

la convención de la onu sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica

(The UN Convention on the Rights of People with Disabilities:
the Legal Perspective)

José Antonio Seoane ■ ■ ■
Universidad de A Coruña (España)

resumen

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 diciembre 2006) propone un nuevo paradigma en el modo de pensar y tratar jurídicamente la discapacidad: el modelo de los derechos, articulado en torno a la autonomía, la no discriminación, la igualdad de oportunidades, el reconocimiento de la diversidad, la participación y la inclusión. Exponer los fundamentos y los caracteres básicos de este modelo, en diálogo crítico con los restantes modelos explicativos de la discapacidad y con otras perspectivas teóricas (enfoque de las capacidades, enfoque de los funcionamientos seguros y teorías del reconocimiento), y reflexionar sobre el significado de la Convención y sus consecuencias en el sistema jurídico español es el objetivo de estas páginas.

PALABRAS CLAVE: Autonomía, Capacidades, Derecho, Derechos Humanos, Discapacidad, Diversidad, Funcionamientos seguros, Justicia, Reconocimiento.

summary

The UN Convention on the rights of people with disabilities (New York, December 13rd 2006) promotes a new legal approach to disability: the model of rights or the human rights approach, focusing on autonomy, non discrimination, equality, diversity, participation, and inclusion. Presenting the foundations and basic features of the model of rights, arguing with the other models as well as with another theoretical proposals (capabilities approach, secure functioning approach, theories of recognition), and thinking about the meaning of the Convention as well as on their effects on the Spanish legal system is the aim of this paper.

KEY WORDS: Autonomy, Capabilities, Law, Human Rights, Disability, Diversity, Secure functioning, Justice, Recognition.

planteamiento ■ ■ ■

En primer lugar, quisiera agradecer a FEVAS la invitación a participar en esta Jornada, cuya acertada organización me permite compartir mesa con colegas apreciados y volver al País Vasco, mi segunda casa bioética. Asimismo, me permite seguir admirando la labor bioética de esta Comunidad Autónoma, iniciada en el ámbito clínico y ampliada ahora al ámbito de los servicios sociales, que constituye un valioso ejemplo para otras Comunidades Autónomas, entre ellas Galicia, de donde vengo. Por lo tanto, estoy aquí para aprender, y también para compartir mis reflexiones sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, un instrumento jurídico formidable que representa un avance cualitativo fundamental para la garantía y protección de los derechos de estas personas. A ello dedicaré mi intervención.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 en el marco de las Naciones Unidas, supone un cambio de paradigma en el modo de pensar y tratar la discapacidad, instituyendo el paradigma o modelo de los derechos. Ésta es la tesis que voy a sostener. Defender un modelo de derechos supone un grado de exigencia mayor, y también un mayor grado de recompensa. La Convención es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI (Sanjosé Gil, 2007). La existencia de un tratado internacional dedicado específicamente a la situación de las personas con discapacidad es elogiable, aunque también podría interpretarse como algo no tan positivo, pues debería bastar la normativa de protección general de los derechos humanos. En cualquier caso, bienvenida sea la Convención, que aporta algo muy relevante desde el punto de vista jurídico y

de su normatividad: su carácter vinculante. Nadie está exento de cumplirla, y todos, poderes públicos y ciudadanos, estamos obligados a respetarla. Conozcamos qué nos exige.

los modelos explicativos de la discapacidad ■ ■ ■

La historia reciente de la discapacidad se ha explicado mediante la dialéctica entre el modelo médico y el modelo social, considerados los principales análisis conceptuales de la discapacidad (Oliver, 2009; Palacios, 2008; World Health Organization, 2001).

El primero es el *modelo médico*, que entiende la discapacidad como patología, como un problema individual o personal causado por una enfermedad o deficiencia. De hecho, discapacidad es un término que no se utiliza en este modelo, sino que emplea otra terminología, más antigua. El punto de partida es la realidad biológica y la solución a la discapacidad es un tratamiento médico curativo o rehabilitador y en su caso, medidas de compensación y adaptación. A este modelo, centrado en el individuo y sus limitaciones, se le puede reprochar el olvido de la dimensión social: ¿cuál es la relación con el entorno? ¿Qué pasa con las barreras físicas, mentales, sociológicas y económicas, etc. que aíslan socialmente a las personas con discapacidad?

