliación de la cartera de servicios ortoprotésicos, así como con la consideración de la salud mental y de las enfermedades raras a los efectos de la definición de las prestaciones.

En este mismo bloque de cuestiones, cabe mencionar que ni la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, ni el Real Decreto 1990/96, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario que la desarrolla en relación con el derecho de los internos a que la Administración Penitenciaria vele por el derecho a la vida, a la integridad y a la salud de los enfermos –y que se refiere, entre otras cosas, a la enfermería de los Centros Penitenciarios –, contienen referencia alguna a la situación de las personas con discapacidad privadas de libertad que puedan requerir asistencia sanitaria.

3.3.2.- Libertad y seguridad.

En el ámbito de la libertad y la seguridad, la Convención incide en el Derecho español en tres órdenes de cuestiones: las relacionadas con la garantía de la seguridad en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (artículo 11); las relativas a las situaciones en las que puede producirse la privación de libertad (artículos 12, 13 y 14 de la Convención); y las que tienen que ver con la efectividad de los derechos reconocidos en los artículos 15, 16 y 17 de la Convención (referidos a la protección contra la tortura, contra la explotación y, en general, a la protección de la integridad física y mental).

En el primer caso, se trata de dotar de eficacia al artículo 11 de la Convención. En general, en el Derecho español actual no se tiene suficientemente en cuenta la necesidad de establecer precauciones especiales con vistas a que la garantía de la seguridad de las personas con discapacidad en situaciones excepcionales, sea equivalente a la del resto de los ciudadanos. En este sentido, la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, debería ser reformada para incluir la posibilidad de que se desarrollen protocolos específicos de actuación orientados a garantizar la seguridad de las personas con discapacidad en situación de dependencia tanto si se encuentran institucionalizadas como si no. En el mismo sentido, habría que revisar el Real Decreto 1546/2004, que aprueba el Plan Básico de Emergencia Nuclear, y los diversos instrumentos normativos relativos a este riesgo, así como a inundaciones, riesgo sísmico, riesgo volcánico o incendios.

Además, es preciso examinar el artículo 37 de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones y el artículo 1 del Real Decreto 520/2002, sobre garantía de encaminamiento gratuito de las llamadas a los servicios de emergencia en caso de huelga en el sector de las telecomunicaciones, para determinar si los servicios garantizados satisfacen las necesidades de la comunicación de las personas con discapacidad en estas situaciones en la misma medida en que están satisfechas las de el resto de las personas.

La Ley 2/1985, de Protección Civil, por su parte, considera la institucionalización como única situación posible en la cual las personas con discapacidad que puedan necesitar los servicios de protección civil. Se echa en falta, además, la exigencia de formación en materia de discapacidad a las personas que intervienen en la Protección Civil y en la garantía de la seguridad (Plan de Formación de la Escuela Nacional de Protección Civil y artículo 6 del Real Decreto 1123/2000, o instrumentos relativos a la Unidad Militar de Emergencia.

Por otra parte, habría que completar con medidas específicas el Anexo II del Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, por el que se aprueba la Norma Básica de Autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia

En cuanto a las condiciones de internamiento en instituciones, un primer tema que se ve

afectado por la Convención es el de los procesos en los que se determina el internamiento. En este sentido, los artículos 199 y ss del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil deberían ser modificados para contemplar las distintas situaciones en las que puede encontrarse una persona con discapacidad. La efectividad de la Convención será mayor, además, si se establecen juzgados especializados y si existe una formación especializada a jueces, fiscales y médicos forenses.

Por otro lado, el artículo 14 de la Convención, obliga a replantearse el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (relativo al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico), por cuanto ninguna persona puede ser privada de su libertad por causa de discapacidad. En todo caso, parece incompatible con la Convención el internamiento involuntario cuando no tiene un carácter de urgencia. Asimismo, en el caso de internamiento con carácter de urgencia, los requisitos de justificación deberían ser los mismos para personas con y sin discapacidad.

