

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN

Rafael de Asís, María del Carmen Barranco y Patricia Cuenca
Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Discapacidad, Constitución, Accesibilidad, Vida Independiente

Número: 1 Año: 2021

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

Sobre el proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución

Rafael de Asís, María del Carmen Barranco y Patricia Cuenca
Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid

La aprobación del proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución es una buena noticia para el discurso de los derechos humanos y para el discurso de la discapacidad y refleja el encuentro entre estos dos ámbitos. No cabe duda de que debemos celebrar este hecho fruto de un trabajo que se inició hace por lo menos dos años y que, por diversas circunstancias (incluida, como no, la pandemia), no se ha podido terminar hasta ahora.

La elaboración de esta propuesta de modificación del art. 49 se enmarca en una serie de cambios normativos que se vienen sucediendo en estos últimos tiempos en el campo de la discapacidad. Entre ellos cabe citar la reforma en materia de sufragio, de esterilización o de capacidad jurídica, entre otros. Algunos de estos cambios todavía tienen que culminarse, pero es posible afirmar que poco a poco se va avanzando en la inclusión de las personas con discapacidad en el sistema de derechos con independencia de que todavía quede mucho trabajo por hacer en el ámbito social y en el jurídico (sirva de ejemplo la reciente -y sorprendente- sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la privación del derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual recaída, precisamente, en un caso contra España emblemático, además, en la lucha por el sufragio emprendida en nuestro país por el movimiento asociativo y que culminó con la reforma de nuestra legislación electoral).

En todo caso, la nueva redacción servirá también para disminuir la fuerza de los argumentos (ya de por sí débiles) de quienes utilizando visiones del paternalismo justificado, cuanto menos llamativas, y empeñados en buscar e identificar falacias, se han venido apoyando en este precepto para defender posiciones enfrentadas a los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Tenemos ahora por delante un procedimiento parlamentario que habrá que aprovechar para mejorar la propuesta. Y este es, precisamente, el propósito de estas reflexiones. No podemos perder la oportunidad.

Vaya por delante que, en nuestra opinión, el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad, en términos ideales, debería llevarse a otro lugar de la Constitución. En efecto, a nuestro modo de ver, la regulación de los derechos de las personas con discapacidad debería trasladarse a la sección 1ª del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución, dotándolos de las máximas garantías y, dejando claro, con ello, la consideración de estos derechos como auténticos derechos fundamentales, que, como todos los derechos, no son únicamente derechos prestacionales. No basta con decir que el 9.2 y el 14 se proyectan en el Capítulo III. Sin embargo,

eso exigiría otro procedimiento que, en las circunstancias políticas actuales, no parece viable. Por eso nos centraremos en esta propuesta.

Ya hemos señalado que la reforma, tal y como se señala en el Proyecto (se ha tomado como referencia el texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 21 de mayo de 2021), se realiza tomando como referencia la Convención y el modelo social de la discapacidad que la inspira, como se destaca en la Exposición de Motivos, y, por lo tanto, tratando de superar el modelo médico-rehabilitador plasmado en la actual redacción del art. 49 CE.

En este sentido, la propuesta nos parece acertada y ajustada al enfoque de derechos humanos. Por eso, nuestro objetivo es, sobre todo, destacar aquello que consideramos que falta y que podría ser incorporado al nuevo artículo.

Como es sabido, la nueva redacción modifica en primer lugar la terminología, refiriéndose ahora a las personas con discapacidad. De esta manera, como se indica en la Exposición de Motivos, se actualiza el lenguaje de una forma que refleja los propios valores de la Constitución y la dignidad inherente a este colectivo.

Igualmente, se subrayan sus derechos y deberes y se fijan la autonomía personal y la inclusión social como objetivos de las políticas públicas. Además, se afirma que estas políticas públicas deberán respetar la libertad de elección y las preferencias de las personas con discapacidad y ser elaboradas junto a las organizaciones representativas de personas con discapacidad.

La reforma se refiere explícitamente a las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

Por otro lado, se incorpora, apoyándose en la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/2013 de 16 de diciembre, un apartado sobre protección especial de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos.

Y, por último, la reforma realiza una mención general a los acuerdos internacionales sobre derechos de las personas con discapacidad.

Así, la propuesta de nueva redacción del artículo 49 es la siguiente:

- 1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.*
- 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.*
- 3. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.*
- 4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos.*

En lo que sigue realizaremos algunas reflexiones sobre esta redacción y sobre algunos posicionamientos asumidos en la Exposición de Motivos del Proyecto y presentaremos algunas propuestas orientadas a su mejora.