Como reacción a este modelo, desde finales de los 60 y los 70 del pasado siglo surge, inicialmente en el mundo anglosajón, el *modelo social* (UPIAS, 1976; Finkelstein, 1980; Oliver, 2009; Palacios, 2008), que desplaza la atención al entorno. La discapacidad es una construcción social. Desde el extremo opuesto al modelo imperante hasta ese momento, el nuevo modelo formula la discapacidad

como el resultado de la interacción entre una persona y las condiciones y la estructura sociales. La solución depende de la intervención en el entorno y la eliminación de las barreras para alcanzar la integración social. En su reacción el modelo social ha llegado a pasar por alto la dimensión personal, sobrevalorando la influencia de la sociedad: ¿Qué pasa con el individuo? ¿Qué pasa con la deficiencia que tiene esa persona?

Recientemente apunta un tercer modelo: el *modelo de la diversidad* (Palacios y Romañach, 2006; Terzi, 2009; Guibet Lafaye y Romañach Cabrero, 2010). La discapacidad no es una patología, como en el modelo médico. La discapacidad no es una construcción –u opresión– social, como en el modelo social. La discapacidad es una diferencia, entendida como una forma distinta de funcionar, que debe ser objeto de reconocimiento y cuidado, pues enriquece la sociedad (Silvers, 2009). En cierto modo se adopta una posición de grupo o cultura, de política identitaria en relación con la discapacidad, y se acepta y reclama, en justicia, el cuidado de esa diferencia. Como en los casos anteriores, hay que interpelar a este modelo: ¿Es la discapacidad el único rasgo de la identidad de una persona con discapacidad? En caso de tener ese rasgo, ¿es o debe ser el más importante? ¿Qué nivel de reconocimiento están demandando: jurídico, político, social)?

la conversión de la onu y el modelo de los derechos ■ ■ ■

La Convención de la ONU es un intento de superar y armonizar estos tres modelos: médico, social y de la diversidad, a través de una síntesis denominada el modelo de los derechos. La persona con discapacidad no es una enferma, ni es el resultado de la acción social, ni una

persona simplemente diferente: es un sujeto de derechos. En primer lugar hay que subrayar su condición de persona, adjetivada por la discapacidad. Para el modelo de los derechos es esencial partir de lo sustantivo, de la condición personal y de la titularidad de los derechos. Su vocación de síntesis y superación la comparte con el modelo biopsicosocial propuesto por la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud* de la Organización Mundial de la Salud (CIF, 2001) (World Health Organization, 2001), que le sirve de punto de partida científico-conceptual.

Los rasgos de los derechos convierten este modelo en el más adecuado para alcanzar un tratamiento justo de las personas con discapacidad. Un primer rasgo es su universalidad. Los derechos humanos se reconocen en razón de la condición de persona y reflejan y garantizan valores de forma universal. Constituyen *universalia iuris materialis*, un elemento que ha de estar presente, en cualquier tiempo y lugar, en todo sistema jurídico que pretenda respuestas justas en materia de discapacidad. Además de esta universalidad objetiva o de contenido, los derechos son universales desde un punto de vista subjetivo, tanto en relación con sus titulares (todas las personas) como en relación con sus destinatarios (eficacia *erga omnes* o frente a todos: individuos, grupos y poderes públicos) (Alexy, 2010, 61-67).

Su validez moral, su carácter fundamental, su exigibilidad y su prioridad son otros rasgos que revalidan la idoneidad de este modelo. Los derechos humanos identifican, enuncian y garantizan las condiciones básicas de una vida digna en forma de pretensiones justificadas y exigibles, a través de su triple dimensión. 1) Son una categoría moral, que expresa las capacidades y los bienes más valiosos para el conjunto de la sociedad, en este caso en materia de discapacidad. 2) Son

una categoría jurídica, incluida en las disposiciones jurídicas estatales de mayor rango, las Constituciones, y en las más relevantes disposiciones internacionales, como la Convención, siendo normas jurídicas aplicables y vinculantes para los poderes públicos y los ciudadanos. 3) Finalmente, son una categoría política, en su condición de normas objetivas o institucionales: articulan la estructura del orden jurídico y de la comunidad política, orientan y delimitan la actuación de los poderes públicos, y representan el principal criterio de legitimidad en el ejercicio del poder.