En relación con la protección de la integridad, es preciso realizar una revisión de la normativa, considerando la situación de especial vulnerabilidad en la que pueden encontrarse las personas con discapacidad, tanto en las instituciones (ya sean penitenciaras, de internamiento de inmigrantes, sanitarias o específicas para las personas con discapacidad), como en relación con los asistentes personales.

Como principal norma de garantía de la libertad y de la seguridad de las personas, parece que el Código Penal también debería ser revisado para tener en cuenta el nuevo concepto de discapacidad (artículo 25 CP), la especificidad requerida por las distintas situaciones de capacidad de obrar en la que puede encontrarse una persona con discapacidad y la necesidad de que los términos no sean discriminatorios.

Por último, el artículo 23.1 c) de la Convención establece el derecho de las personas con discapacidad a mantener la fertilidad en igualdad de condiciones que las demás personas. Este precepto podría estar en contradicción con el artículo 156, que tendrá que ser estudiado y discutido en profundidad.

3.3.3.- Trabajo, empleo y servicios sociales.

Existen distintas cuestiones relacionadas con el trabajo, el empleo y los servicios sociales que podrían ser mejoradas a la luz de la Convención, para una mayor garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Por ejemplo, la actualización del importe de la subvención por adaptación al puesto de trabajo o posibilitar que la subvención se solicite en más de una ocasión cuando varían las circunstancias del trabajador, serían cuestiones que mejorarían la eficacia del artículo 9. En esta misma línea, la eliminación de las previsiones sobre reserva de puestos específicos para personas con discapacidad (artículo 6 del Real Decreto 1451/1983 sobre empleo selectivo y medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos o artículo 3.1 del Real Decreto 2271/2004, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad) y la posibilidad de que las empresas tengan derecho a las bonificaciones y subvenciones por contratar a un trabajador con discapacidad, aun cuando no acceda de una situación de desempleo (artículos 2.2 de la Ley 43/2006, para la Mejor y Crecimiento del Empleo y 8 del Real Decreto 1451/1983, ya citado), mejorarían la eficacia del artículo 27.1 de la Convención en relación con el derecho de las personas con la libertad de elección y aceptación del puesto de trabajo.

También sería deseable, a partir del artículo 27. b) de la Convención y, en concreto, en relación con la igualdad de remuneración, que se unificasen los criterios para determinar la posibilidad de reducir el salario en caso de que se reduzca el rendimiento del trabajador prevista en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores (Orden de 15 de abril de 1969 –para incapacidad permanente total, Real Decreto 1451/1983 –para incapacidad permanente parcial-, y Real Decreto 1368/1984 en el caso de los trabajadores que prestan servicios en un Centro Especial de Empleo). La mayor coherencia con la Convención aconseja establecer mecanismos para controlar los criterios utilizados por el empresario para la reducción del salario de forma proporcional al rendimiento, así como la posibilidad de que esta reducción se aplique también en los supuestos en que no se produzcan prestaciones de la Seguridad Social, por ejemplo por falta de cotización (artículo 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969 y artículo 1.1 del Real Decreto

1451/1983) y el establecimiento de garantías para asegurar unos ingresos mínimos.

El ejercicio de los derechos sindicales en igualdad de condiciones (artículo 27 c) de la Convención) se vería facilitado si se encargase al Comité de Empresa expresamente que velase por la efectividad del principio de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. Este cambio afectaría a la redacción del artículo 64.7 del Estatuto de los Trabajadores.

También reforzaría la eficacia de los derechos sindicales reconocidos en el artículo 27 c) que los artículos 81 del Estatuto de los Trabajadores y 8.2 a) de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical, estableciesen la exigencia de configurar tableros virtuales con contenidos accesibles a las empresas que dispongan de Internet.

