

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA VIA DE LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINACION

Si, de forma recurrente, la literatura especializada plantea la cuestión de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad es, precisamente, porque la equiparación no se ha alcanzado. Sin duda, se observan avances en esa dirección, pero la realidad sigue presentando, en todos los ámbitos de la vida social, rasgos evidentes de discriminación y de dificultades para la integración. De no ser así, los datos no indicarían, como es el caso, que las personas con discapacidad constituyen un colectivo socialmente desfavorecido: su nivel de ingresos es inferior al del resto de la población, la tasa de desempleo muy superior, su nivel de participación en la vida social y política claramente limitado, sus posibilidades de real integración en el curriculum educativo ordinario y, en particular, su acceso a la educación superior, no son en nada comparables a las de quienes no padecen ninguna discapacidad.

Esta situación no sólo se da en nuestro ámbito; en todos los países, incluidos los escandinavos, a pesar de haber optado por un modelo de fuerte protección social, el colectivo de personas con discapacidad experimenta situaciones de dis-

criminación. Dicho de otro modo, se enfrenta a mayores dificultades en el ejercicio de unos derechos que los ordenamientos jurídicos reconocen a todas las personas.

Según manifiestan los movimientos de defensa de los derechos de las personas con discapacidad, fundamentalmente en los países anglosajones, puesto que allí es donde mayor fuerza han adquirido y mayor presión son capaces de ejercer, la causa principal de esta situación de desigualdad se encuentra en la denominada discriminación institucional y la mejor forma de combatirla sería la legislación antidiscriminación.

Al margen de su mayor o menor eficacia —cuestión que se abordará más adelante— las leyes antidiscriminación aplicadas en la actualidad en el mundo anglosajón suponen un cambio fundamental en el tratamiento normativo de la discapacidad, cuando menos desde un punto de vista conceptual.

Canadá, Australia, y Estados Unidos han optado por este modelo, basando su aplicación en el reconocimiento de los derechos civiles de las personas con disca-

pacidad. La norma estadounidense es quizá la más conocida entre nosotros, también, todo hay que decirlo, la más exhaustiva, y parece garantizar mayor cobertura que los textos vigentes en los otros dos estados. El Reino Unido, inspirándose de esta tendencia, y recurriendo a un tipo de normativa del que ya había hecho uso en materia de discriminación por razón de sexo y de raza, ha decidido alinearse en este modelo, y constituye, de momento, el único ejemplo europeo aunque, cierto es, en áreas determinadas, otras legislaciones habían dado, con anterioridad, pasos en esta dirección, como es el caso de las modificaciones introducidas en la normativa laboral francesa de 1994.

En otros estados, el protagonismo que adquiere esta óptica en el mundo anglosajón se observa con cierto recelo desde el ámbito político, con curiosidad por parte de los teóricos, y con gran interés desde los movimientos y organizaciones que representan a las personas con discapacidad. Conviene recordar que también era ésta la actitud en los países anglosajones antes de la promulgación de las normas. El caso británico, que es el más reciente, lo ilustra claramente. Aunque la nueva legislación británica no ha visto la luz hasta 1995, las propuestas en este sentido existían desde hacía más de una década, y siempre habían sido objeto de rechazo. También esta vez se descartó un proyecto, más ambicioso, defendido por las organizaciones de personas con discapacidad, pero se alcanzó finalmente un acuerdo favorable a la aprobación de una normativa de estas características.

Quienes se oponían, mantenían que el hecho constatado de que las personas con discapacidad disfrutaban de una calidad de vida inferior a la media y se enfrentan a mayores dificultades de integración en todos los ámbitos de la vida social se debe, en gran parte, al desconocimiento y a la falta de concienciación de la población en general, pero no a una actitud discriminadora, y proponían, como alternativa al proyecto presentado, la elaboración de programas y la aplicación de medidas formativas y divulgativas destinadas a mejorar esta situación. Quienes apostaban por un proyecto de ley antidiscriminación afirmaban que ese estado de cosas obedecía a la falta de prioridad política en estas materias, a la no asunción por parte de los poderes públicos de sus responsabilidades de cara a la consecución de la equiparación de oportunidades proclamada en el Plan Mundial de Acción.