Otros dos rasgos, a veces omitidos, son decisivos para el funcionamiento y la realizabilidad del modelo de los derechos. De una parte, su carácter prestacional: un derecho no funciona si solamente se reconoce; necesita medios y acciones positivas para su ejercicio. De otra, su doble dimensión, en cierto modo ya anticipada. Los derechos son facultades subjetivas o individuales, que garantizan el ejercicio de nuestra libertad; además, poseen otra dimensión, sin la cual la dimensión subjetiva decaería: la dimensión objetiva institucional, ya que los derechos son el elemento estructural del orden jurídico y del orden político. Nuestro Estado de Derecho tiene como elemento axial los derechos humanos, que fundamentan así la comunidad política: en sentido negativo, como límites a la actuación de los poderes públicos, que no pueden lesionar los derechos ni desalentar su ejercicio; y en sentido positivo, como criterio positivo y orientador de la actuación, fomentando y promocionando su ejercicio.

la fundamentación del modelo de los derechos ■ ■ ■

El modelo de los derechos no es un

modelo arbitrario ni estipulativo. Su valor y su validez se asientan en razones teóricas y normativas que lo convierten en el más adecuado para el tratamiento jurídico de la discapacidad. Tres son las principales vías de fundamentación.

Un primer fundamento teórico es el *enfoque de las capacidades*, desarrollado entre otros por Amartya Sen, Premio Nobel de Economía en 1998 por su preocupación por la dimensión ética en el pensamiento económico, y por filósofa norteamericana Martha Nussbaum (Sen, 2000; Nussbaum, 2007). Este enfoque indica que la intervención ética y jurídica en materia de discapacidad no debe regirse por el grado de satisfacción personal, ni por los bienes o recursos disponibles. Un tratamiento justo de las personas con discapacidad exige el fomento de sus capacidades combinadas: las capacidades internas, o facultades básicas de elección y configuración de su propia vida, junto con las condiciones externas adecuadas de una persona. Una capacidad no es lo que una persona hace o es, sino lo que una persona puede hacer o puede ser, por lo que se debe conceder libertad para decidir y ayudar a que sea o lo haga. De este modo se garantiza la complementariedad de la libertad y la igualdad, reforzada con modos múltiples de realizar las capacidades. A modo de orientación, Nussbaum propone una lista abierta de las capacidades centrales o básicas, aptas para garantizar una vida acorde con la dignidad y concebidas como derechos humanos básicos: 1) Vida. 2) Salud corporal. 3) Integridad corporal. 4) Sentidos, imaginación, pensamiento. 5) Emociones. 6) Razón práctica. 7) Afiliación. 8) Otras especies. 9) Juego. 10) Control del propio entorno: a) político; b) material (Nussbaum, 2007, 87-92, 172-174).

El enfoque de las capacidades se puede complementar y mejorar con un

segundo soporte teórico más reciente: el *enfoque de los funcionamientos seguros*, desarrollado desde la Filosofía política por Jonathan Wolff y Avner de-Shalit (Wolff y de-Shalit, 2007). Ellos afirman que la discapacidad es una desventaja social y, por tanto, un problema de justicia social. Existe una desventaja social cuando una persona tiene escasas oportunidades auténticas para funcionar de forma segura, debido a la ausencia de alguno de estos tres factores: los recursos internos –que equivaldrían a las capacidades internas–, los recursos externos –o condiciones externas– y el marco o la estructura social. Dos son las principales aportaciones del enfoque de los funcionamientos seguros. En primer lugar, su insistencia en que las capacidades auténticas no se deben garantizar únicamente de forma puntual, sino de forma permanente. Por tanto, una oportunidad auténtica para funcionar es una oportunidad que permanece en el tiempo (este rasgo es decisivo, por ejemplo, para el tratamiento de enfermedades crónicas). En segundo lugar, su énfasis en el entorno. Aunque no olvida las condiciones externas, el enfoque de las capacidades atiende sobre todo a las habilidades individuales; por su parte, el enfoque de los funcionamientos seguros incide en lo que denomina la mejora del estatus, entendido aquí como posición social de las personas con discapacidad. El objetivo de la intervención ética y jurídica no son las medidas compensatorias, las mejoras individuales o personales o los recursos, sino cómo todo esto se traduce en integración y participación social.