Mejorarían las normas relativas a la promoción del autoempleo si la bonificación prevista tuviera un carácter indefinido, si su porcentaje se aplicase sobre la base de cotización elegida, si su cuantía se incrementase en supuestos de discapacidad severa o si se tratase de mujeres con discapacidad (Ley 43/2006) y si se hiciese extensivo el objeto del Real Decreto 870/2007, que regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, a los trabajadores autónomos.

En relación con el empleo en el sector público (artículo 27 g) de la Convención), sería conveniente promover la formación para acceder a las pruebas selectivas, por ejemplo, mediante ayudas económicas para su preparación, y que las pruebas de acceso se adaptasen teniendo en cuenta el tipo de discapacidad (Real Decreto 2271/2004). Sería conveniente también desarrollar adecuadamente y con carácter previo al proceso la compatibilidad de la discapacidad con el desempeño de las tareas y extender los sistemas de cupos establecidos para las administraciones públicas a las normas que regulan al Administración institucional o los entes privados. Por último sería deseable, al respecto, que la integración de personas con discapacidad fuera un criterio necesario y no sólo de preferencia, en la adjudicación de contratos (Orden FOM/3557/2003).

En cuanto a la promoción del empleo en el sector privado (artículo 27.1.h) de la Convención), podrían mejorarse las previsiones de reserva en el Derecho español si la cuota de reserva del 2% afectase a las empresas con más de 30 trabajadores en plantilla y no sólo a las que

cuentan con más de 50 trabajadores y si se incrementase el porcentaje (artículo 38 LISMI).

Sería recomendable modificar la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 364/2005, por el que se regula el cumplimiento alternativo de la obligación de reserva de plantilla en favor de los trabajadores con discapacidad, para aclarar el criterio de cómputo de plantilla en relación con los grupos de empresas, tener en cuenta para computar la reserva el porcentaje de la jornada que realizan los trabajadores con discapacidad y computar con un valor superior la contratación de personas con discapacidad severa, congénita y sobrevenida (en este caso, no es posible acceder a las prestaciones de la Seguridad social). Además, deberían corregirse las disfunciones que este régimen de alternatividad produce. Por otro lado, el incumplimiento de la obligación de reserva debería ser tipificado como una infracción grave (15.3 LISOS), con todos los cambios que ello supone en cuanto a las consecuencias de la infracción.

No conviene olvidar, además, la posibilidad del teletrabajo como una medida de integración laboral de las personas que así lo requiriesen. Medida que habría que regular cuidadosamente para evitar que la posibilidad de trabajar en relación con este tipo de discapacidad se reduzca a esta modalidad.

Asimismo, serían mejorables las regulaciones relativas al empleo protegido en relación con los centros especiales de empleo, con los enclaves laborales y con el empleo con apoyo.

Habría también que desarrollar las previsiones de la Ley de Dependencia (artículo 19) en relación con la figura del asistente personal en el empleo.

Por fin, en relación con la protección frente a la discriminación, habría que utilizar el concepto más amplio de persona con discapacidad que incorpora la Convención, frente al más restrictivo de la legislación española, vinculado a la obtención del certificado de minusvalía.

3.3.4.-Derecho privado.

Los cambios más importantes en el Derecho privado (que afectan además a todos los otros ámbitos) vienen condicionados por el artículo 12 de la Convención. Dada la relevancia de este precepto y su proyección en otros ámbitos, sus principales consecuencias han sido

presentadas en un apartado específico del presente estudio. En general, es posible decir que los procedimientos judiciales de incapacitación deben pasar a ser concebidos como mecanismos dirigidos a establecer medidas de apoyo en la toma de decisiones. En definitiva, se trata de procedimientos orientados a garantizar la autonomía de las personas con discapacidad y no a limitarla. Este cambio de orientación podría realizarse de forma más adecuada con el establecimiento de juzgados especializados.

También en las previsiones del Derecho privado relativas a la voluntad de las personas con discapacidad han de tenerse en cuenta las distintas situaciones en las que éstas pueden encontrarse en relación con su capacidad de obrar.

