

La Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Derecho español

José Antonio Seoane
A Coruña, 2.4.2009

Sumario

- Introducción y contextualización
 - Derecho español y discapacidad: evolución
 - Modelos de respuesta jurídica a la discapacidad. El modelo de los derechos
 - La Convención ONU
 - La Convención ONU y el Derecho español
 - Conclusiones
-

Del silencio al diálogo

- Paternalismo benéfico
 - solidaridad
 - caridad
 - compasión
 - heteronomía
 - silencio
 - Inexistencia social
 - Invisibilidad social
 - monólogo
 - marginación social
 - capacidad
 - derechos
 - justicia
 - igualdad
 - autonomía
 - diálogo
 - Integración social
 - Presencia social
 - Reconocimiento
 - Participación social
 - Representación
-

Factores de transformación del Derecho contemporáneo

- Constitucionalización
 - del Estado legislativo al Estado constitucional
 - derechos y justicia
 - Constitución y jurisdicción constitucional
 - Desbordamiento marco Estado
 - del Estado-nación a la infraestatalidad y la supraestatalidad
 - ciudadanía, derechos humanos
-

Constitucionalización (1)

- Europa: 1945
 - España: 1978
 - Quiebra modelo anterior
 - Estado legislativo de Derecho
 - Constitución como orden de valores
 - Estado constitucional de Derecho
-

Constitucionalización (2)

- ❑ Materialización sistema jurídico
 - ❑ DDFF: núcleo valorativo
 - ❑ DDFF: omnipresencia y ubicuidad
 - ❑ Ponderación
 - ❑ Valoraciones forman parte del Derecho
 - ❑ Superioridad normativa Constitución
 - ❑ Órganos adjudicación: órganos primarios
 - ❑ Superioridad jurisdicción constitucional
-

Globalización (1)

- ¿Derecho estatal, Estado-nación, ley?
 - *Ad intra*: infraestatalidad
 - Normas autonómicas
 - *Ad extra*: supraestatalidad
 - Ciudadanía mundial, cosmopolita, global
 - Jurisdicción regional e internacional DDHH
 - Superación principio territorialidad
-

Globalización (2)

- Multidimensionalidad
 - económico; político, social, cultural, ético, jurídico
 - Nuevos poderes normativos
 - Supraestatalidad normativa
 - Infraestatalidad normativa
 - Nuevo significado criterios y modos relación normas y sistemas normativos
-

Derecho español y discapacidad

CE 1978

- Reconocimiento derechos
 - Universalización
 - Titularidad derechos
 - condición persona
 - No discriminación
 - Por razón de discapacidad (14 CE)
 - Reconocimiento específico (49 CE)
 - ¿Igualdad real?
 - ¿Reconocimiento real?
 - Personal
 - social
 - ¿Autonomía?
 - ¿Ejercicio y disfrute derechos?
 - ¿Políticas sociales?
 - ¿Políticas económicas?
-

Desarrollo legislativo (España)

- 1978: CE
 - 1982: LISMI
 - 1986: LGS
 - 1994: LGSS (1963-1966: L(B)SS + 1974: LGSS)
 - 2000: CDHB
 - 2002: LBAP
 - 2003: LIONDAU +reforma CC + LCCSNS
 - 2006: LPAPAPSD
 - 2007-2009: desarrollo reglamentario
 - 2008: Convención ONU
-

Derecho comunitario e internacional

- 70':
 - paternalismo benéfico
 - modelo médico
 - enfoque individual
 - 80'-90':
 - modelo social
 - igualdad oportunidades
 - XXI:
 - modelo derechos
 - OMS
 - CES
 - OIT
 - Consejo Europa
 - OEA
 - OPS
 - UNESCO
 - DUBDH 2005
 - ONU
 - Convención 2006
-

Evolución respuesta jurídica

- 1982: LISMI
 - Fundamento: discapacidad + 49 CE
 - 2003: LIONDAU
 - Fundamento: igualdad + 1.º 1, 9.º 2 + 14 CE
 - 2006: LPAPyAPSD
 - Fundamento y objetivo: autonomía (persona)
 - 2006-2008: Convención ONU
 - Fundamento y objetivo: igualdad + autonomía + reconocimiento (personal y social) + representación
-

Modelos respuesta jurídica discapacidad

Modelo tradicional

- Ignorancia, marginación
 - Enfoque médico o biológico
 - basado en la patología
 - Atención a lo adjetivo (discapacidad)
 - Actitud: Paternalismo benéfico
 - Hacer el bien a otro (persona con discapacidad) sin contar con su voluntad, incluso contra ella
-