Finalmente, las teorías del reconocimiento constituyen el tercer pilar (Honneth, 1997 y 2006; Ricoeur, 2005; Fraser, 2006 y 2008), y entre ellas elijo, con matices, una propuesta de Nancy Fraser, que distingue *reconocimiento*, *participación* y *repre-*

sentación. El reconocimiento tiene varias dimensiones, de la que ahora nos interesa el reconocimiento intersubjetivo: la persona con discapacidad debe ser reconocida como tal en su interacción con el resto de las personas. Ese reconocimiento será justo si y solo va acompañado de la equidad en la participación o la paridad participativa. La exigencia normativa es que la persona con discapacidad no es simplemente reconocida como tal, sino que actúa como tal, válidamente y aportando valor en el ámbito social. De este modo se refuerza la participación, la representación y la pertenencia social de las personas con discapacidad, que con su intervención en los procesos públicos de argumentación y deliberación las personas con discapacidad se presentan como participantes de la sociedad en cuanto comunidad deliberativa, noción que está en la base del modelo de los derechos (Alexy, 2010; Cortina, 2010).

la actuación normativa del modelo de los derechos ■ ■ ■

El marco de la intervención del Derecho consiste en cinco principios ético-jurídicos, presentes en nuestro sistema jurídico y en la Convención: la dignidad, la autonomía, la igualdad, la protección y la proporcionalidad. Este catálogo combina principios sustantivos o materiales, formales y procedimentales o metodológicos, y justifica la intervención jurídica en relación con las personas con discapacidad. La armonización de estos principios no ha sido siempre igual, en especial por la prevalencia tradicional casi incontestada del principio de protección y la debilidad de los restantes. Por consiguiente, un breve análisis histórico iluminará la profundidad de los cambios en esta materia hasta la aparición de la

Convención.

En el caso español hablar de derechos nos conduce a adoptar como punto de partida la Constitución de 1978, en particular su artículo 49, única referencia constitucional explícita a las personas con discapacidad (en rigor, a los disminuidos), que impone a los poderes públicos el mandato de realizar “una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Cumpliendo el mandato constitucional se da un primer paso legislativo con la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), una norma pionera y valiosa que dio visibilidad e hizo avanzar la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Más de dos décadas después avanza la consolidación del modelo de los derechos con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que desarrolla el régimen constitucional de la igualdad (arts. 1.1, 14 y 9.º 2 CE) y anticipa la orientación y los principios de la Convención de las Naciones Unidas. La tercera gran respuesta legislativa es la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en la que cobra mayor importancia la autonomía: garantizada la igualdad, esto es, el contexto básico para el ejercicio de los derechos, la finalidad es proporcionar un grado suficiente de autonomía para el desarrollo del plan de vida de cada persona con discapacidad.

En el ámbito internacional la evolución de los conceptos, los términos y las normas sobre la discapacidad también

desemboca en la Convención. Tras una etapa inicial asentada en el modelo médico y la concepción biológica de la discapacidad, que dio lugar a un tratamiento beneficente y paternalista de las personas con discapacidad, a partir de los años setenta del pasado siglo surgen las primeras Declaraciones de derechos de las personas con discapacidad, preocupadas por combatir la desigualdad pero aún con resabios paternalistas: Declaración de los derechos del retrasado mental (1971) y Declaración de los derechos de los impedidos (1975). En las dos décadas siguientes continúan los avances y la incorporación de los postulados del modelo social, destacando el Programa de acción mundial para los impedidos (1982) y, sobre todo, las Normas uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (1993), las cuales, a pesar de no ser jurídicamente vinculantes, fomentaron la inclusión de las personas con discapacidad y la protección de sus derechos, allanando la aparición de la Convención, que representa en la actualidad el paradigma (Quinn y Degener, 2002; Cardona Lloréns, 2007; Sanjosé Gil, 2007; Kayess y French, 2008; Mégret, 2008; Rey Aneiros, 2010).

el cambio de paradigma de la convención y el modelo de los derechos

■ ■ ■

¿Representan la Convención y el modelo de los derechos un cambio de paradigma? La respuesta debería derivar de la solución a los siguientes interrogantes. Antes de la Convención, ¿había una igualdad real de las personas con discapacidad? ¿Había un reconocimiento personal, es decir, de la propia persona con discapacidad, y un reconocimiento social de lo que implica una discapacidad? ¿Disponían realmente de

autonomía? ¿Se ejercían y se disfrutaban los derechos? ¿Había políticas sociales adecuadas? ¿Y políticas económicas (como los vaivenes legislativos y políticos en relación con cuota de reserva de empleo, con algunos de episodios más lacerantes de las políticas sociales en relación con las personas con discapacidad, sobre todo porque había leyes y decretos que imponían obligaciones reiteradamente incumplidas)?