En otro orden de consideraciones, mejoraría la eficacia del artículo 9 que se modificase al artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal para que, además del propietario los arrendatarios, subarrendatarios, usufructuarios, o usuarios (todos ellos pueden beneficiarse de las medidas articuladas por la Ley 15/95 para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad). Una vez más, debería desvincularse la discapacidad de la obtención de un certificado de minusvalía.

Por último, en relación con el artículo 25 e) de la Convención, relativo a la prohibición de discriminación en la prestación de seguros de salud y de vida, deben establecerse medidas orientadas a eliminar estas discriminaciones que se producen en la práctica española, articulando también garantías para evitar un incremento excesivo de las primas.

3.3.5.-Justicia.

En el ámbito justicia, la Convención se ocupa del acceso y la capacitación (artículo 13). El acceso a la justicia tiene que ver, en primer lugar, con la accesibilidad física a la sede, incluida en el supuesto de hecho del Real Decreto 366/2007, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración del Estado (y de la Orden PRE/446/3008), pendiente de cumplimiento.

El acceso también requiere que las personas con discapacidad no vean obstaculizada la

protección de los derechos conferidos por la Convención por cuestiones económicas. En este sentido, debería modificarse el artículo 2 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita para que las personas con discapacidad (o las personas o instituciones que las representen) puedan beneficiarse del derecho con independencia de los umbrales siempre y cuando se trate de proteger los derechos relacionados con la discapacidad o de vulneraciones de derechos por motivo de discapacidad. A los efectos de este beneficio, además, debe tenerse en cuenta el concepto amplio de persona con discapacidad que la Convención maneja (lo que requiere una modificación del artículo 5 de la Ley citada), así como la necesidad de considerar gratuitas las actividades orientadas a hacer efectivo el derecho de acción (artículo 6 de la LAJG). Sería deseable, en este mismo orden de consideraciones, establecer un turno de oficio específico para personas con discapacidad

En tercer lugar, el acceso se refiere al contenido del proceso, a la información producida, en general, en Juzgados y Tribunales. En este caso, es necesaria la adaptación de los artículos 230 (utilización de medios técnicos) y 235 (acceso a los documentos) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (y de los correlativos 135 y 235 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) para incorporar las obligaciones de accesibilidad.

El acceso implica, en cuarto lugar, la intervención en el proceso desempeñando cualquiera de los posibles roles. En este caso, convendría mejorar las normas sobre otorgamiento de representación procesal (artículos 6 a 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); considerar las necesidades específicas que por razón de discapacidad pueda tener e imputado o detenido (artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); tener en cuenta que el testigo puede ser una persona con discapacidad para evitar que la discapacidad impida la posibilidad de intervenir en tal calidad en el proceso (361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y correspondientes de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como, especialmente, 417 y 711 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, cuya redacción es discriminatoria); adaptar el procedimiento de declaración para que una persona con discapacidad pueda intervenir como perito (340 Ley de Enjuiciamiento civil, correspondientes de las leyes procesales en materia laboral y contencioso administrativa y 457 en el ámbito del proceso penal);

como parte del órgano jurisdiccional (se vería afectado el 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), como parte del Ministerio Fiscal (541 Ley Orgánica del Poder Judicial y 3 del Estatuto del Ministerio Fiscal, así como algunos preceptos de las leyes procesales); como abogado, procurador o graduado social (artículos correspondientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y otras normas procesales); y como jurado (artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado).

La Convención también requiere la capacitación adecuada de los profesionales que trabajan en la Administración específica, lo que exigirá la correspondiente adaptación de los planes de estudio destinados a formar a estas personas, de los criterios de selección y de la formación específica de cada uno de los cuerpos implicados.

3.3.6.- Servicios públicos y función pública.

El ámbito de servicios públicos y función pública constituye un espacio fundamental para la realización de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que de la Convención se derivan para el Estado español. Todos los otros ámbitos tienen, en una u otra medida, cabida en éste, por lo que únicamente abordaremos los temas que no se hayan tratado con anterioridad.

En este sentido, se trata del espacio en el que han de hacerse efectivos los contenidos en los artículos 9 (accesibilidad), 19 (derecho a la vida independiente e inclusión en la comunidad), 20 (movilidad personal), y, en buena medida, 30 (participación en la vida cultural, actividades recreativas, esparcimiento y deporte) de la Convención.

Es la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, la que articula en sus rasgos básicos el Sistema Nacional de Dependencia. A pesar de suponer un gran avance, especialmente porque se trata de establecer unos elementos comunes para la atención a las personas en situación de dependencia en las diecisiete comunidades autónomas, la Ley 39/2006, tiene mayor interés por la atención a las situaciones de dependencia que por la atención a la promoción de la autonomía personal. En este sentido, por ejemplo, la definición de dependencia guarda relación exclusiva con las características personales de los sujetos (sin tener en cuenta, por tanto, la dimensión social

que puede tener la situación de dependencia). Por otro lado, la dependencia se refiere a la necesidad de contar con apoyo de terceros para realizar las actividades básicas de la vida diaria (no contempla, por tanto, la realización de otro tipo de actividades que guardan relación con la inclusión plena de las personas en situación de dependencia en la vida social). Por fin, no se concede suficiente importancia al asistente personal como elemento orientado al desarrollo de la autonomía (se condiciona al estudio y al trabajo, pero no se establecen medidas para garantizar la asistencia personal en el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 30, por ejemplo).

La Ley Orgánica 51/2003, de Igualdad de Oportunidades no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, prevé normas para desarrollar obligaciones de accesibilidad, también en los distintos espacios en los que tiene lugar el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 30 de la Convención. Muchas de estas normas ya se han aprobado, pero todavía alguna de ellas (como la relativa al régimen de accesibilidad de productos y servicios a disposición del público) está pendiente.

Por otro lado, en muchos casos la competencia sobre el espacio en cuestión es de las Comunidades Autónomas (teatros, museos...) y las normas hasta ahora en vigor únicamente consideran la accesibilidad física, sin tener en cuenta que la garantía del ejercicio de estos derechos por parte de las personas con discapacidad requiere, en numerosas ocasiones, del cumplimiento de ciertas obligaciones de accesibilidad en relación con el contenido.

Además, el artículo 9.2 considera que los Estados Partes han de adoptar medidas para ofrecer asistencia humana o animal e intermediarios, sin embargo, en las normas españolas no se contienen previsiones al respecto a propósito de las instalaciones abiertas al público. Como se ha mencionado, está pendiente la norma que establezca el régimen de accesibilidad a los bienes y servicios a disposición del público, cuya aprobación urge una vez que la Convención es exigible para el Estado español.

3.3.7.- Medidas tributarias.

En términos generales, de la Convención no se deriva la necesidad de establecer reformas

en las normas tributarias españolas, sin embargo, la adecuada implementación del texto internacional debe dotarse de los medios económicos necesarios y, en este sentido, es posible realizar algunas sugerencias.

Así, sería conveniente ampliar las personas que pueden beneficiarse de la reducción en el IRPF por aportaciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad, así como los importes máximos de la aportación y la posibilidad de disponer del patrimonio si se prueba la necesidad de disposición. En relación con el mismo impuesto, se podría suponer el límite de renta para la exención de las ayudas económicas para financiar la estancia en residencias o centros de día para personas con minusvalía igual o superior al 65%

En relación con el impuesto de sociedades, es desaconsejable la supresión prevista de la deducción por actividades de investigación, desarrollo e innovación, en el caso de que estén orientadas a desarrollar software que facilite a las personas con discapacidad el acceso a los servicios de la sociedad de la información. Por el contrario, esta deducción podría ampliarse a cualquier actividad de I+D+I encaminada a generar conocimientos, productos o procesos que faciliten la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad.