¿Cuáles son los principales elementos de este planteamiento?

- Por un lado, tiene su fundamento en el reconocimiento de los derechos civiles de las personas con discapacidad como parte constitutiva de su estatus de ciudadanía. La noción de derecho sustituye a la de necesidad. Es bien sabido que, en el ámbito de los servicios sociales, la necesidad, definida, principalmente, por los profesionales de los servicios, adquiere un protagonismo evidente. Desde esta nueva perspectiva, en cambio, las personas con discapacidad rechazan someter sus vidas continuamente al criterio de los profesionales y exigen el reconocimiento y los cauces necesarios para el ejercicio efectivo de sus derechos.
- Por otro, este planteamiento se basa en el modelo social de discapacidad —muy aceptado en la teoría pero escasamente aplicado en la práctica— por el cual la discapacidad no es un atributo de carácter individual que define a la persona con respecto a su entorno, sino una inadecuación ambiental a las variadas características de los individuos. Esto contrasta con la concepción derivada del modelo médico subyacente a la normativa en vigor en la mayoría de los estados.
- La conjunción de los dos elementos anteriores, es decir el reconocimiento de los derechos civiles en un contexto en el que se adopta el modelo de discapacidad social, favorece en la práctica el ejercicio efectivo de estos derechos. Conformando los derechos como exigibles ante los tribunales cuando son objeto de alguna vulneración, estas normas ofrecen, según afirman sus defensores y principales interesados —las organizaciones de personas con discapacidad— mayores garantías de cumplimiento efectivo que las disposiciones dirigidas a la integración social. Estas, en vez de optar por el reconocimiento de derechos concretos claramente definidos en su contenido y en las condiciones de su ejercicio, se limitan a establecer una declaración genérica de derechos y una serie de deberes y obligaciones para la administración o para otras entidades públicas o privadas. En realidad se plantea, en este marco, la cuestión de si los deberes y obligaciones incorporados al ordenamiento jurídico de un país debieran generar derechos correlativos para quienes son acreedores de esa obligación.

— En principio, y retomando en esto el análisis de Ian Bynoe, las normas de esta naturaleza prevén cuatro tipos de discriminación posibles:

- La discriminación directa se produce cuando se otorga a la persona con discapacidad un trato desfavorable en razón precisamente de dicha discapacidad o de la percepción que el otro tiene de esta condición, y sin que la misma incida de ningún modo en la habilidad para tomar parte en la acción de la que se trate.
- La discriminación indirecta tiene lugar cuando es el resultado de la aplicación de un criterio referido a un aspecto no esencial que, en apariencia, afecta a todos por igual pero que redundará en perjuicio de las personas con discapacidad. Un ejemplo claro sería prohibir la entrada de perros en determinados edificios, o exigir el permiso de conducir cuando la actividad puede desarrollarse utilizando otro medio de transporte.
- Un tercer tipo de discriminación se produce cuando una persona o una entidad no elimina una barrera (física, ambiental, de comunicación u organizativa) que impide la participación de las personas con discapacidad en condición de igualdad con otras personas, cuando en lo demás aquellas están cualificadas para participar en la actividad de la que se trate.
- Finalmente, debe aludirse a los casos en los que la discriminación se basa en la imposibilidad de eliminar la barrera existente. En tales supuestos, se considera legítimo actuar de forma discriminatoria.