La Convención no es una mera etapa más en el proceso de garantía de la justicia y los derechos de las personas con discapacidad, sino la primera respuesta normativa en clave de derechos de carácter integral, universal, jurídicamente vinculante y aplicable. Se abandona la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales o programas de beneficencia o caridad, y se reconoce su condición de sujeto de derechos, con atención a todas las etapas y esferas de la vida. Los rasgos del modelo de los derechos aparecen ya en el Preámbulo de la Convención y se confirman en la ambiciosa declaración del párrafo primero de su artículo 1: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Tras delimitar el ámbito subjetivo de aplicación, esto es, quiénes están incluidos entre las personas con discapacidad a los efectos de la Convención, eludiendo definirla en sentido estricto (art. 1, párrafo segundo), define otros conceptos clave para determinar el alcance de los derechos y los deberes, entre ellos “discriminación por motivos de discapacidad” y “ajustes razonables” (art. 2). Luego enuncia los principios generales de la Convención y del modelo de los derechos (art. 3), completando esta

declaración con una larga serie de obligaciones generales para los Estados (art. 4), concretadas sustantiva y procedimentalmente en artículos posteriores, y un extenso catálogo de derechos (arts. 5-30) que desarrolla los principios del artículo 3, incluyendo una labor de toma de conciencia y cambio de la sociedad (art. 8). Después, en orden a garantizar su aplicabilidad y eficacia, regula procedimientos y órganos de aplicación, control y supervisión (arts. 31-40), entre los que sobresale el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 34), y finaliza con varios preceptos de carácter más técnico (arts. 41-50).

Su normatividad se refleja en el establecimiento de tres obligaciones: promover, proteger y asegurar los derechos. En primer lugar, promover el goce pleno e igual de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad. Promover significa fomentar el reconocimiento: todas las personas con discapacidad tienen derechos y hay que promoverlos. En segundo lugar, proteger: remover obstáculos e interferencias y prevenir la aparición de nuevos obstáculos. En tercer lugar, la menos frecuente, asegurar: no es suficiente reconocer los derechos y despejar su camino, sino que se debe acreditar que la persona puede ejercer y disfrutar realmente de sus derechos. Es decir, no basta con proporcionar recursos, sino que los recursos tienen que ser llevados adecuadamente a la práctica por la persona (Kayess y French, 2008).

la adaptación de la convención al sistema jurídico español ■ ■ ■

La Convención, ratificada voluntariamente por España, entró en vigor el 3 de

mayo de 2008 (Instrumento de ratificación de 27 de noviembre de 2007 [BOE núm. 96, 21 abril 2008]). A pesar de no existir ninguna ley que la desarrolle directamente, basta apelar a la Convención para que un tribunal u otros órganos de aplicación se sientan vinculados por esta norma jurídica. Aunque existen disposiciones jurídicas adaptadas al modelo de los derechos que sostiene la Convención, el sistema jurídico español debería ser parcialmente reformado para consolidar dicha adaptación, por razones de seguridad jurídica, para que todo el mundo sepa a qué tiene derecho y a qué está obligado; por razones de eficacia normativa, para que jueces, aplicadores jurídicos, profesionales, familias y las propias personas con discapacidad conozcan mejor cuáles son sus derechos y qué es lo que pueden exigir; y por razones de justicia material, para garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos.

En cuanto al modo de llevar a la práctica dicha reforma, no parece deseable ni viable una ley de nueva planta de derechos de las personas con discapacidad. Sí parece razonable una o varias leyes transversales de modificación y actualización legislativa, en el sentido ya avanzado por CERMI y recientemente adoptado por el Ministerio de Sanidad y Política Social (Anteproyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 8 de julio de 2010), o incluso antes en el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010, según el cual no hay que cambiar mucho en la legislación, aunque sí en la aplicación, y señala ámbitos en los que incidirían tales cambios: laboral, social, urbanístico, administrativo, ejercicio de

los derechos en el ámbito privado, etc.

los contenidos de la convención ■ ■

¿Qué regula la Convención? Tras exponer su finalidad o propósito: “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (art. 1, párrafo primero), delimita el significado de “persona con discapacidad” (artículo 1, párrafo segundo) y cinco nociones clave para la comprensión y la aplicación de la Convención: comunicación, lenguaje, discriminación por motivos de discapacidad, ajustes razonables y diseño universal (art. 2).

Enfatiza la diversidad, la identidad (art. 3), y atiende al reconocimiento y garantía de la personalidad y capacidad jurídica (arts. 1, 3 y 12), con atención particular a situaciones de especial vulnerabilidad por razón de género, de edad, de nivel de vida o incluso por razones combinadas (arts. 1, 2, 3, 6, 7, 16, 28).

El reconocimiento de la personalidad jurídica, o igual reconocimiento como persona ante la ley, merece un tratamiento destacado (art. 12). La expresión “capacidad jurídica” empleada por la Convención ha de entenderse también en el sentido de la capacidad de obrar; es decir, tanto la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones como la capacidad para realizar eficazmente actos jurídicos. El objetivo de la Convención es afirmar indubitadamente que la persona con discapacidad tiene derechos, es capaz y debe ser capaz de actuar por sí misma en la medida de lo posible. Cuando el ejercicio de la capacidad nece-

site apoyos éstos habrán de ser respetuosos con los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, proporcionados y adaptados a sus circunstancias. En este sentido, nuestro sistema jurídico deberá revisar los procesos de modificación de la capacidad y los modelos de representación y guarda de las personas con discapacidad, dirigiéndose hacia modelos más flexibles que permitan apoyos puntuales e individualizados, y no necesariamente permanentes, refuercen instituciones ya existentes, como la guarda de hecho, e incorporen nuevas figuras como la asistencia. No cabe otra solución coherente con la afirmación de la autonomía como principio y horizonte normativo de la Convención (Álvarez Lata y Seoane, 2010).

Regula el derecho a la vida (art. 10), a no ser objeto de tratos inhumanos (art. 15), a la integridad personal (art. 17), a la privacidad (art. 22), a la familia (art. 23) o a la salud (art. 25). De aquí se derivan temas polémicos como el denominado aborto eugenésico, que es uno de los motivos del recurso de inconstitucionalidad de la reciente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, o la esterilización de personas con "grave deficiencia psíquica", el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida o la participación de personas con discapacidad en la investigación biomédica o, en la expresión elegida por la Convención, los experimentos médicos o científicos (art. 15.1).

Alude también a la libertad, en relación con el internamiento y el tratamiento no voluntarios (arts. 14 y 18), la seguridad y las garantías procesales (art. 14.2), la prioridad del entorno familiar para el sistema de apoyos (art. 23), la preocupación por la prevención, habilitación y rehabilitación, que tienen como

objetivo la interdependencia, inclusión y participación (arts. 25 y 26). La importancia de estos últimos preceptos reside en que contienen alguna de las escasas menciones al modelo médico, permitiendo el equilibrio entre los distintos modelos explicativos: sigue siendo importante tratar, prevenir, rehabilitar y habilitar, lo que no se consigue únicamente a través de medidas y directrices sociales.

Pone especial énfasis en los artículos 19 (vida independiente) y 20 (movilidad personal). Si la autonomía es un objetivo, la vida independiente es el instrumento para poder desarrollarla. Significa elegir el sistema de vida y por tanto no priorizar la institucionalización. Quien quiera ser institucionalizado y pueda hacerlo, de forma temporal o permanente, es libre de elegirlo, pero ha de evitarse la imposición. Se trata, en suma, de ofrecer una variedad de servicios que constituyan alternativas valiosas, para que la persona con discapacidad pueda escoger y disponga de una autonomía auténtica.