Cambio de paradigma

- ¿Modelo social?
 - Reconocimiento e intervención sociales
 - ¿Olvido de la dimensión personal?
 - Identificación y reconocimiento de uno mismo
 - ¿Modelo de la diversidad?
 - discapacidad como grupo o como cultura
 - Política de la identidad
 - ¿Qué nivel de reconocimiento?
 - ¿ético + social + jurídico + político?
-

Modelo de los derechos

- Derechos humanos +
 - Capacidades + funcionamientos seguros
 - Reconocimiento
 - Representación
-
- Enfoque biopsicosocial
 - Atención a lo sustantivo (persona)
-

Derechos

□ Derechos fundamentales

- → conjunto facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, que deben ser reconocidas y *garantizadas* por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional

- (Modificada de A.-E. Perez Luño)

□ *Tener un derecho*

- = reconocimiento + ejercicio y disfrute
-

Rasgos de los derechos (1)

- Titularidad universal
 - persona
 - Bienes y valores alcance universal
 - *universalia juris materialis*
 - Bienes de justicia
 - condiciones básicas vida digna
 - Deberes de justicia
 - Estado + particulares
 - Exigencias justificadas
 - Bienes y valores básicos
-

Rasgos de los derechos (2)

- Doble dimensión
 - Subjetiva o individual
 - Derecho subjetivo
 - Garantía ámbito libertad
 - Objetiva o institucional
 - Elemento estructural orden jurídico
 - Fundamento comunidad política
 - Criterio orientador actuación poderes públicos
 - Criterio (sustantivo/moral) validez
 - Vinculación *erga omnes*
 - Carácter prestacional
-

Rasgos de los derechos (3)

- Dimensión jurídica
 - normas jurídicas máximo rango (Constitución)
 - vinculante para ciudadanos y poderes públicos
 - dimensión moral
 - expresan bienes y capacidades más valiosos
 - dimensión política
 - estructura orden jurídico y comunidad política
 - Vinculación negativa y positiva
-

Enfoque capacidades

- Amartya Sen; Martha C. Nussbaum
 - Enfoque de las capacidades
 - Funcionamientos
 - → lo que la persona *hace o es*
 - Carácter excepcional y subsidiario
 - Capacidades
 - → lo que *puede, es capaz de hacer y ser*
 - Objetivo: capacidades *combinadas*
 - = capacidades internas del individuo + condiciones externas adecuadas
-

Capacidades humanas básicas

(Martha C. Nussbaum, 2006)

- Vida
 - Salud corporal
 - Integridad corporal
 - Sentidos, imaginación, pensamiento
 - Emociones
 - Razón práctica
 - Afiliación
 - Otras especies
 - Juego
 - Control del propio entorno
 - político
 - material
-

Enfoque funcionamientos seguros

- Jonathan Wolff & Avner de-Shalit
 - Desventaja social = problema justicia social
 - Desventaja social = número reducido de auténticas oportunidades para funcionamientos seguros
 - 3 factores causantes desventaja
 - Recursos internos (\approx capacidades internas)
 - Recursos externos (\approx capacidades externas)
 - Marco o estructura social (\approx capacidades externas)
 - Acción en la estructura o marco social
 - Mejora del estatus
 - NO compensación, mejoras personales o mejoras recursos
-

derechos, capacidades, funcionamientos

- Los derechos actúan como vía para
 - Determinación (necesidades y) capacidades básicas
 - Formulación (necesidades y) capacidades básicas
 - Satisfacción de las necesidades
 - Ejercicio de las capacidades: funcionamiento
 - derechos = capacidades *combinadas*
 - Capacidades internas/recursos internos individuo +
 - autonomía
 - Condiciones externas/recursos externos en marco social
 - Igualdad + reconocimiento
 - *tener un derecho*
 - reconocimiento + garantía/titularidad + disfrute
-

Marco ético-jurídico (principios)

(1) Dignidad

- Dignidad *inherente* (Convención ONU)
 - Principio categórico
 - Principio estático y formal
 - consideración y respeto; respeto recíproco
 - persona con discapacidad: fin en sí misma

 - Interpretación más allá de Kant
-

(2) Libertad/autonomía

- Principio agente
 - Necesidad, valor y deber
 - Libertad + responsabilidad
 - Autonomía e (inter)dependencia
 - influencias externas + capacidad evaluación y crítica
 - persona = última instancia de decisión
 - “razonador práctico independiente” (A. McIntyre, 1999)
 - Tres dimensiones
 - Autodeterminación decisoria
 - Autonomía informativa
 - Autonomía funcional
-

(3) Igualdad

- Contexto ejercicio libertad
 - exigencia elemental de justicia
 - igualdad + diferencia
 - no discriminación
 - igualdad real
 - igualdad de oportunidades (capacidades)
 - punto de partida
 - igualdad de resultados (funcionamientos)
 - punto de llegada
-

(4) Protección

- **Carácter subsidiario**
 - En ausencia libertad y/o igualdad
 - y sólo donde no éstas existan
 - **Obligación moral y jurídica**
 - No únicamente permitido sino obligado
 - **No maleficencia + beneficencia indirecta**
 - No discriminación
 - Igualdad oportunidades
 - autonomía
-

(5) Proporcionalidad

- Principio metodológico
 - racionalidad práctica
 - Razonabilidad
 - flexible, prudencial, deliberativa, contextualizada
 - Principio proporcionalidad STC
 - Adecuación
 - Necesidad
 - Proporcionalidad en sentido estricto
-

Convención ONU

- Modelo y perspectiva derechos
 - Promover respeto dignidad *inherente*
 - Preámbulo a), h), y); arts. 1, 3.a),... Convención
 - Tres niveles actuación
 - Reconocimiento
 - Paso previo
 - Ejercicio (art. 4.1 Convención)
 - Pleno de todos los derechos
 - Disfrute: “goce” (art. 1 Convención)
 - Pleno + igual + de todos los derechos
-

PV derechos

- No tanto reconocimiento (nuevos) cuanto
 - Garantía ejercicio y disfrute
 - Redefinición persona con discapacidad
 - Consolidación nuevo paradigma
 - Identidad + reconocimiento + participación
 - No discriminación + igualdad + autonomía
 - Adopción de medidas
 - Órganos, mecanismos y procedimientos
 - Accesibilidad, discriminación, diseño universal...
 - Toma de conciencia social
-

PV dinámico y PV social (1)

□ Arts. 1 y 3 Convención

- Actuación
 - Funcionamiento
 - Autonomía
 - in(ter)dependencia
 - Interactuación
 - Participación
 - Inclusión
-

PV dinámico y PV social (2)

- ❑ Diseño universal (arts. 2 y 9)
 - ❑ Toma de conciencia (art. 8)
 - ❑ Accesibilidad (arts. 3.f) y 9)
 - ❑ No discriminación (arts. 3.b, 4.1, 5.2,...)
 - ❑ Igualdad (arts. 5.1, 12,...)
 - ❑ + discriminación (art. 2,...)
 - ❑ + respeto diferencia y diversidad (art. 3,...)
-

Concepto (persona con) discapacidad (1)

- Art. 1, párrafo 2 Convención
 - Noción amplia de discapacidad
 - Definición dinámica y social
 - Interactuación con el entorno
 - Art. 3 Convención
 - Diversidad, identidad
 - Art. 12 Convención
 - Personalidad jurídica
 - Capacidad jurídica
-

Concepto (persona con) discapacidad (2)

Situaciones especial vulnerabilidad

- Género: mujeres (art. 6)
 - Edad: niños y niñas (art. 7)
 - Nivel de vida: pobreza (art. 28)
 - Combinada
 - género y edad
 - género, edad y nivel de vida
-

Convención ONU y Derecho español

- ¿Hay que cambiar el Derecho español?
 - ¿Por qué?
 - ¿Para qué?
 - ¿Cómo?
 - ¿Qué?
-

Vigencia y aplicabilidad Convención

- Convención: jurídicamente vinculante
 - Instrumento de ratificación (BOE 21.4.2008)
 - Vigencia: 3.5.2008
 - Además, y antes, art. 10.2 CE
 - Derecho vigente y directamente aplicable
 - Aunque contradicciones normativas, lagunas, dificultades de interpretación y, sobre todo, lagunas de aplicación
-

¿Reforma del Derecho español?

- Conveniencia de reforma
 - Seguridad jurídica
 - Eficacia normativa
 - Justicia material
 - Garantía (ejercicio y disfrute) derechos
 - Finalidad de la reforma (mejora)
 - respuestas jurídicas discapacidad
 - conocimiento, regulación y aplicación
 - marco institucional y estructura social
 - vida personas con discapacidad
-

¿Cómo? (1)

- ¿Ley de nueva planta?
 - Sistematización, ordenación y actualización regulación jurídica discapacidad
 - ideal normativo de difícil realización
 - ¿deseable?
 - Modificación de normas existentes
 - Ley única transversal de modificación y actualización (e.g. propuesta CERMI)
 - Niveles de reforma y actualización normativa
-

¿Cómo? (2)

- Dignidad, autonomía
 - Igualdad como diferencia
 - Persona *con discapacidad*
 - Diversidad e identidad
 - Ajustes razonables (art. 2 Convención)
 - Igualdad como semejanza
 - *Persona* con discapacidad
 - Diseño universal (art. 2 Convención)
-

