

I RECESIÓN

Martínez-Pujalte, Antonio-Luis. *Derechos fundamentales y discapacidad*, CINCA, Madrid, 2015.

Vicente Bellver Capella
Departamento de Filosofía del Derecho y Política
Universitat de València

Fecha de recepción 28/02/2017 | De publicación: 28/06/2017

En estos tiempos parece que no exista aspecto alguno de la vida social en que se produzcan mejoras relevantes. Todo tiende a contemplarse desde la perspectiva de la decadencia política, y el consecuente retroceso del bien común, las libertades y la prosperidad. Pero sabemos que esos juicios globales, a los que somos proclives, suelen ser erróneos. Ni cuando vivimos ciclos de entusiasmo colectivo todo va bien, ni cuando el desencanto se extiende por la sociedad todo va necesariamente mal.

Uno de los campos en los que se ha venido produciendo un progreso sostenido durante las últimas cuatro décadas es el del reconocimiento efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. Es cierto que la crisis económica de 2008 también ha afectado a las políticas que se venían desarrollando en este campo pero, aun así, el balance global es extraordinariamente positivo. Eso no quiere decir, ni mucho menos, que quepa relajarse y darse por satisfecho. Todavía queda

mucho por hacer, tanto en la afirmación de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, como en la superación de las barreras sociales que siguen siendo el principal obstáculo a su plena integración. Pero las conquistas pendientes no nos deben hacer perder de vista el gran avance alcanzado.

Concretamente en España la situación de las personas con discapacidad ha cambiado radicalmente, y para mejor, en estos años. Ese cambio se aceleró tras la aprobación de la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (LIONDAU) y la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), que entró en vigor en 2008. Esa evolución, sin embargo, no se ha llevado por igual en el plano teórico y en el práctico. Mientras que se reconoce unánimemente que el modelo social de discapacidad es el único que verdaderamente resulta conforme a las exigencias de la dignidad

humana, sin embargo, la práctica social todavía está lejos de ese modelo y se mantiene a mitad camino entre el modelo de la prescindencia y el rehabilitador. Para el lector no familiarizado con estos modelos, enseguida haré una referencia a esta tipología.

La obra que ahora presento constituye una valiosa aportación para superar esa brecha entre teoría y práctica. Antonio-Luis Martínez-Pujalte es doctor en Derecho, profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Miguel Hernández de Elche y patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad. Su conocimiento del mundo de la discapacidad no es solo teórico. Durante varios años fue Director del Gabinete del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales y tuvo una relación muy directa con el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), participando en la redacción de normas relacionadas con la discapacidad, de manera muy destacada la LIONDAU. Esa experiencia le permite, por un lado, identificar con gran precisión las deficiencias que el marco regulatorio español actual todavía presenta en la garantía de los derechos de las personas con discapacidad; y, por otro, hacer propuestas *de lege ferenda* que permitan avanzar en la senda del reconocimiento efectivo de sus derechos. Conviene también destacar que, aunque su especialidad es la Filosofía del Derecho, la perspectiva adoptada en el libro es la de los derechos fundamentales. De

ahí que enjuicie las leyes relacionadas con la discapacidad por su conformidad con la CE y, en concreto, por su contribución a la garantía de los derechos fundamentales reconocidos en ella.

Según el autor, la CE fue aprobada en un momento en que el modelo dominante sobre la discapacidad era el rehabilitador. El art. 49, único artículo de la CE que hace mención expresa al mundo de la discapacidad, así lo pone de manifiesto aunque también apunte tímidamente hacia el modelo social: “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” (art. 49). A pesar de esta referencia a las personas con discapacidad no del todo afortunada, Martínez-Pujalte entiende que una interpretación sistemática y teleológica de la CE lleva a concluir que el modelo de discapacidad asumido por la CE es el modelo social. Pues bien, la monografía tiene por objetivo presentar los argumentos que conducen a esa conclusión. Pero no se queda ahí sino que se ocupa de analizar específicamente la regulación de algunos derechos fundamentales para poner de manifiesto aquellos aspectos que, en opinión del autor, resultan contrarios a la CE. En su afán por hacer una contribución que también sea útil para el

legislador, llega a precisar las modificaciones imprescindibles que deberían llevarse a cabo para que las normas legales que regulan esos derechos tuvieran pleno encaje constitucional.