Igualmente subraya la importancia de la participación, que aparece en el Preámbulo (letras e, m, y), la noción de discapacidad (art. 1, párrafo segundo), como principio general (art. 3.c) y como derecho (arts. 29 y 30, además de los arts. 19, 24 y 26). La participación tiene una presencia extensa dentro de la Convención, para garantizar su eficacia y exigibilidad. Implica acceso a la justicia (art. 13), a la cultura, a la creación, al arte y al ocio (art. 30), el reconocimiento de la identidad cultural y lingüística (art. 30.4) y también la representación y el derecho de sufragio, activo y pasivo: elegir y ser elegido (arts. 19 ss., 29). A su lado aparece la accesibilidad, otra medida transversal para la vida independiente y autónoma, que recibe el tratamiento de principio (art. 3.f), pero que funciona ante todo como medida instrumental para el funcionamiento de los restantes

principios y el logro de los propósitos de la Convención: eliminación de barreras, no discriminación, igualdad de oportunidades, logro de una sociedad integradora, etc. (art. 9).

La educación hay que contemplarla como un derecho autónomo y también como un derecho instrumental, y debe ser inclusiva, diversa y vitalicia en todos los niveles, incluido el universitario y de formación profesional (art. 24). Sucede lo mismo en el ámbito laboral, público y privado (art. 27) y con la protección social (art. 28).

Para garantizar la justiciabilidad y hacer efectivos los derechos se establecen mecanismos y procedimientos de diversa índole, incluyendo obligaciones para los Estados parte: elaboración de estadísticas que orienten las reformas políticas y legislativas (art. 31), fomento de la cooperación internacional (art. 32) y vías de aplicación y seguimiento de la aplicación a nivel nacional (art. 33). Sobre todas ellas destaca la creación del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 34-39 y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que amplía las competencias de este Comité), órgano supervisor y garante del cumplimiento de la Convención.

¿cuál es y será el significado de la convención? ■ ■ ■

La Convención ha actualizado y universalizado los derechos para las personas con discapacidad, garantizando su goce pleno. Además, ha reconocido la discapacidad como diversidad o como diferencia: de una parte equipara a la persona con discapacidad con el resto de las personas, y al tiempo no descuida su singularidad.

Junto a estos aspectos positivos coexisten aspectos cuestionables. La Convención es el resultado de una negociación política y esto implica menos de lo que todos los países querían: aun siendo una norma amplia no están regulados todos los ámbitos ni todos los derechos merecen idéntica atención. Debe, asimismo, descartarse una interpretación de la Convención guiada por una versión simple y acrítica del modelo social. Con todo, la gran incógnita es el grado de compromiso e implicación de los Estados y de los ciudadanos: la propia Convención, precavida, ha previsto la importancia de la educación social (arts. 4 y 8).

En fin, la Convención y el modelo de los derechos apuntan a la interdependencia, vinculando dependencia y autonomía. La autonomía es importante y constituye el ideal normativo de la Convención y del modelo, pero también es un objetivo real establecer adecuados sistemas de apoyos y cuidados personales, familiares, sociales, etc., tanto en las áreas de toma de decisión como en las áreas de ejecución de decisiones, mediante la deliberación y el diálogo en el que participarán las personas con discapacidad (Seoane, 2010). Únicamente así será posible la conquista de la justicia en materia de discapacidad. El modelo de los derechos permite alcanzar lo exigible, lo justo. ¿Estamos preparados para ello? ¿Es suficiente la justicia para atender a las personas con discapacidad? A partir de la experiencia general, en el momento presente quizás no baste con la justicia, y probablemente necesitemos una virtud de emergencia, como la solidaridad (Jonas, 1997). En suma, ser solidarios para transformar los deberes de solidaridad en obligaciones de justicia respecto de las personas con discapacidad.

Alexy, R. (2010). La institucionalización de la justicia. En J. A. Seoane (ed.), traducción de José Antonio Seoane, Eduardo R. Soderó y Pablo Rodríguez, segunda edición ampliada. Granada, Comares.

Álvarez Lata, N. y Seoane, J. A. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Derecho Privado y Constitución*, 24, 11-66.

Cardona Lloréns, J. (2007). La Organización de las Naciones Unidas y las personas con discapacidad. En C. Fernández Liesa (coord.), *Protección jurídica de la dependencia en el ámbito internacional* (pp. 47-83). Madrid: BOE. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Universidad Carlos III de Madrid.