1. La inserción de la reforma en la arquitectura constitucional y su comprensión

En la Exposición de Motivos del proyecto parece insistirse en vincular los Principios Rectores con la referencia al Estado Social del artículo 1.1 y con la igualdad material que se remite al artículo 9.2. Textualmente se señala:

“Por un lado, vincula expresamente el máximo exponente del Estado social del Título Preliminar al mismo Título primero. Así, la obligación de los poderes públicos de promover la libertad e igualdad real y efectiva prevista en el artículo 9.2 se recoge de forma expresa en el Capítulo relativo a los principios rectores de la política social y económica. De esta manera, se conecta explícitamente la igualdad material con la promoción de los principios rectores del Capítulo tercero del Título primero”.

Pues bien, en nuestra opinión, esta vinculación del Estado social y de la igualdad material exclusivamente con los Principios Rectores de la Política Social y Económica no es del todo correcta. Muy al contrario, la inclusión de la cláusula del Estado social en la Constitución, y el compromiso con la igualdad material expresado en el artículo 9.2, ha de trasladarse a todo el texto de la norma y muy particularmente a todo el Título I. Específicamente, no es posible entender el catálogo de derechos en su conjunto si no se tiene en cuenta que en todos y cada uno de ellos está presente la obligación del Estado de asegurar la efectividad de su disfrute. Esta interpretación aparece muy pronto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la STC 53/85 FJ 4, a propósito del contenido del artículo 15, se puede leer:

*“Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el **Estado social** de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los*

*derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano*¹. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.”

Asimismo, las obligaciones del Estado derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos tienen un carácter tanto negativo como positivo en relación con todos los derechos, conforme se desprende de la Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos y de la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Por otro lado, una cuestión que merece ser revisada es la alusión que se hace en la Exposición de Motivos del proyecto a la igualdad formal como contenido del artículo 14. En la medida en que este precepto ha de ser interpretado de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por España, su alcance no puede limitarse a la mera igualdad formal que lo inhabilitaría para justificar la lucha contra la discriminación cuando esta es indirecta o cuando tiene que ver con diferenciaciones históricamente arraigadas. De nuevo la interpretación restrictiva del alcance del artículo 14 sería también contraria a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en la STC/1987, de 16 de julio, FJ 5, se puede leer:

“El art. 14 de la Constitución viene a establecer, en su primer inciso, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley. Pero, a continuación, procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos, entre los que se encuentran los derivados del sexo de las personas. Esta referencia constitucional expresa no implica (como ya ha señalado este Tribunal: STC 75/1983, fundamento jurídico 3.º, entre otras) la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación; pero si representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la C.E”.

2.- La denominación

Uno de los aspectos que más se están destacando de la reforma es el de la utilización del término persona con discapacidad. Existe un consenso generalizado de que la terminología actual de la Constitución que emplea el término “disminuidos” no resulta apropiada. Sin embargo, se discute sobre si el de “persona con discapacidad”, es el término más adecuado. Sobre todo teniendo en cuenta de que en el discurso de los derechos de las personas con discapacidad en España, ha cobrado relativa fuerza el de “persona con diversidad funcional”.

Como acabamos de señalar, la reforma utiliza el término persona con discapacidad, opción que encontramos adecuada para el texto constitucional.

¹ La cursiva es nuestra.

La teoría que propone el término diversidad funcional considera que el de discapacidad no deja de ser un término con una connotación negativa (dis) y pone en valor la diversidad como parte de la condición humana que contribuye a enriquecer la sociedad. El término pretende poner de relieve que existen personas que funcionan de manera diferente o diversa de la mayoría de la sociedad que en sus procesos constructivos sociales y de entorno, no tiene en cuenta y no respeta esa diversidad funcional. De esta forma, se pone en énfasis en la opresión y discriminación que sufren las personas con diversidad funcional en una sociedad diseñada de acuerdo con un modelo de normalidad establecido por quienes detentan el poder.

En todo caso, se trata de un término que focaliza sus esfuerzos en la inclusión y que en algunos aspectos coincide con los objetivos del modelo social y del término discapacidad.

El problema del término diversidad funcional es que no sirve solo para identificar la discapacidad ni, sobre todo, permite conectar la situación en la que se encuentran las personas con la idea de barrera. De alguna manera, se centra más en la condición de la persona que en su situación. Por eso y por resultar ser un término más desconocido, que no es usado en la normativa nacional e internacional y que no cuenta con un respaldo social amplio es preferible, en efecto, usar el término persona con discapacidad.