A nadie se le escapa que las personas con discapacidad han sido objeto de discriminación continua a lo largo de la historia. Durante la mayor parte de ese tiempo han sido vistos como un problema social que se podía resolver con su directa eliminación física o, al menos, social. Se trataba de organizar la vida como si estas personas no existieran. Ese era, y sigue siendo todavía en demasiados lugares del mundo, el “modelo de la prescindencia”. En momentos puntuales de la historia, tal modelo ha tratado de ser superado por otro que se ha denominado “modelo médico o rehabilitador”. Aquí la persona con discapacidad no es excluida de la sociedad, pero es tenida como un ser disminuido al que únicamente se puede proteger y ayudar a que se aproxime a la “normalidad”. Afortunadamente, desde hace algunas décadas, se reconoce que las personas con discapacidad no son “disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales”. Son personas como cualesquiera otras, pero que se encuentran en sociedades diseñadas para personas que tienen unas determinadas capacidades y no otras. Para conseguir que esas sociedades ofrezcan igualdad de oportunidades para todos sus miembros, resulta imprescindible rediseñarla, eliminando las barreras que impidan o dificulten el pleno

desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad. Según este “modelo social” una sociedad es justa en la medida en que logra abatir las barreras que impiden a las personas con discapacidad disfrutar de sus derechos.

A partir de la consideración basilar de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, el autor despliega su sugerente análisis jurídico para certificar que también en nuestro sistema constitucional la discapacidad puede y debe ser considerada como una cuestión de derechos fundamentales. En su opinión, el artículo 9.2 CE tiene una especial trascendencia en este campo, pues permite superar la distinción clásica entre libertades públicas, que se garantizarían con la abstención del Estado, y derechos sociales, que exigirían prestaciones del Estado para hacerse efectivos. En base a ese artículo, todos los derechos (y no solo los sociales) pueden exigir del Estado una acción positiva para hacerse efectivos. Y, por ello, las demandas de las personas como discapacidad no se ubican entre los que se han venido en denominar “derechos de la segunda generación”, de problemática e insuficiente protección jurídica, sino como derechos fundamentales en sentido estricto, derechos de la primera generación si se desea utilizar esta terminología, dotados de todas las garantías que para ellos prevé la Constitución de 1978.

Esta es precisamente la perspectiva que se desarrolla en el presente libro. En el primer capítulo, se definen las bases en las que se asienta la posición de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en nuestro sistema constitucional. En los restantes, tomando como cimiento la construcción diseñada en el primer capítulo, se analizan algunos derechos fundamentales que no se encuentran suficientemente protegidos para las personas con discapacidad en nuestras leyes. Martínez-Pujalte se ocupa así del derecho a la vida y del aborto por razón de discapacidad, del derecho a la integridad física y la esterilización no consentida, del derecho de participación política y de las restricciones del derecho al sufragio activo y pasivo para las personas con discapacidad, y del derecho a la educación inclusiva y las limitaciones en su acceso. Se trata solo de una selección de algunos problemas relevantes, pero la construcción formulada en el primer capítulo resulta fecunda para abordar un análisis constitucional de todos ellos.

El capítulo 2º trata del derecho a la vida y de la protección de la vida prenatal aquejada de discapacidad. En 2010 se reformó la ley del aborto en España y cambió la regulación basada hasta entonces en indicaciones por otra basada en plazos. Además estableció que, transcurridas las 14 primeras semanas de aborto libre, se pudiera abortar a los fetos que portaran alguna

discapacidad. En el primer informe que el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU hizo sobre la situación en España denunció esta regulación. Sin entrar al fondo de la cuestión del aborto, sobre la que no le correspondía pronunciarse, recomendó a España que modificara la ley pues contenía una evidente desigualdad, al condicionar el nivel de protección de la vida por nacer al hecho de tener o no una discapacidad. Martínez-Pujalte recuerda que, cuando el TC resolvió el recurso de inconstitucionalidad frente a la primera ley despenalizadora del aborto, señaló que el supuesto de aborto eugenésico solo podía mantenerse de manera temporal, mientras el Estado social no pudiese proveer a las necesidades que genera el nacimiento de un ser humano con alguna discapacidad. Afortunadamente la situación ha mejorado notablemente desde 1985 y, en cualquier caso, no parece que la solución consista en mantener indefinidamente una situación transitoria sino en prestar las ayudas necesarias para superarla definitivamente.

En el capítulo 3º el autor aborda un tema tan controvertido como el anterior: la esterilización sin su consentimiento de las personas con discapacidad. También aquí el autor se centra en comentar la reforma del Código penal de 2015 en este punto que, a su entender, mejora la situación anterior, aunque todavía no alcanza su plena

conformidad con la CE. La regulación vigente restringe de forma notable la posibilidad de aplicar la esterilización no consentida. Hasta la reciente reforma era posible recurrir a ella cuando hubiera una incapacidad psíquica o una declaración judicial de incapacidad. En la actualidad solo se puede llevar a cabo cuando exista una imposibilidad fáctica de prestar el consentimiento por parte de la persona con discapacidad.

Martínez-Pujalte no se queda en reflejar el cambio normativo y en valorar la mejor adecuación de la norma vigente al derecho fundamental a la integridad física, tal como lo proclama la CE en su art. 15. Sostiene que la vigente ley es, cuanto menos, poco oportuna. Para considerar que la esterilización involuntaria no constituye una violación del derecho a la integridad física se exige que las personas “carezcan de forma absoluta y permanente de aptitud para prestar el consentimiento a la esterilización por no poder entender la finalidad de la intervención, que carezcan también de la aptitud para ser padres o madres aun con los debidos apoyos, y a que a pesar de estas circunstancias sea probable que entablarán relaciones sexuales” (p. 81). Como se trata de supuestos tan excepcionales, que podrían ser no punibles aunque no estuvieran regulados, no parece que tenga sentido establecer una

regulación específica que únicamente incrementaría el riesgo de abusos.

También el capítulo 4º parte del análisis de la legislación sobre derechos fundamentales, en la medida en que afectan a las personas con discapacidad. En este caso se trata del derecho a la participación política, regulado en la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General (LOREG). Este norma excluye del derecho a participar en las elecciones a las personas judicialmente incapacitadas o internadas en un establecimiento psiquiátrico (art. 3.1 b y c LOREG).

Frente a esta posición, que el autor considera inconstitucional, sostiene que mientras “exista una mínima capacidad de decisión, aun cuando exija algún tipo de apoyo o asistencia, existe también el derecho a participar en las decisiones acerca de la vida colectiva. Pues conviene tener en cuenta que este derecho no está ligado, en una sociedad democrática, a la posesión de un determinado nivel de conocimientos o competencias, sino a la condición de persona, pues todas las personas tienen idéntico título para participar en las decisiones sobre el bien de las personas, que eso son en último término las decisiones políticas” (p. 89). Para apoyar esta tesis, recurre tanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como al art. 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas

con Discapacidad, que “es radicalmente inconciliable con cualquier restricción del derecho de sufragio por razón de discapacidad” (p. 91).

Pero, además de criticar la regulación vigente, Martínez-Pujalte se pregunta qué proyección tiene el art. 9.2 CE (que, como se ha visto, es el que sostiene toda su interpretación de los derechos fundamentales y sus particulares efectos sobre las personas con discapacidad) sobre el alcance efectivo del derecho de sufragio activo. Y responde que ese derecho “implica adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que tanto la información electoral... como el proceso electoral en sí mismos sean plenamente accesibles a las personas con cualquier discapacidad” (p. 100). Particular atención presta a las medidas que se deben adoptar en relación con la accesibilidad física de los espacios electorales, así como a la asistencia a las personas con discapacidad en el momento de la votación, formulando respecto a ambas concretas propuestas de modificación legislativa.

El último capítulo de la monografía está dedicado al derecho a la educación. De nuevo aquí el autor hace gala de un fino análisis de la legislación y se pregunta por la idoneidad de recurrir a la educación inclusiva o a la especial. Aunque Martínez-Pujalte afirma que “la educación especial no puede considerarse intrínsecamente

discriminatoria, dado que pueden existir argumentos constitucionales que la justifiquen” (p. 116), también sostiene que “la educación inclusiva es más adecuada que la educación especial para lograr la finalidad constitucional del proceso educativo prevista por el art. 27.2 CE” (p. 119). Por ello, entiende que la CE exige que la educación pública se lleve a cabo en los centros ordinarios contando con los apoyos necesarios para lograr la educación inclusiva.

El problema está en que la Ley Orgánica 5/2006 de Educación (LOE) prevé la posibilidad de escolarizar a los alumnos que presentan necesidades educativas especiales en unidades o centros de educación especial “cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios” (art. 74.1 LOE). Según el autor, esta situación solo puede mantenerse de forma transitoria, en tanto se transforman los actuales centros de educación especial en centros de recursos para el apoyo a la inclusión de las personas con discapacidad, abiertos a toda la comunidad educativa. Mientras se lleva a cabo esa transición corresponde a los padres decidir si sus hijos deben acudir a un centro de educación ordinaria o especial. Y aquí precisamente reside el problema: en que el propio TC permite que no sean los padres sino la Administración educativa la que decida acerca del tipo de centro en que el niño debe ser educado.

Como se ve, el prof. Martínez-Pujalte se ha ido ocupando de cuatro derechos fundamentales que plantean importantes dificultades de concreción para las personas con discapacidad. Con argumentaciones tan rigurosas como claras, va haciendo propuestas de reforma legislativa orientadas a que esos derechos estén regulados de conformidad con la CE. Como se trata de cuestiones enormemente controvertidas, es seguro que no dejarán indiferentes a quienes

las lean. Pero, con independencia de que sus propuestas se compartan o no, la lectura del libro suscitará muchos elementos para la reflexión acerca del marco regulador de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. En mi opinión se trata de propuestas muy bien aquilatadas, no solo por el conocimiento del autor de la teoría de los derechos fundamentales, sino por su experiencia de trabajo con el CERMI desde hace muchos años.