Cortina, A. (2010). *Justicia cordial*. Madrid: Trotta.

Finkelstein, V. (1980). *Attitudes and disabled people: issues for discussion*. New York: World Rehabilitation Fund.

Fraser, N. (2006). La justicia social en la era de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. En N. Fraser, N. y A. Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate filosófico-político* (pp. 17-88, 2003), traducción de Pablo Manzano. Madrid-A Coruña: Morata-Fundación Paideia Galiza.

Fraser, N. (2008). *Escalas de justicia*. Traducción de Antoni Martínez Riu. Barcelona: Herder.

Guibet Lafaye, C. y Romañach Cabrero, J. (2010). Diversity Ethics. An alternative to Peter Singer's Ethics. *Dilemata* 3, 95-116. (<http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/37>. Consulta 10.10.2010).

Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática*

moral de los conflictos sociales (1992). Traducción castellana de Manuel Ballesteró; revisión de Gerard Vilar. Barcelona: Crítica.

Honneth, A. (2006). Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser. En N. Fraser y A. Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate filosófico-político* (pp. 89-148, 2003). Traducción de Pablo Manzano. Madrid-A Coruña: Morata-Fundación Paideia Galiza.

Jonas, H. (1997). En el umbral del futuro: valores de ayer y valores para mañana (1983). En *Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad* (pp. 41-54). Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós.

Kayess, R. y French, P. (2008). Out of darkness into light? Introducing the Convention on the rights of persons with disabilities. *Human Rights Law Review*, 8/1, 1-34.

Mégret, F. (2008). The Disabilities Convention: towards a holistic concept of rights. *The International Journal of Human Rights*, 12/2, 261-277.

Nussbaum, M. C. (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión* (2006). Traducción de Ramón Vilà Vernis y Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós.

Oliver, M. (2009). *Understanding disability: from theory to practice*, second revised edition, London: Palgrave-Macmillan.

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CERMI. Cinca.

Palacios, A. y Romañach, J. (2006). *El modelo de la diversidad. La Bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Madrid: Diversitas.

Quinn, G. y Degener, T. (2002). *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

Rey Aneiros, A. (2010). La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: ¿Nuevo estatuto jurídico de las personas con discapacidad? En C. Escobar Hernández (ed.), *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Ricoeur, P. (2005). *Caminos del reconocimiento. Tres estudios* (2004). Traducción de Agustín Neira. Madrid: Trotta.

Romañach Cabrero, J. (2009). Diversidad funcional y derechos humanos en España: un reto para el futuro. *Dilemata* 1, 71-87.

Sanjosé Gil, A. (2007). El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista electrónica de estudios internacionales*, 13, 1-26. (<http://www.reei.org/reei%2013/SanjoseGil%28reei13%29.pdf>). Consulta 10.10.2010).

Sen, A. (2000). *Desarrollo como libertad* (1999). Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia. Barcelona: Planeta.

Seoane, J. A. (2004). Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo

paradigma. *Siglo Cero*, 35/1, 20-50.

Seoane, J. A. (2010). Las autonomías del paciente". *Dilemata*, 3, 61-75. (<http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/35>). Consulta 10.10.2010).

Silvers, A. (2009). No talent? Beyond the worst off! A diverse theory of justice for disability. En K. Brownlee and A. Cureton (ed.), *Disability and Disadvantage*. Oxford: Oxford University Press, 163-199

Terzi, I. (2009). Vagaries of the natural lottery? Human diversity, disability, and justice: a capability perspective. En K. Brownlee and A. Cureton (ed.), *Disability and Disadvantage*, 86-111. Oxford: Oxford University Press,

Union of Physically Impaired Against Segregation (UPIAS) (1976). *Fundamental Principles of Disability*. London: UPIAS/Disability Alliance.

Wolff, J. y De-Shalit, A. (2007). *Disadvantage*. Oxford: Oxford University Press.

World Health Organization (2001). *International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)*. Geneva, World Health Organization. (Versión en español: *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)*, OMS. OPS. IMSERSO, Madrid, 2001).

Recibido el 24 de noviembre de 2010, revisado el 3 de diciembre de 2010 y aceptado el 9 de diciembre de 2010

Dirección para correspondencia:

José Antonio Seoane
Correo electrónico: jaseoane@udc.es