También en cuanto al impuesto de sociedades podrían considerarse gastos corrientes de ejercicio (y no de capital) las obras de acondicionamiento del entorno empresarial a las personas con discapacidad.

La deducción de las inversiones de las empresas de transporte público por carretera en materia de accesibilidad de las personas con discapacidad debería hacerse extensiva a cualquier tipo de transporte público y debería ampliarse a cualquier medida, y no sólo a las que hasta ahora están previstas.

Por último, los gastos de formación de personas con discapacidad deberían tratarse de forma específica en relación con el artículo 40 de la Ley del Impuesto de Sociedades que regula la deducción por gastos de formación profesional.

Las operaciones de construcción, rehabilitación y adaptación de vivienda para personas con discapacidad podrían beneficiarse de un tipo reducido del 4 y no del 7% en el IVA.

También pueden mejorarse los beneficios fiscales de la Ley Reguladora de

Haciendas Locales, que deberían ser obligatorios en al menos un 50 % para todas las administraciones locales y deberían poder ampliarse hasta el 100% en ejercicio de la autonomía de estas mismas administraciones. El beneficio se refiere a una bonificación en la cuota del Impuesto a favor de las obras que favorezcan el acceso y la habitabilidad para personas con discapacidad.

En el ámbito local, existe una exención aplicable a los vehículos de uso exclusivo de las personas con discapacidad, que debería modularse cuando el uso es compartido.

3.3.8.- Participación política.

En relación con el derecho a la participación en la vida política y pública reconocido por el artículo 29 de la Convención, se requiere una regulación de las condiciones de accesibilidad y no discriminación de todas las personas con discapacidad que garanticen el acceso al debate pre-electoral y el ejercicio de su derecho al voto. En la normativa española sólo hay previsiones específicas para las personas con discapacidad visual (Real Decreto 1612/2007).

Deberán adoptarse, además, medidas para garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad internadas.

Sobre la garantía del acceso a funciones y cargos públicos, como forma de participación, ya se han realizado algunas consideraciones en el ámbito trabajo, empleo y servicios sociales, que se hacen extensivas a este supuesto. Sería posible, además, valorar la conveniencia de establecer algún sistema de cuotas electorales en favor de personas con discapacidad, como garantía del derecho al sufragio pasivo.

3.3.9.- Accesibilidad a los medios audiovisuales.

El artículo 21 de la Convención establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas pertinentes para garantizar el ejercicio de las libertades de expresión, opinión e información por parte de las personas con discapacidad. En el contexto de la sociedad de la

información la accesibilidad a los medios audiovisuales constituye una condición necesaria para la realización de tales derechos.

Desde esta perspectiva, los cambios concretos que permitirían una mayor adecuación del Derecho español en relación con la accesibilidad a los medios audiovisuales, pasarían, en primer lugar, por la aprobación de una Ley General Audiovisual que concrete las obligaciones de accesibilidad desde el punto de vista de los derechos de las personas con discapacidad. Esta Ley debería definir de forma amplia lo audiovisual, para poder dar cobertura a los espacios en los que los medios audiovisuales constituyen instrumentos para el ejercicio de derechos fundamentales ó una revisión de las distintas normas sectoriales que permita concretar las obligaciones de accesibilidad y establecer mecanismos de control.

Además, en el Estado español todavía está pendiente la implementación de un Consejo General de lo Audiovisual con competencia para controlar las obligaciones impuestas por las distintas normas relativas a lo Audiovisual.

En el ámbito autonómico los Consejos Audiovisuales deben asumir competencias efectivas para garantizar las previsiones de accesibilidad en relación con la televisión y las obligaciones de accesibilidad a los programas de televisión deben concretarse en aquellas Comunidades en las que no se hayan concretado.

Hasta aquí, no existe una contradicción entre las normas españolas y la Convención, sin embargo, parece que ésta podría llegar a producirse si el Reglamento se demora excesivamente o si las obligaciones de accesibilidad en este campo no se aseguran mediante un adecuado sistema de infracciones y sanciones. En este sentido, sería deseable que el Reglamento aprobado por Real Decreto 1494/2007, se modifique para incorporar obligaciones concretas o mecanismos de control de la actividad promocional de las Administraciones públicas en el caso en que las obligaciones sean de alentamiento -apartados c) y d) del artículo 21 de la convención-. El cumplimiento de estas obligaciones debería asegurarse mediante su inclusión expresa en el régimen de infracciones y sanciones de la Ley 49/2007

A este mismo objetivo serviría una modificación del orden de los apartados de la Disposición Adicional Quinta de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información. Las

obligaciones de accesibilidad de páginas de empresa en ella establecidas deberían incorporarse en el apartado cuarto y la mención sobre la extensión del régimen de infracciones y sanciones en materias de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, debería incorporarse en el apartado quinto, para que aquéllas quedaran incluidas.

Además de las libertades de expresión, información y opinión, la accesibilidad a los medios audiovisuales facilita el ejercicio del derecho a la educación y del derecho a participar en la vida cultural, actividades recreativas y el deporte. Es urgente, desde esta perspectiva, la aprobación del Reglamento de desarrollo de la LIONDAU en materia de accesibilidad a bienes y servicios a disposición del público.

A este respecto, las normas educativas españolas presentan grandes carencias, por lo que deberían reformarse para introducir la obligación de utilización de materiales audiovisuales cuando puedan constituir un medio o formato adecuado para la comunicación de las personas con discapacidad. Además, estas mismas normas deben establecer en las menciones a los materiales audiovisuales que deben ser accesibles.

En relación con el derecho a participar en la vida cultural, actividades recreativas y deporte, las normas españolas que regulan los distintos espacios en los que estas actividades se desarrollan muestran una preocupación casi exclusiva por la dimensión física de la accesibilidad, preocupación que se orienta de forma prioritaria a aspectos relacionados con la seguridad en los espectáculos públicos.

Por otro lado, la coherencia con la Convención hace necesario establecer un régimen de garantías de la accesibilidad a páginas de Internet siempre que de ello dependa el ejercicio de derechos reconocidos en la Convención, sean estas páginas de Administraciones públicas o sostenidas con fondos públicos o de carácter privado.

Efectivamente, las normas que establecen obligaciones concretas en materia de accesibilidad en los distintos contextos se refieren a actividades públicas, pero es posible y necesario incorporar medidas de promoción de la accesibilidad cuando la obligatoriedad no es posible. Así ocurre, por ejemplo, en relación con la publicidad cuando la llevan a cabo agentes

externos al sector público estatal y aun cuando no tenga un carácter institucional.

Otro tipo de medidas posibles tiene que ver con las convocatorias de ayudas públicas relacionadas con la investigación, desarrollo e innovación en temas relacionados con los medios audiovisuales de comunicación. Éstas deberían reforzar el desarrollo de normas técnicas para el establecimiento de criterios de accesibilidad, así como el diseño para todos. Se trata de medidas con las que se daría satisfacción a la obligación del artículo 4.1. g) de la Convención, por lo que a este ámbito se refiere.

Por último, por disposición expresa de la Convención, el Estado debe tomar medidas para que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales (artículo 30.3 de la Convención)

3.3.10.- Educación.

Aunque no existe una contradicción entre la Convención y las previsiones del Derecho español en esta materia, la realidad educativa en España está todavía muy alejada del modelo diseñado por la Convención. Así, existen deficiencias en la adaptación de los centros ordinarios que impiden una atención adecuada, dificultades en la transformación de los centros de educación especial en centros de recursos de apoyo a los centros ordinarios, esquemas cerrados de diagnóstico de los alumnos con necesidades educativas especiales, dificultades de coordinación entre administraciones educativas, falta de profesorado de apoyo en la educación no obligatoria, casos de incumplimiento de las *ratio*, dificultades de atención en el ámbito rural y problemas de acceso tanto a los espacios como a los contenidos.

La eficacia del sistema se vería, además, reforzada con una adecuada información, formación y apoyo a las familias y con la formación permanente del profesorado.

Por otro lado, la igualdad y no discriminación por razón de discapacidad es un tema educativo que debería ser incluido en todos los niveles de la enseñanza. No conviene olvidar, por último, que en esta y en otras materias, de la formación de los profesionales depende la eficacia

de muchos de los derechos reconocidos. En este sentido, por ejemplo, los ingenieros que desarrollen el diseño para todos sólo podrán existir si previamente han recibido una formación adecuada.

3.3.11.- Otras obligaciones del Estado.

El artículo 31 establece una serie de obligaciones concretas para los Estados, en relación con la recogida y utilización de datos estadísticos, que, en el caso de España requerirán de algunos cambios normativos (que tal vez puedan hacerse a través de un único instrumento).

Por ejemplo, será necesario revisar el Derecho modificando la Ley 13/1996 sobre estadísticas de cumplimentación obligatoria o estableciendo un organismo específico, para cumplir con la obligación de recopilar información.

En cualquier caso, la información deberá realizarse de modo desglosado para permitir una visualización plural y real de los diferentes temas y/o grupos específicos (31.2 de la Convención) y habrá que establecer mecanismos que permitan evaluar el cumplimiento por parte del Estado español de las obligaciones derivadas de la Convención y que permitan identificar y eliminar las barreras. La Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia del INE durante el año 2008, parece adecuarse a esta última exigencia.

El artículo 32 de la Convención hace referencia a la cooperación. Aunque no hay una contradicción frontal, las normas españolas hasta el momento son insuficientes para garantizar el carácter inclusivo y accesible de los programas de cooperación internacional en los que el gobierno español participe. La Ley 23/1998 de Cooperación Internacional para el desarrollo debe incluir expresamente esta prioridad en el artículo 7.

Más difícil de articular normativamente es la obligación de cooperar con otros Estados y Organizaciones Internacionales para garantizar el cumplimiento efectivo de la Convención.

Las obligaciones de aplicación y seguimiento nacionales, están suficientemente aseguradas con las instituciones existentes – básicamente Defensor del Pueblo estatal y autonómicos y Consejo Nacional de la Discapacidad –, aunque el sistema podría mejorarse

creando un organismo específico para el seguimiento.

Del artículo 18 de la Convención se derivan obligaciones del Estado relacionadas con la libertad de desplazamiento y la movilidad de las personas con discapacidad. Entre otras facultades, estas libertades implican que el Estado tiene la obligación de garantizar que ninguna persona sea privada de su derecho a adquirir la nacionalidad española sobre la base de su discapacidad. En términos generales, la legislación española es compatible con la Convención, aunque algunas normas relativas a la libertad de desplazamiento que han de ser entendidas a partir del artículo 12. Por ejemplo, el artículo 2.2 del Real Decreto 986/2003, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario, establece que la obtención del pasaporte por aquellos ciudadanos sujetos a patria potestad o a tutela estará condicionada al consentimiento expreso de los padres o tutor, o en su defecto, del órgano judicial competente.

En cuanto al régimen de extranjería, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sería más coherente con la Convención si se incluyese en su artículo 23 la discapacidad como causa de discriminación, si se incorporase una cláusula expresa de no-discriminación por razón de discapacidad en la expedición de visados del artículo 23. Además, sería posible establecer una reserva de cuota de para trabajadores con discapacidad en los contingentes de trabajadores extranjeros.

Por lo que se refiere a los españoles en el extranjero, no existen incompatibilidades en el Derecho español.