En definitiva, este tipo de legislación trata de ofrecer mecanismos que permitan establecer los límites entre los casos de discriminación justificada y aquellos que no lo son. En esto, no todas las variantes resultan igual de eficaces. Las disposiciones canadienses, por ejemplo, aplican criterios amplios, basados en declaraciones de derechos humanos promulgadas a nivel nacional y regional. La vaguedad de la terminología empleada lleva, inevitablemente a una mayor indefinición y, consecuentemente, a un menor grado de eficacia. La legislación estadounidense, en cambio, opta por el reconocimiento de derechos específicos y, considerando que su aplicación variará en función del contexto en el que se presen-

ten, opta por regular la forma en que debe actuarse en diferentes situaciones. El ánimo de exhaustividad que persigue la ADA-American with Disabilities Act, conduce, claro está, a una reglamentación terriblemente compleja.

Los principales inconvenientes que plantea la normativa antidiscriminación son, básicamente, los que se dan en todas las normas reguladoras de derechos:

- Es necesario definir el sujeto de tales derechos, es decir definir el criterio que va a adoptarse para considerar que una persona presenta una discapacidad. Este aspecto, por razones obvias resulta fundamental, máxime cuando la pretensión es adoptar un criterio social y no médico.
- Es indispensable también mantener, en la regulación, cierto equilibrio entre la necesidad de definir claramente las situaciones en las que la ley es aplicable, precisamente en garantía de la efectiva aplicación de la norma, y la conveniencia de conservar cierta flexibilidad que permita ajustar soluciones al caso concreto.
- Cabe debatir la cuestión de si conviene, en tales contextos, crear una jurisdicción especial para el conocimiento de estos casos.
- En los países continentales, se manifiesta cierto temor a que se alcancen, con la aplicación de este tipo de normativa, resultados contrarios a los deseados y a los que impulsan su aprobación. Concretamente, se teme que su carácter antidiscriminatorio se utilice, desde determinados sectores, para denunciar las políticas activas, es decir las medidas de discriminación positiva existentes en la mayoría de los estados en favor de las personas con discapacidad.

Conviene tener presente que el recurso a las normas antidiscriminación suele traer causa de la inadecuada aplicación de las normativas existentes con anterioridad en materia de discapacidad, todavía características de la mayoría de los países europeos. Estas consisten, habitualmente, en disposiciones por las que se establecen obligaciones para personas y entidades públicas y privadas, pero que no necesariamente conllevan el reconocimiento correlativo de derechos para las personas que se beneficiarían del cumplimiento de dichas obligaciones. Con cierta frecuencia, por lo que parece deducirse

de la literatura especializada y de las reivindicaciones de los movimientos de defensa de las personas con discapacidad, el incumplimiento de estas obligaciones no se sanciona o se hace con escaso rigor, lo que, sin duda, contribuye a reproducir la situación.

Estas disposiciones por las que se establecen obligaciones, unas veces generales y otras específicas, pueden existir en el marco de ordenamientos jurídicos muy diversos. Incluso pueden darse, como es el caso en nuestro país, en Grecia, en Portugal o en Alemania, en un marco constitucional que expresamente reconoce el derecho a la igualdad de todas las personas y el derecho a no ser discriminadas por razón de la discapacidad. Este reconocimiento constitucional tiene un efecto vertical e inspira el resto del ordenamiento jurídico. De hecho, gran parte de la normativa de inferior rango retoma esta declaración bien en los principios inspiradores recogidos en sus respectivas Exposiciones de Motivos, bien en su articulado.

¿Cómo es posible entonces que se admita su incumplimiento? Lo cierto es que la introducción de estos derechos en la normativa aplicable no suele ir acompañada de una relación explícita y exhaustiva de las condiciones que deben posibilitar su adecuado cumplimiento y del derecho que ampara a quienes se benefician de dichas condiciones a reclamar ante los tribunales en caso de sufrir una situación de discriminación. Esto lleva, necesariamente, a divergencias interpretativas que, inevitablemente, desembocan en situaciones de desigualdad.

Esta pluralidad interpretativa es la que, en principio, pretenden evitar las llamadas normativas antidiscriminación, aunque, como se ha indicado, no todas sean, desde este punto de vista, igual de eficaces.