3.- El ejercicio

Como se indica en la Exposición de Motivos del Proyecto, la reforma comienza reconociendo expresamente a las personas con discapacidad como titulares de los derechos previstos en el Título I, lo que supone superar “el enfoque clásico de la regulación en este ámbito, centrado en las obligaciones para los poderes públicos, sin hacer mención expresa de las personas con discapacidad como titulares de derechos”, o situando la cuestión en un segundo plano como hace la actual redacción del art. 49. Y, además, en el primer apartado de la nueva redacción del art. 48 se dispone que esa titularidad, como también destaca la Exposición de Motivos debe ser “en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva”.

Si bien esta prioridad que se otorga a la visión subjetiva que pone en primer plano a las personas resulta apropiada, nos parece que la propuesta mejoraría si en el primer apartado se aludiese no solo a la titularidad de los derechos, sino también al ejercicio, en tanto es en este ámbito donde las personas con discapacidad han encontrado las principales restricciones y limitaciones (y no tanto en la titularidad). La inclusión de la alusión al “ejercicio” de los derechos es, además, acorde con la reforma de la legislación civil y procesal en materia de capacidad jurídica que pone fin a la privación o limitación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad y establece un sistema de apoyos en la toma de decisiones. Asimismo, y teniendo además en cuenta la ubicación del art. 49 y su conexión con el art. 9.2 (además de con los arts. 10.1 y 14) parece adecuado referirse también a la dimensión del disfrute de los derechos.

4.- La alusión a la especificidad

Por otro lado, también nos parece adecuado que la propuesta de reforma reconozca la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres y niñas con discapacidad en el apartado 2 y la necesidad de adoptar medidas para intensificar la protección legal de las personas con discapacidad.

No obstante, entendemos que sería conveniente suprimir el término “específicas” en el apartado 2 al hacer referencia a las necesidades de mujeres y niñas, y reemplazar el término “especial protección”, en el apartado 3 por el de protección reforzada (contribuyendo en ambos casos a separar la discapacidad del discurso de lo especial como enfoque característico del modelo médico o rehabilitador que esta reforma pretende superar)².

5.- La accesibilidad universal

Un aspecto que resulta incomprensible de la actual propuesta de nueva redacción del art. 49 es el de la ausencia del derecho a la accesibilidad universal en el texto de la reforma. La accesibilidad es un principio, un derecho y una condición esencial para el ejercicio de los demás derechos que debe mencionarse ineludiblemente en el precepto constitucional dedicado a la discapacidad en consonancia con la Convención y con nuestra propia legislación.

Es así el eje del sistema de derechos de las personas con discapacidad, por lo que es imprescindible su incorporación al texto constitucional. Se trata de un eje compuesto por el diseño universal, las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables. El diseño universal es una estrategia ex ante y de adaptación general. Como no en todos los casos es posible o razonable el diseño universal y, como, además, partimos de una situación de incumplimiento de este requisito, a veces el diseño universal no es desde el “origen”, sin que se implementa ex post (y hablamos entonces de rediseño universal o medidas de accesibilidad que de nuevo es una estrategia de adaptación general para dar cabida a las necesidades de todas las personas). En todo caso, por la propia diversidad humana o por el estado de la ciencia o de la técnica no siempre es posible esta adaptación general y, además, a veces no es razonable al entrar en colisión con otros bienes o derechos (de igual relevancia) que deben protegerse también y es entonces cuando entran en juego los ajustes razonables como una estrategia de adaptación para una persona en concreto en una situación particular. En este sentido, los ajustes razonables son sólo una de las herramientas para lograr la accesibilidad universal y, además, una estrategia subsidiaria o secundaria frente a las estrategias primarias que son el diseño universal y las medidas de accesibilidad.

6.- Participación, vida independiente, apoyos y asistencia

Por otro lado, la reforma incorpora el término autonomía personal y la referencia a la inclusión social al texto del artículo 49 lo que resulta muy adecuado. En este sentido, la Exposición de Motivos señala que el mandato de acción positiva incorporado en el nuevo apartado 2 del art. 49 tiende a lograr dos objetivos esenciales en la política en materia de discapacidad “la plena autonomía personal, como perspectiva subjetiva de libertad y la inclusión social, como dimensión comunitaria en conexión con la igualdad y desarrollo personal pleno en el entorno social”.

Ahora bien, junto a los términos “autonomía personal” e “inclusión social” resulta obligado mencionar la participación y la vida independiente recogidos también entre los principios generales de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su art. 3.

La participación forma parte, además, de la propia definición de discapacidad incluida y en el propio objeto de la Convención y se plasma en diferentes derechos recogidos a lo largo de su

² Y ello con independencia de la STC antes citada.

articulado. Si bien la actual propuesta de modificación del art. 49 alude a esta dimensión colectiva al mencionar la participación de las organizaciones de personas con discapacidad en la adopción de las políticas, parece conveniente ampliar esta referencia a su dimensión individual.

Por su parte, la vida independiente es también un concepto clave en la Convención, contemplado además de como un principio también en el art. 3 como un derecho en el art. 19, se conecta estrechamente con la autonomía y constituye el punto de encuentro entre ésta y la inclusión (de alguna manera, canal de comunicación entre lo individual y lo colectivo). El derecho a la vida independiente es consecuencia de la comprensión de la dignidad humana como libre desarrollo de la personalidad y constituye uno de los referentes justificativos de la accesibilidad universal. Además, la mención a la autonomía junto a la vida independiente, permitirían introducir otros dos términos en forma de derechos indispensables en el sistema de derechos de las personas con discapacidad: los apoyos y la asistencia. Se trata de dos instrumentos que permiten la satisfacción real y el ejercicio de muchos de los derechos de algunas personas y cuya incorporación al texto constitucional, además de ser una señal de su valor, permitirá un mayor desarrollo normativo todavía hoy ausente.

Coincidimos en que tal y como señala la Exposición de Motivos del Proyecto, la alusión al respeto a la libertad y preferencias de las personas con discapacidad que se plantea incorporar en el texto constitucional supone un gran avance que implica pasar “de un modelo protector y tuitivo a un sistema donde la persona con discapacidad es el centro de todas las decisiones que se adopten” lo que “permite la autonomía personal pueda desplegarse de forma plena”. No obstante entendemos que ese desarrollo pleno se vería facilitado con la mención de la participación, en su dimensión individual, y la vida independiente.

7.- Asistencia integral y atención temprana

Como señala el art. 10.1 de la Constitución española, todas las personas tenemos derecho al libre desarrollo de nuestra personalidad, condición necesaria para que se pueda hablar de una vida digna y que, en ocasiones, puede verse obstaculizada por diversas barreras físicas, comunicativas, cognitivas o sociales, lo cual puede requerir el establecimiento de asistencias y apoyos.

En este sentido, parece oportuno que el nuevo texto mencione también el derecho a la atención integral que, de alguna manera, recoge el conjunto de muchas de las medidas y servicios que permiten la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad.

La atención integral aparece contemplada, en nuestro Ordenamiento, respecto a las personas con discapacidad, en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en cuyo punto primero se afirma: *“Se entiende por Atención Integral los procesos o cualquier otra medida de intervención dirigidos a que las personas con discapacidad adquieran su máximo nivel de desarrollo y autonomía personal, y a lograr y mantener su máxima independencia, capacidad física, mental y social, y su inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, así como la obtención de un empleo adecuado”*.

Este derecho a la atención integral, consecuencia también de la obligación contenida en el artículo 9.2 de nuestro texto constitucional, despliega sus efectos en todos los ámbitos de nuestras vidas y de manera importante en las vidas de las personas con discapacidad. Una de sus

dimensiones es la atención al desarrollo que, de manera significativa, se proyecta en los ámbitos sociales, educativos y sanitarios.

En la infancia, el libre desarrollo de la personalidad puede verse decisivamente afectado por diversas barreras físicas, comunicativas cognitivas o sociales, limitando la independencia y la autonomía personal, así como su inclusión y participación plenas en todos los ámbitos de la vida. Por eso, la atención al desarrollo, en el caso de los niños y las niñas, se expresa en términos de atención temprana. El derecho a la atención temprana constituye otra de las referencias que deberían ser introducidas en la reforma del artículo 49.

8.- Una redacción alternativa

Visto todo lo anterior, a nuestro modo de ver, este podría ser el tenor del nuevo artículo 49:

- 1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título y deben poder ejercerlos y disfrutarlos en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.*
- 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal, la vida independiente y la participación e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas se orientarán a la eliminación de barreras de entorno y actitudinales asegurando los derechos a la accesibilidad universal y a la prestación de apoyos y asistencia; respetarán la libertad de elección y preferencias de las personas con discapacidad garantizando su libre desarrollo y la atención integral, incluida la atención temprana, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades de las mujeres y niñas con discapacidad.*
- 3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.*
- 4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos”*

Con estas mejoras en la nueva redacción propuesta se conseguirá de forma mucho más clara y en plena sintonía con el modelo de la Convención el objetivo que se menciona en la Exposición de Motivos del Proyecto, esto es, que el art. 49 “vuelva a ser referencia para la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en España” y situarnos de nuevo a la vanguardia en camino hacia la igualdad de este colectivo.