¿Qué? (1)

- Reconocimiento personalidad jurídica (12.1)
 - Igual capacidad jurídica en todos aspectos(12.2)
 - *legal capacity; capacité juridique*
 - Apoyo para ejercicio capacidad jurídica (12.3)
 - ≈ capacidad de obrar
 - ajustado a circunstancias individuales
 - Salvaguarda adecuada, efectiva y proporcionada capacidad y derechos
 - sobre todo dimensión personal (art. 12.4)
 - dimensión patrimonial (12.5)
-

Algunas respuestas existentes

Autonomía decisoria

- Capacidad jurídica-capacidad obrar (CE, CC)
- Tutela y patria potestad (CC)
- Incapacitación (CC + LEC)
- Autotutela (CC)
- Instrucciones previas (LBAP + leyes CCAA)

Autonomía funcional

- Cuidado y atención dependencia (LPAPyAPSD)
 - asistencia personal (art. 19 LPAPyAPSD)
-

Sobre art. 12 Convención (1)

- Interpretación teleológico-sistemática
 - Adecuada aplicación normativa existente
 - Diversidad figuras apoyos
 - Autonomía decisoria
 - representante
 - Autonomía funcional
 - asistente personal
 - cuidador
-

Sobre art. 12 Convención (2)

- Gradación de los criterios de la toma de decisiones de representación
 - e.g. jurisprudencia *Common Law*
 - Juicio subjetivo
 - en rigor, no representación
 - Juicio sustitutivo
 - Criterio del mayor interés o beneficio
-

¿Qué? (2)

- Vida (10) + tratos inhumanos (15) + integridad personal (17) + privacidad (22) + familia (23) + salud (25)
 - Aborto eugenésico
 - Esterilización
 - TRHA
 - Investigación
-

¿Qué? (3)

- Libertad (14 y 18)
 - Internamiento no voluntario
 - Tratamiento no voluntario
 - Vida independiente (19)
 - Vivir de forma independiente
 - Vivir en la comunidad
 - Inclusión y participación
-

¿Qué? (4)

- Seguridad (14.2)
 - Garantías procesales
 - Hogar y familia (23)
 - Prioridad entorno familiar
 - Salud (25 y 26)
 - Prevención, habilitación y rehabilitación
-

¿Qué? (5)

- Participación (3, 4, 19, 20, 21, 24...)
 - Acceso a la justicia (13)
 - jurado
 - testigo
 - Cultura, creación, arte, ocio (30)
 - Participación y reconocimiento
 - Identidad cultural y lingüística (30.4)
 - Participación y representación (19 ss., 29)
 - derecho de sufragio activo y pasivo
-

¿Qué? (6)

- Medida para la vida independiente y para la participación
 - + transversalidad

 - Accesibilidad (art. 9 Convención)
 - Entorno físico
 - Transporte
 - Información y comunicación
 - ...
-

¿Qué? (7)

□ Educación (24)

- Carácter autónomo + carácter instrumental
- inclusiva, diversa y vitalicia
- todos los niveles: EPO, ESO, FP, ES,...

□ Trabajo (27)

- Trabajo + empleo
- Ámbito público + ámbito privado

□ Protección social (28)

- nivel vida adecuado
-

¿Qué? (8)

- Garantía derechos (justiciabilidad)
 - Datos y estadísticas estatales (art. 31)
 - Cooperación internacional (art. 32)
 - Aplicación y seguimiento nacional (art. 33)
 - Organismo gubernamentales
 - “Mecanismos independientes”
 - Comité sobre los derechos personas con discapacidad (art. 34 ss.)
 - + Protocolo facultativo (BOE 22.4.2008)
-

Conclusiones (1)

- Actualización y universalización derechos
 - Garantía, ejercicio y goce
 - Reconocimiento discapacidad
 - Personal
 - Social
 - Jurídico
 - Atención a discapacidad
 - Discapacidad como valor
 - Diversidad, diferencia
-

Conclusiones (2)

- Síntesis autonomía y dependencia
 - Primacía autonomía
 - Dignidad + libertad + igualdad
 - Subsidiariedad protección/apoyos
 - necesidad y valor
 - In(ter)dependencia
 - Importancia apoyos y cuidado
 - Tipos: personal + familiar + social + público
 - Áreas: decisión + funcionamiento
-

Conclusiones (3)

- Deliberación y diálogo
 - Reconocimiento personal y social
 - Participación social
 - Representación

 - Conquista de la justicia
 - De justicia a solidaridad y vuelta a justicia
 - Solidaridad como virtud (ética) de emergencia
-