No existen, hasta la fecha, estudios comparativos que permitan determinar el grado de eficacia de estas normativas en relación con el de sistemas de protección más tradicionales basados en el reconocimiento general de un derecho y en la imposición de obligaciones. Quizá un análisis de la jurisprudencia que en la materia se ha producido en los últimos años en unos y otros países ofrecería la posibilidad de determinar, con cierta precisión, el alcance de las diferencias y, particularmente, de los logros que parecen atribuibles a las normativas antidiscriminación. Hoy por hoy, los más directamen-

te interesados, es decir las personas con discapacidad y las organizaciones de defensa de sus derechos, se muestran entusiastas y afirman que se trata de la vía de actuación más efectiva y, por lo tanto, más justa de cara a la consecución de la igualdad de oportunidades.

Si la legislación, cualquiera que fuese su naturaleza, se aplicara adecuadamente, no se observarían diferencias entre uno y otro sistema: por el explícito reconocimiento de los derechos y por la imposición de obligaciones se obtendrían resultados equiparables, a saber, la eliminación de los obstáculos a la plena integración de las personas con discapacidad en términos comparables a la del resto de las personas. Pero no es así. La imposición de obligaciones sólo garantiza el ejercicio de los derechos si el contenido de aquéllas se explicita con claridad y exhaustividad suficientes y si existen mecanismos destinados a la verificación de su cumplimiento y a la sanción de los supuestos de incumplimiento. Es decir, deben existir cauces normativos y administrativos de autorización, de inspección y de sanción. Pero incluso cuando existen, es decir incluso cuando no hay déficit normativo, puede observarse un déficit de aplicación.

El ejemplo más claro es el de la normativa de accesibilidad. La mayoría de los ordenamientos europeos cuentan con disposiciones reguladoras de la accesibilidad; sin duda el contenido de las vigentes en unos países, como los nórdicos, es más perfeccionado y ambicioso que el de otros, entre otras cosas porque iniciaron el proceso de eliminación de barreras con anterioridad, pero todos cuentan con disposiciones de esta naturaleza. Según manifiesta la literatura especializada, sin embargo, en todos los países, incluidos los escandinavos, se observan claros incumplimientos de la normativa que escapan al sistema sancionador correspondiente. Si esto es así, se debe en parte a que no es infrecuente que la infracción sea atribuible a una entidad de naturaleza pública y a que, en tales circunstancias, la administración se siente poco legitimada para exigir al sector privado el cumplimiento de unos criterios que ella misma obvia.

Si bien el caso de la normativa de accesibilidad es el más claro, son muchos los ámbitos que se ven afectados por las mismas o similares circunstancias. En unos casos existe un claro déficit normativo, en otros, existiendo la legislación, se observa un defecto en su aplicación.

Es evidente que cuando se llega a extremos como éstos, en los que las entidades responsables de la aplicación no aplican, las responsables de la inspección no inspeccionan, y las competentes para sancionar no sancionan, la única vía posible para ofrecer ciertas garantías de ejercicio de los derechos es, sin duda, la de poner los instrumentos necesarios para reclamar la aplicación de la norma en manos de las personas más directamente interesadas, es decir, en quienes son sujeto de los derechos cuyo ejercicio se obstaculiza. De este modo, dicho ejercicio no dependerá ya de que otros se responsabilicen de aplicar y hacer aplicar la ley, sino de que ellas mismas exijan por cauces judiciales su apli-

cación. Y esta es la vía que abre la normativa antidiscriminación, a imagen de lo que hicieran, en fechas anteriores, las disposiciones que pusieron freno a las actitudes discriminadoras contra la mujer, contra las minorías raciales, o contra los homosexuales.

Puede decirse, en suma, que las normativas antidiscriminación constituyen un instrumento destinado a superar situaciones de mera equidad formal, para alcanzar situaciones de equidad sustancial, es decir un estatus justo en el que se den, simultáneamente, la igualdad de oportunidades de derecho y de hecho.

SIIS-CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS