

EL REFLEJO DE LOS VALORES DE LIBERTAD, IGUALDAD Y SOLIDARIDAD EN LA LEY 51/2003, DE 2 DE DICIEMBRE, DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

Ignacio Campoy Cervera (Universidad Carlos III de Madrid)

En este artículo se expone una particular concepción de lo que significan los valores de libertad, igualdad y solidaridad, considerándolos como configuradores del fundamento último de los derechos fundamentales¹, y a partir de la misma se pretende exponer cómo los mismos se ven reflejados en la normativa reguladora de los derechos de las personas con discapacidad y, más concretamente, en lo que ha sido la reciente Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003). Para ello se sigue un esquema básico, en el que se intercala la explicación de cómo son concebidos esos valores -lo que también explica por qué son precisamente éstos los escogidos- con una descripción de cómo están reflejados en esa última norma reguladora en nuestro país de los derechos de las personas con discapacidad. Una Ley que, en una valoración global, se considera muy positiva, en cuanto supone un paso importante en la incorporación de las principales dimensiones de los valores, fundamentalmente -claro está- el de la igualdad, pero que también adolece de algunas fallas significativas que pueden apuntarse al respecto.

1. LA LIBERTAD

La idea de libertad que aquí manejo se puede entender conforme con la idea que expresa el profesor Peces-Barba al exponer lo que entiende que constituye la libertad como el valor esencial de la ética pública, que -junto a los valores de seguridad, igualdad y solidaridad-, ha ido conformando la moralidad

* Este artículo es resultado de las investigaciones realizadas dentro del Proyecto de investigación "Igualdad, No Discriminación y Discapacidad" (06/0095/2003), subvencionado por la Dirección General de Investigación de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid.

¹ Este análisis de los valores, con el fin de apuntar las líneas generales que delimitan lo que podemos considerar como el fundamento último de los derechos fundamentales y que determinan a qué obliga la aceptación de ese fundamento último de los derechos, lo realicé en el artículo "Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos", que se incluirá en el próximo número, Tomo XXI, del *Anuario de Filosofía del Derecho*, actualmente en prensa. Aunque en el presente artículo omito incluir la aproximación que entonces realicé sobre la idea de dignidad humana para señalar la necesidad de superar su comprensión como fundamento último de los derechos fundamentales, entendiendo que esa pretensión sólo sería aceptable si se comprendiese a través de una determinada vinculación radical con el valor libertad, que es el que realmente funciona como valor esencial en el fundamento último de los derechos. Mi intención aquí, como señalo en el texto principal, es apuntar, sobre la base de lo allí expresado, en qué medida se ve reflejada esa construcción teórica sobre los valores en la actual normativa reguladora de los derechos de las personas con discapacidad y, más concretamente, en la Ley 51/2003.

del Poder político y del Derecho de las sociedades occidentales desde el tránsito a la Modernidad. Así, es entendida “[l]a libertad, como valor central de una ética pública, es libertad social, política y jurídica, es decir creación de condiciones en la vida social y política, para que nuestra libertad inicial, capacidad de elegir o libertad psicológica se pueda ejercer plenamente en la elección de nuestros planes de vida de nuestra estrategia de felicidad, o de nuestra idea del bien, que nos conduzca o nos aproxime a la libertad o independencia moral en el sentido kantiano”². Y esta alusión a la concepción de la libertad en el pensamiento kantiano me permite terminar este esbozo sumario de la comprensión que se ha de tener de la idea de libertad como fundamento último de los derechos fundamentales, exponiendo las distintas dimensiones de la libertad a las que, en este sentido, se ha de atender, y que de alguna manera ya estaban presentes en el pensamiento de Kant. Así, apuntaba en otro trabajo que: “Hablar de la libertad en el pensamiento de Kant es, seguramente, abrir las puertas al más fructífero, pero también más complicado, concepto del pensamiento kantiano. De las muchas facetas que tiene la libertad en dicho pensamiento aquí interesa destacar dos, relacionadas con sus dimensiones moral y jurídica, ambas entiendo que, en último término, esencialmente unidas en el pensamiento de Kant. E incluso dentro de las muchas interpretaciones que esas dimensiones han tenido, me centraré en las, a mi parecer, más fructíferas y correctas. Así, sacrificando rigurosidad por claridad y sencillez, utilizó aquí la dimensión moral de la libertad entendiéndola como aquella capacidad que tiene el ser humano de autolegislarse moralmente con el ejercicio racional de la autonomía de su voluntad; y utilizo la dimensión jurídica de la libertad entendiéndola en dos sentidos, en un sentido negativo, como la capacidad del ser humano de ejercer su arbitrio con el límite jurídicamente establecido de respetar el ejercicio por los demás de su libre arbitrio, y en un sentido positivo, como capacidad de la persona de participar en la creación de las normas que determinan, precisamente, la esfera de libertad entendida en sentido negativo”³.

Conforme a esa comprensión de la idea de libertad, entiendo que, finalmente, el elemento esencial de lo que ha de constituir el centro neurálgico de la cuestión sobre la fundamentación última de los derechos fundamentales se configura en torno a la idea básica de que hay que *reconocer, respetar y proteger que las personas puedan desarrollar sus propios planes de vida*. El que sean sus propios planes de vida indica que lo que se ha de reconocer, respetar y proteger es la voluntad de las personas en la toma de decisiones que afectan al desarrollo de sus vidas. Es decir, que a donde hemos de llegar es, también, a *reconocer, respetar y proteger la libertad de la persona para diseñar sus propios planes de vida y para actuar para la consecución de su efectiva realización*. Y entiendo que, en la búsqueda de la fundamentación

² En PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO: *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, col. *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 66.

³ Véase esta cita, con los matices pertinentes que al respecto hago en ese trabajo, en CAMPOY CERVERA, IGNACIO: “Kant y los derechos de los niños”, en CASTRO, A., CONTRERAS, F. J., LLANO, F. H. Y PANEA, J. M. (Coords.): *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, prólogo de A. E. Pérez Luño, epílogo de P. Badillo O’Farrell, Colección Jurídica Lagares, Innovación Editorial Lagares, Sevilla, 2003, págs. 15-17.

última de los derechos fundamentales, se puede uno detener en esta obligación de reconocer, respetar y proteger la libertad de las personas para diseñar sus propios planes de vida y para actuar para la consecución de su efectiva realización; pues la misma no deriva de ninguna obligación superior. Como siempre en el mundo de las obligaciones, la escala de fundamentaciones ha de acabar en una obligación última, que o bien es impuesta por la fuerza o bien es asumida como tal obligación por el sujeto que la acepta, constituyéndose, en este supuesto, para él en una obligación moral que no necesita de una ulterior justificación.

Hasta ahora he señalado que para mí el fundamento último de los derechos fundamentales es el reconocimiento, respeto y protección de los planes de vida que la persona libremente quiera proponerse y de su actuación para su efectiva consecución; pero no he explicado qué quiere decir para mí la propia idea de fundamento último. La idea de fundamentación no ha de entenderse aquí, al estilo del iusnaturalismo racionalista, en el sentido de considerar que de ese respeto por los planes de vida de las personas hayan de derivarse, a través del uso de la razón, una serie de derechos que son propios de la persona. Lo que quiere decir la idea de fundamentación es que habrá que considerar como derechos fundamentales sólo aquellos que se entienda que son los instrumentos jurídico políticos idóneos para conseguir la efectiva consecución por las personas del desarrollo de sus planes de vida. En esto coincido con, por ejemplo, los profesores Rafael de Asís y Gregorio Peces-Barba. Para el primero, los derechos humanos serán los instrumentos para el logro de la vida humana digna⁴. La posición de Peces-Barba resulta muy ilustrativa, conforme a su idea de libertad a la que antes me referí, pues si establece entre los rasgos conformadores de la dignidad humana la libertad de elección (el libre albedrío) y la libertad moral (esa autonomía que la persona alcanzaría de haber conseguido desarrollar adecuadamente sus planes de vida), sitúa, a modo de puente entre las dos, para conseguir que se produzca el “dinamismo de la libertad”, el paso de la libertad de elección a la libertad moral,

⁴ Me parece muy esclarecedora la concepción de Rafael de Asís sobre la distinción que debemos realizar entre dignidad humana, como el fundamento de los derechos humanos en cuanto sirve de punto de partida para el reconocimiento de los derechos, y vida humana digna, como el desarrollo de la vida conforme a esa dignidad humana, que también sirve, así, como fundamento de los derechos humanos en cuanto se constituye en el objetivo a conseguir con el ejercicio de los derechos. Aunque, creo que, a este respecto, habría que hacer una muy importante diferenciación: de esos dos elementos caracterizadores de la fundamentación de los derechos, dignidad humana y vida humana digna, entiendo que el que realmente ha de ser destacado como fundamento último de los derechos no es la dignidad humana, sino la vida humana digna. Si el fundamento último residiera en lo que es la dignidad humana, nos encontraríamos ante el problema, seguramente irresoluble, de determinar qué es lo que caracteriza a esa dignidad humana. (Puede verse el planteamiento del profesor De Asís en DE ASÍS ROIG, RAFAEL: "La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder", en CAMPOY CERVERA, IGNACIO (Ed.): *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, colección Debates del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, en prensa. Y respecto a las diferentes respuestas que históricamente se han ofrecido y se siguen ofreciendo en la construcción de la idea de dignidad humana, resulta muy esclarecedor, con un análisis desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, el estudio que realiza el profesor Peces-Barba en PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, colección Cuadernos "Bartolomé de las Casas", nº 26, Dykinson, Madrid, 2002.

a lo que denomina como libertad social, política y jurídica, que sirve, así, de fundamento de los derechos fundamentales⁵.

En todo caso, esas consideraciones se han de complementar, necesariamente, desde la aproximación que se ha de realizar de la dimensión de la libertad a la que antes me refería como "en un sentido positivo"; lo que ha de significar aceptar, también, la obligación de reconocer, respetar y proteger que las personas puedan participar en la toma de todas aquellas decisiones públicas que les vayan a afectar, precisamente, en el desarrollo de sus planes de vida.

En la Ley 51/2003 queda muy claramente reflejada la importancia decisiva que las propias personas con discapacidad⁶ dan a esa dirección de sus propias vidas y a la participación en la sociedad, cuando, al señalar en la Exposición de Motivos la importante modificación sufrida en el concepto de accesibilidad, expone: "El concepto de accesibilidad, por su parte, está en su origen muy unido al movimiento promovido por algunas organizaciones de personas con discapacidad, organismos internacionales y expertos en favor del modelo de «vida independiente», que defiende una participación más activa de estas personas en la comunidad sobre unas bases nuevas: como ciudadanos titulares de derechos; sujetos activos que ejercen el derecho a tomar decisiones sobre su propia existencia y no meros pacientes o beneficiarios de decisiones ajenas; como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales, más que personas especiales con necesidades diferentes al resto de sus conciudadanos y como ciudadanos que para atender esas necesidades demandan apoyos personales, pero también modificaciones en los entornos que erradiquen aquellos obstáculos que les impiden su plena participación". Por otra parte, la importancia de la participación de las personas con discapacidad en la toma de todas aquellas decisiones públicas que les afecten, realizada fundamentalmente a través de sus organizaciones representativas, queda suficientemente subrayada en la Ley al constituirse el "diálogo civil" en uno de los principios que la inspira;

⁵ Véase un análisis más completo de estas dimensiones de la libertad en el capítulo dedicado a la libertad social, política y jurídica en PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO: *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, con la colaboración de R. Asís, C. Fernández Liesa y A. Llamas, Boletín Oficial del Estado-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 215-243.

⁶ Creo que éste es el término más adecuado para referirse a las personas que sufren algún tipo de discapacidad. Comparto, en este sentido, la consideración de quienes no entienden como una cuestión baladí la terminología a utilizar al referirnos a determinados colectivos de personas. Entiendo que, la inmensa mayoría de las veces, la utilización de un término u otro no implica una predisposición por el que lo utiliza de hacerlo en un sentido concreto, sino que es más una cuestión de convenciones sociales. Pero también creo en la fuerza del lenguaje para crear, mantener o modificar, sensibilidades y conciencias, por lo que resulta un muy buen instrumento para subrayar, en nuestro caso, que lo importante es que todos somos personas en la misma medida, y evitar que el adjetivo se convierta en el sustantivo. Por eso, estimo que el término apropiado es el de personas con discapacidades o personas con discapacidad. Esta es la terminología que utiliza la actual Ley. Y me satisface, porque esta Ley viene a complementar, como ella misma reconoce, a la Ley de 1982 de Integración Social de los Minusválidos, y porque incluso menos de un mes antes, en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, se seguía utilizando, junto al término persona con discapacidad, el término discapacitado y el término minusválido.

definiéndolo el artículo 2 como: "el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad". Así mismo es significativo el artículo 15, que expresamente se refiere a la "Participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias", siendo muy esclarecedora la redacción de su primer apartado: "Las personas con discapacidad y sus familias, a través de sus organizaciones representativas, participarán en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, siendo obligación de las Administraciones públicas en la esfera de sus respectivas competencias promover las condiciones para asegurar que esta participación sea real y efectiva. De igual modo, se promoverá su presencia permanente en los órganos de las Administraciones públicas, de carácter participativo y consultivo, cuyas funciones estén directamente relacionadas con materias que tengan incidencia en esferas de interés preferente para personas con discapacidad y sus familias".

En todo caso, el que se considere que lo fundamental sea reconocer, respetar y proteger la voluntad de la persona en la toma de aquellas decisiones que afectan al desarrollo de su vida, abre, en realidad, dos cuestiones, estrechamente vinculadas, de trascendental importancia: el problema de determinar cuál es la voluntad de la persona y el problema de determinar cuándo está legitimado que actuemos paternalistamente con una persona y cuándo no⁷. El muchas veces referido ejemplo que pusiera John Stuart Mill, en su magnífico libro *Sobre la libertad*, de medida paternalista justificada⁸, nos aclarará bien el sentido de una medida paternalista plenamente respetuosa con la voluntad del individuo; siendo así que precisamente en este libro realizaría Mill una de las más notables defensas que se han hecho sobre la libertad individual, concibiéndose la vida de cada persona configurada conforme a un ámbito de libertad para la toma de decisiones por el propio sujeto, en el que nadie está legitimado para interferir cuando sólo a él le afectan. Nos invita Mill a que imaginemos un sujeto que quiere cruzar un puente que hay para salvar un río, sin saber que el puente está declarado inseguro y que, por consiguiente, caería al río, apuntando, al respecto, la clara obligación que tenemos, en caso de poder, de impedirle cruzar el puente, a pesar de que el hombre haya manifestado su voluntad en este sentido al empezar a cruzarlo. En una somera aproximación al ejemplo parece que estamos actuando contra la voluntad de la persona, pero es fácil de entender que, en realidad, lo que estamos haciendo

⁷ Cuestiones a las que aquí -como, en realidad, pasa con la mayor parte de las que se tratan en este artículo- sólo puedo referirme brevemente, pero que trato -las que en este punto me refiero- con más amplitud, justificando las conclusiones que apunto en el texto principal, en el libro (que actualmente está en sus últimas fases para la publicación) que tiene su origen en mi tesis doctoral: *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, Madrid, 2000.

⁸ Puede verse el ejemplo al que aquí se hace referencia en MILL, JOHN STUART: *Sobre la libertad*, prólogo de Isaiah Berlin, trad. Pablo de Azcárate, colección El Libro de Bolsillo, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 182.

es precisamente respetando su voluntad⁹. Actuamos contra su voluntad expresamente manifestada: empezar a cruzar el puente, por que queremos respetar su "auténtica" voluntad: presuponemos que prefiere no caer al río que intentar cruzar el puente, pues entendemos que su voluntad no es caer en él, como de hecho ocurriría si empezase a cruzar el puente. El ejemplo, pues, creo que es muy ilustrativo de que el respeto por la "auténtica" voluntad del individuo no tiene por qué coincidir siempre con el respeto por la voluntad por él manifestada. Aunque, en todo caso, tomarnos en serio que se ha de respetar siempre la "auténtica" voluntad del individuo significa que cuando actuemos contra la voluntad manifestada por el individuo debemos de poder justificar muy claramente que esa voluntad manifestada no se corresponde con su "auténtica" voluntad. Creo, en este sentido, que hemos de partir de la consideración de que siempre hemos de respetar la voluntad manifestada por el individuo -más allá de los supuestos en que con ello se perjudique ilegítimamente a terceros-, salvo en aquellos supuestos en que, por falta de razón, información o experiencia para poder procesar adecuadamente esa información, el individuo no sea realmente consciente de las consecuencias que van a derivar de la acción que expresamente manifiesta realizar y que, además, esas consecuencias sean claramente perjudiciales para el individuo, en este sentido, cuanto menos le afecten al desarrollo presente y futuro de sus probables planes de vida menos justificada estará la acción paternalista en contra de su voluntad expresamente manifestada.

Resulta muy interesante en este punto la regulación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En la misma existe una clara y explícita intención de respetar la voluntad del paciente en todas aquellas decisiones que se hayan de tomar respecto a su persona en el ámbito sanitario; como dice el artículo 2, en el que se establecen los principios básicos de la Ley, en sus apartados 2 y 3: "2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles". Y, sin embargo, la decisión a tomar debe hacerse más allá de la voluntad que pudiese manifestar el paciente en cuanto éste no tuviese la razón suficiente para procesar adecuadamente la información médica pertinente. Me parece, en este sentido, acertada la regulación del artículo 9.3.a), donde se establece que se otorgará el consentimiento por representación "Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación". Por lo que igualmente me parece acertada la regulación del artículo 11 sobre las "instrucciones previas", pues de lo que establece en sus puntos 1 y 2 claramente se deduce que ha de primar lo que podríamos considerar como la "auténtica" voluntad de la persona sobre lo que ha de ser su voluntad manifestada. Así, se regula en la Ley que: "1. Por el

⁹ O su libertad, en la concepción de Mill, pues como dice: "...la libertad consiste en hacer lo que uno desee, y no desearía caer al río". (En MILL, JOHN STUART: *Sobre la libertad*, cit., p. 182).

documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud (...) 2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito". Y es también con ese criterio con el que entiendo que habría que interpretar la disposición del artículo 5.4: "El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho". Por lo que la aplicación de la necesidad terapéutica hay que entender que estará justificada porque: primero, se respeta la "auténtica" voluntad del paciente (se presupone que éste preferirá no estar informado que sufrir un grave perjuicio en su salud, estableciéndose, además, que posteriormente se informará de esa actuación, con lo que se podrá después valorar en qué medida se respetó o no la "auténtica" voluntad del paciente), y, segundo, es proporcional la medida, en tanto que lo que se evita con ella es que se "pueda perjudicar su salud de manera grave".

Sin embargo, hay que subrayar también que, precisamente en lo que es la regulación explícita que se hace en el artículo 9.3.b), de esa Ley reguladora de la autonomía del paciente, sobre las personas con discapacidad, me parece que el legislador estuvo muy desafortunado. Pues, conforme al mismo, se exigirá que el consentimiento se haga por representación simplemente "Cuando el paciente esté incapacitado legalmente". El legislador tendría que haber hecho las pertinentes especificaciones respecto al tipo de discapacidad y respecto a las posibilidades de que la persona con discapacidad tome sus propias decisiones, y, en su caso, que participe en la medida de lo posible en la correspondiente toma de decisiones. Más cuando en la propia Ley se establece, en el artículo 4.2, que: "La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad"; y, en el artículo 8.1, que: "Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso"¹⁰.

¹⁰ Un interesante análisis crítico de la regulación que se hace en la Ley 41/2002 respecto a la los enfermos y deficientes mentales incapacitados, sobre cómo funciona y ha de funcionar el reconocimiento y protección de un cierto ámbito de autonomía de las personas con discapacidades psíquicas en relación con la prestación del consentimiento al tratamiento médico -señalándose, en este sentido, un retroceso en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales-, puede verse en SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ: "La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del Derecho civil", en CAMPOY CERVERA,

2. LA IGUALDAD

De lo hasta aquí expuesto creo que nos hemos de quedar con una idea esencial: *la obligación básica a la que hay que dar cumplimiento es el deber de reconocer, respetar y proteger los planes de vida que la persona libremente se quiera dar y las acciones que la misma realice para lograr su efectiva consecución; siendo para ello los derechos fundamentales los mecanismos jurídico políticos idóneos.*

Pero dos preguntas trascendentales que a continuación cabría plantear son: ¿de qué personas estamos hablando?, y ¿se han de respetar siempre las acciones que las personas realicen para la efectiva consecución de sus planes de vida si se entiende que responden a su "auténtica" voluntad? Las respuestas que creo que hay que dar a estas cuestiones implican la incorporación de un valor más en la escena de discusión: el valor igualdad.

a) *La igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación directa*

En cuanto a la primera cuestión, hay que subrayar que uno de los grandes logros que hay que atribuir a la doctrina del iusnaturalismo racionalista (que antes simplemente mencioné) es que con ella se dejó asentado que los derechos se habían de predicar de todos los hombres, ya que todos compartían la misma naturaleza racional. De hecho, la propia historia de los derechos humanos comienza, en realidad, con la construcción del iusnaturalismo racionalista -la primera corriente de pensamiento que consigue realizar un esquema completo de justificación para el reconocimiento y protección de derechos naturales-humanos-fundamentales-, una doctrina que, como es bien sabido¹¹, venía a considerar que el elemento esencial de la dignidad humana era la naturaleza racional del hombre y que de ella, de esa naturaleza racional, y con el uso de la propia razón, se podrían deducir todos los derechos humanos (los derechos naturales en su terminología). Conforme con ese punto de partida de la idea básica de la universalidad a la hora de atender a la fundamentación última de los derechos -aunque sin compartir las teorías del iusnaturalismo racionalista, ni incluso el que sea de los mismos derechos de los que cabe predicar la universalidad, y dejando abierta la crítica a algunas de las principales consecuencias jurídico políticas con las que históricamente se conformaron dichas teorías-, entiendo que hay que superar cualquier consideración que predique sólo de un grupo de hombres, cualquiera que éste sea, el objetivo de la consecución del desarrollo de los planes de vida que la persona se haya dado, nadie puede quedar excluido, y, por consiguiente, hemos de dejar claro que existe una igualdad entre todas las personas para que se les reconozca, respete y proteja el diseño de sus planes de vida y las actividades que quieran realizar para su efectiva consecución. De esta manera, la obligación que impone ese respeto, reconocimiento y

IGNACIO (Ed.): *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, cit.

¹¹ Véase en este sentido la trascendente aportación que realizase el profesor Elías Díaz en DÍAZ, ELÍAS: *Sociología y Filosofía del Derecho*, col. "Taurus Humanidades", Taurus, 1989, 1ª ed. 1971, Madrid, principalmente en pp. 262-277.

protección, significa que *debemos hacer que sea real para el mayor número de personas posible*. Y, conforme a ello, se asume, en primer lugar, el compromiso que implica esa obligación interpretada en un sentido débil: que la ley tiene que ser igual para todos, que no se pueden realizar discriminaciones hacia algún grupo de personas, que las leyes, la aplicación de las mismas, las políticas públicas en general, no deben ser discriminatorias. No puede haber, en este sentido y en nuestro caso, ninguna ley o acción de cualquier órgano público que implique un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad. Son las dimensiones de la igualdad ante la ley -el Derecho es el mismo para todos-, que obligan tanto al legislador cuando crea Derecho, igualdad en la ley, como al juez cuando aplica ese Derecho, igualdad en la aplicación de la ley; la igualdad como generalización, las leyes tienen que tener como destinatario al hombre genérico, y como equiparación, las leyes no pueden establecer consecuencias jurídicas diferentes para las personas pertenecientes a algún colectivo humano por razones irrelevantes. La propia Ley, que analizamos, sigue refiriéndose a la prohibición de esa discriminación directa. Así, por ejemplo, en el artículo 6.1, donde la aúna con la discriminación indirecta, a la que después me referiré, en su proscripción: "Se consideran medidas contra la discriminación aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable".

En cuanto a la segunda pregunta que antes formulaba, la respuesta que cabe dar, desde la incorporación de esta primera dimensión del valor igualdad, es que sí se ha de respetar la realización de las acciones que las personas emprendan, conforme a su "auténtica" voluntad, para la efectiva consecución de sus planes de vida siempre que con las mismas no se esté perjudicando directamente el plan de vida de otras personas. Pero la igualdad ha de implicar que, en principio, todos los planes de vida son igualmente valiosos y que, por consiguiente, un plan de vida no puede realizarse a costa de impedir o dañar la consecución de otro plan de vida. Esta dimensión de la igualdad fue plenamente aceptada y muy bien defendida desde las tradicionales posiciones liberales. Es la libertad de la que nos hablaba Mill en *Sobre la libertad*, pero que ya Kant había sabido resumir magistralmente en su obra *La Metafísica de las costumbres*: "No hay sino un derecho innato. La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad"¹². Pero el valor igualdad por sí mismo ya no nos dice nada más, y en esto se quedaron aquellas posiciones liberales y, también en esto, pretenden que nos quedemos las posiciones neoliberales: se ha de respetar el arbitrio del otro siempre que en el ejercicio del mismo no se esté afectando a mi ámbito de libertad¹³. Es

¹² Cito por KANT, IMMANUEL, *La Metafísica de las Costumbres*, estudio preliminar de Adela Cortina Orts, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, colección "Clásicos del Pensamiento", núm. 59, tecnos, 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 48-49.

¹³ Resulta significativo de estas posiciones el pensamiento de Nozick, quien, ya al principio de su obra *Anarquía, Estado y Utopía*, apuntaba: "Mis conclusiones principales sobre el Estado son que un Estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera, se justifica; que cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas

decir, trasladado a nuestro esquema: la obligación de reconocer, respetar y proteger el desarrollo de los planes de vida de una persona *nos obliga a no entorpecer ese desarrollo y sólo nos obliga a actuar cuando las acciones emprendidas para ese desarrollo supongan un daño ilegítimo en el desarrollo de planes de vida de terceros*.

Pero la pregunta que cabe realizar ahora sería: ¿es satisfactoria la anterior conclusión? La obligación de reconocer, respetar y proteger los planes de vida que la persona libremente se quiera dar y las acciones que la misma realice para lograr su efectiva consecución, ¿es cierto que se ha de limitar a una obligación de no impedir el desarrollo de los planes de vida de los demás, o exige algo más de nosotros? La respuesta a esta pregunta viene, en realidad, por dos vías diferentes, aunque creo que tienen un punto de conexión fundamental en el elemento común, de raíz psicológico-moral, de la empatía, entendiendo ésta como la capacidad que tiene el hombre de sentir como propio (lo que no quiere decir en la misma medida) el sufrimiento de otra persona.

b) *La igualdad de oportunidades*

La primera vía ha sido la que se ha seguido a través de la incorporación de nuevas dimensiones al valor igualdad. Mientras que para la incorporación de las primeras dimensiones de la igualdad no se necesitaba para nada el sentimiento de la empatía, simplemente podía tener, como de hecho tuvo, su origen en una construcción racional, que entendiéndose que el respeto, reconocimiento y protección del desarrollo de los planes vitales de las personas tenía que pasar por una igualdad de todos ante la ley, en una construcción basada en una idea del hombre abstracto y genérico, que no tenía en cuenta al hombre concreto y situado en la sociedad, al hombre de carne y hueso¹⁴. Sin embargo, a través del crecimiento de la empatía por las penosas situaciones vividas por las personas reales (y, evidentemente, con la participación de otras causas, como lo fueron en muy buena medida las reivindicaciones más o menos violentas de las propias personas que con ese sistema de igualdad habían quedado apartadas de la participación en los beneficios sociales) se hizo –y se hace- necesario tener en cuenta a ese hombre de carne y hueso, se hizo –y se hace- necesario incorporar medidas que hiciesen –y hagan- posible superar esas situaciones de desventaja social que impedían –e impiden- a muchas personas en la realidad diseñar y desarrollar un plan de vida autónomo. La apreciación paulatina de las situaciones de desigualdad real vividas por personas individuales y por colectivos de personas, tanto por falta de recursos económicos, como por circunstancias personales o sociales, o, más recientemente, como producto de discriminaciones indirectas, hizo necesaria la incorporación de nuevas dimensiones de la igualdad que pretendían hacer posible una igualdad real de oportunidades para todos los ciudadanos. E igualmente relacionado de manera directa con lo que significa ese sentimiento de empatía, aunque también con otros planteamientos importantes aportados desde diferentes puntos de vista -como la sociología o la

cosas y, por tanto, no se justifica". (En NOZICK, ROBERT, *Anarquía, Estado y Utopía*, traducción de R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 7).

¹⁴ En palabras de Luis Prieto: "la dignidad que se protege no es la del hombre histórico, necesitado y doliente, sino la de una mónada aislada, la del *homo iuridicus*, la de un sujeto ideal y, por lo mismo, universal". (PRIETO SANCHÍS, LUIS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 25).

política-, está el trascendental cambio que ha tenido -o, para ser más exactos, habría que decir que está empezando a tener- la propia concepción de la discapacidad en nuestras sociedades. Como dice la propia Exposición de Motivos de la Ley, la principal de las dos razones que la justifican, que la hacían necesaria, eran: "los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la «discapacidad» y, consecuentemente, la aparición de nuevos enfoques y estrategias: hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos". Una percepción que resulta imposible de tener sin ese desarrollo del sentimiento de empatía hacia las situaciones reales vividas por las personas con discapacidad. Aunque, también entiendo que muchas de sus consecuencias más notables sólo encuentran su más adecuada justificación a través de la incorporación de las dimensiones del valor solidaridad, a cuyo análisis dedicaré el siguiente apartado.

De esa manera, se entendió que, en realidad, darle contenido a la obligación de hacer que el respeto, reconocimiento y protección del desarrollo de los planes de vida de las personas sea real para el mayor número de personas posible, implicaba que lo que se había de garantizar no era sólo que no se interfiriera en la forma en que cada persona creía conveniente conseguir la realización de sus planes de vida, sino que de lo que también se trataba era de que todos pudieran estar en una situación de igualdad de "oportunidades" para poder satisfacer sus planes de vida. Así, se consideró que había que ayudar con prestaciones adecuadas a aquellas personas que por sí solas no estaban en situación de igualdad con respecto al resto de los miembros de la sociedad para poder desarrollar sus planes de vida con unas razonables garantías de éxito. Con ello no se defiende que se ha de colocar a todos en la misma situación de oportunidades sociales para desarrollar sus planes de vida, lo que se defiende es que todos han de tener garantizados unos mínimos que les sitúen en disposición de poder desarrollar sus planes de vida. Es decir, no se trata de garantizar que todos tengan, finalmente, las mismas oportunidades de éxito, sino que todos tengan razonables oportunidades de éxito. En nuestro esquema se añade una dimensión nueva muy importante, de lo que ahora se trataría es de que *el mayor número de personas tengan garantizadas la satisfacción de sus necesidades básicas de manera que estén en condiciones de poder desarrollar sus propios planes de vida*. Lo que tiene una traducción clara en la respuesta que se ha de dar a la pregunta que antes hacía: la obligación de reconocer, respetar y proteger los planes de vida de las personas exige de nosotros (fundamentalmente, pero no únicamente, a través de la acción de los poderes públicos) un deber no sólo de no impedir o perjudicar directamente el desarrollo de otros planes de vida, sino también de *actuar para poder satisfacer las necesidades básicas de aquellas personas que no puedan satisfacerlas por sí mismas* (o que sólo puedan hacerlo con un esfuerzo heroico que no se les puede exigir), *a fin de que tengan realmente oportunidades de diseñar y dar cumplimiento a sus propios planes de vida*. Con lo que es claro que se están incorporando nuevas dimensiones de la igualdad. En todo caso, la misma Ley define explícitamente lo que entiende por igualdad de oportunidades en su artículo 1.1 (aunque también resultan significativos los

artículos 4 y 5): "la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social". Un concepto que, como señalaría en la Exposición de Motivos, se entiende como una evolución en las dimensiones de la igualdad: "La estrategia de lucha contra la discriminación se inscribe en la larga marcha de algunas minorías por lograr la igualdad de trato y por el derecho a la igualdad de oportunidades".

b.1) La discriminación indirecta y los ajustes razonables

Dentro de las nuevas dimensiones que adquiere el valor igualdad, creo que habría que situar en primer lugar lo que se conoce como discriminación indirecta. No es que haya sido históricamente la primera en ponerse de manifiesto, pero creo que es la más cercana a las consideraciones propias de las anteriores dimensiones de la igualdad. Una buena definición de lo que significan estas medidas de discriminación indirecta la encontramos en el artículo 6.2 de la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad: "Se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios". Es decir, que se produciría una discriminación indirecta cuando una norma jurídica que tratase formalmente igual a todos, que tuviese como destinatario a ese hombre genérico del que antes hablaba, es decir, que no implicase ninguna discriminación directa, sin embargo, con su aplicación, y precisamente por no tener en cuenta las especiales situaciones de desventaja social en que se encuentran determinadas personas, se produciría una discriminación para esas personas. Por ejemplo, una norma que regule el horario de trabajo de una empresa pero que no tenga en cuenta las situaciones de lactancia femenina o la necesidad para ciertas personas con discapacidad de contar con algunas horas de rehabilitación, sería una norma formalmente respetuosa con el valor igualdad pero que produciría una discriminación en la realidad, al hacer más difícil que las personas afectadas puedan acceder a los puestos de trabajo de esa empresa.

Y es para luchar contra esas discriminaciones indirectas que se ha articulado lo que se conoce como "ajustes razonables", que también se encuentran bien definidos en la misma Ley 51/2003¹⁵ -lo que resulta en gran

¹⁵ Aunque ya se refirió a ellos explícitamente el Proyecto de Opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento Europeo, de 20 de junio de 2000, dejando claro que su realización "Tiene por objeto garantizar (a) que las personas puedan participar en igualdad de condiciones en los servicios, programas, actividades, empleos y otras oportunidades mediante la adaptación de las instalaciones, la modificación de los manuales de referencia y de instrucciones, la formación y la modificación de los horarios de trabajo y (b) que se halle un equilibrio justo entre las legítimas reivindicaciones de las personas discapacitadas y los costes financieros que el empleador puede soportar dentro de unos límites razonables...".

medida lógico, ya que ha sido gracias a las reivindicaciones de los grupos sociales que han sufrido tradicionalmente este tipo de discriminación, como las mujeres o las personas con discapacidad, que se ha hecho patente la existencia de situaciones de discriminación indirecta en nuestras sociedades y la necesidad de combatirlas con la articulación de instrumentos como los ajustes razonables- que establece en su artículo 7: "Ajuste razonable: las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda".

En este sentido, es interesante observar como queda clara la señalada relación entre los ajustes razonables y la discriminación indirecta que tratan de eliminar en el tratamiento que se le da a la "accesibilidad universal". Que si, por una parte, es definida en el artículo 2 como "la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño para todos» y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse"; por otra, se indica explícitamente en la Exposición de Motivos que la no implementación del concepto de accesibilidad universal supone, de hecho, una discriminación indirecta para las personas con discapacidad: "La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta en este caso, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquellas que no lo son, al igual que ocurre cuando una norma, criterio o práctica trata menos favorablemente a una persona con discapacidad que a otra que no lo es. Convergen así las corrientes de accesibilidad y de no discriminación".

b.2) Las medidas de igualación positiva

Otra nueva dimensión se incorporó al entender que había de existir toda una serie de políticas públicas para satisfacer las necesidades de aquellas personas que estuviesen en una situación de desventaja social. Estas ayudas, que pueden ser derechos a recibir prestaciones de tipo económico o personal, pueden establecerse teniendo en cuenta a la persona individualmente considerada: es la persona como individuo la que está en situación de desventaja social y a la que hay que beneficiar con las correspondientes prestaciones sociales. Es a este tipo de medidas a las que el profesor Giménez Gluck ha denominado como medidas de igualación positiva¹⁶. Un reflejo de lo

¹⁶ Dirá Giménez Gluck: "Las medidas de igualación positiva son los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos

que sería la aplicación de este concepto, si queremos referirnos a las personas con discapacidad, creo que se podría observar en la redacción del artículo 7.2 y en lo establecido en el artículo 51.2 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. En el primero, porque, aunque, ciertamente, hay que considerar que las medidas de las que se benefician las personas con discapacidad derivan de su pertenencia a un colectivo que sufre una situación de desventaja social, en ese artículo se establece como, en todo caso, se ha de realizar previamente un reconocimiento individualizado: "El reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en esta Ley deberá ser efectuado de manera personalizada...". En el segundo, al establecer, de manera más clara, que: "...como complemento de las medidas específicamente previstas en esta Ley, podrán dispensarse con cargo a las consignaciones que figuren al efecto en el capítulo correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado, servicios y prestaciones económicas a los minusválidos que se encuentren en situación de necesidad y que carezcan de los recursos indispensables para hacer frente a la misma".

b.3) Las acciones positivas moderadas

También puede ser que la situación de desventaja social que se tenga en cuenta para el establecimiento de las prestaciones sociales correspondientes no se encuentre en un hombre concreto, sino que se predique de un colectivo humano que, por diferentes circunstancias, normalmente por haber sido precisamente objeto de un trato discriminatorio en el pasado o incluso en el presente, se encuentra, en general, en esa situación de desventaja social. Y, de esta manera, se presuponga que las personas que pertenecen a ese colectivo, y solo por el hecho de pertenecer al mismo, también sufren en alguna medida esa desventaja social que se predica del colectivo en su conjunto. Lo que justificaría que se articulasen medidas para solventar esas desventajas sociales de forma que de las mismas se puedan beneficiar todas las personas que pertenezcan a ese grupo social.

Ese tipo de medidas entrarían dentro de lo que Giménez Gluck explica como acciones positivas¹⁷. Un buen ejemplo de cómo se articula una de estas medidas de acción positiva -en este caso una de las que a continuación me referiré como acciones positivas moderadas de concienciación- para terminar con la discriminación sufrida por el colectivo de las personas con discapacidad -en este caso la que se sigue produciendo en el ambiente laboral-, puede verse en la regulación del artículo 7.4 de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad: "Los Estados deben iniciar y apoyar campañas para sensibilizar al público con miras a lograr que se superen las actitudes negativas y los prejuicios que afecten a los trabajadores

que objetiva e individualmente la determinan". (En GIMÉNEZ GLUCK, DAVID, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, colección tirant monografías, tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 58; y puede verse más concretamente el desarrollo respecto a esa idea de las medidas de igualdad positiva en pp. 58-61).

¹⁷ Para Giménez Gluck: "son acciones positivas los tratos formalmente desiguales que favorecen a determinados colectivos por poseer un rasgo diferenciador en común caracterizado por ser transparente e inmodificable y constituir cláusulas específicas de no discriminación". (En GIMÉNEZ GLUCK, DAVID, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 64; y puede verse más concretamente el desarrollo respecto a esa idea de las acciones positivas en pp. 61-75).

aquejados de discapacidad". Nuestra Ley, en su Exposición de Motivos, remite directamente a la LISMI (la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos) para el desarrollo de las medidas de acción positiva; no obstante, también señala, en su artículo 8.1, lo que entiende por esas medidas, apreciándose claramente, conforme a lo que se sigue regulando también en su apartado segundo, la vinculación que tienen con las especiales circunstancias de las personas en situación de desventaja social. Así, se establece en el artículo 8: "1. Se consideran medidas de acción positiva aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad. 2. Los poderes públicos adoptarán las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades...".

Por otra parte, es importante entender que estas medidas de acciones positivas se encuadran, en realidad, dentro de lo que está siendo el desarrollo del último de los procesos que se han señalado en cuanto a la evolución de los derechos fundamentales, al que el profesor Bobbio se refirió como el proceso de especificación¹⁸, y, más concretamente -teniendo en cuenta que después el profesor Peces-Barba distinguió entre especificación por los titulares de los derechos y especificación por el contenido de los derechos- dentro del proceso de especificación por los titulares de los derechos -que es el que se corresponde con el planteamiento que el profesor Bobbio expuso en su momento al hablar de proceso de especificación-¹⁹. Y es que, efectivamente, se produce una especificación de los derechos fundamentales por los titulares de los mismos, por las situaciones de especial indefensión en las que éstos se encuentran en las relaciones sociales por su edad, sexo, discapacidad, etc., que les colocan en una situación de desventaja respecto al resto de los actores sociales para poder participar en las relaciones sociales y poder conseguir por ellos mismos con razonables posibilidades de éxito la realización de sus planes de vida. Por eso, a las personas pertenecientes a esos colectivos se les reconocen ciertos derechos específicos, y, sobre todo, se les reconocen garantías específicas, o derechos que funcionan como tales garantías, de manera que les permitan ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales

¹⁸ El primero en hablar del proceso de especificación (que se añadiría a los otros tres procesos, positivación, generalización e internacionalización, que el profesor Peces-Barba ha identificado en la evolución histórica de los derechos fundamentales desde el tránsito a la Modernidad) fue Norberto Bobbio -como él mismo lo señala explícitamente en la Introducción a su libro, recopilación de catorce trabajos suyos en donde trata el tema de los derechos humanos, *El tiempo de los derechos-*, desarrollando esa idea en los capítulos "El tiempo de los derechos" y "Derechos del hombre y sociedad". (Se pueden ver estos dos trabajos de Bobbio, en BOBBIO, NORBERTO, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, pp. 97-112 y 113-127, respectivamente; y sobre los procesos de positivación, generalización e internacionalización en la concepción del profesor Peces-Barba, véase en PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 154-179).

¹⁹ Puede verse, en este sentido, el análisis que hace el profesor Peces-Barba en cuanto al proceso de especificación en relación con los titulares, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 180-182.

que comparten con todas las demás personas, que son los que antes hemos señalado como los instrumentos jurídico políticos idóneos para que las personas puedan diseñar sus planes de vida y actuar para su efectiva consecución²⁰. La Ley es muy clara respecto al sentido de esas garantías específicas, al señalar en la Exposición de Motivos que "todas [las personas con discapacidad] tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país"; y, más adelante, en relación con ese fin fundamental, tras señalar los artículos claves de la Constitución -esto es, el 9.2, el 10, el 14 y el 49-, al establecer expresamente que: "Los poderes públicos deben asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar del conjunto de todos los derechos humanos: civiles, sociales, económicos y culturales".

Dentro de esas acciones positivas, las que entiendo que casan mejor con las nuevas dimensiones de la igualdad a las que me estoy refiriendo son las que el propio Giménez Gluck denomina como acciones positivas moderadas²¹. Lo relevante de este tipo de acciones positivas es, para mí, que -además de articularse para favorecer a aquellas personas que por sí solas no tienen posibilidades para diseñar sus planes de vida y actuar para su efectiva consecución de manera que puedan tener una real igualdad de oportunidades- su aplicación no supone el perjuicio directo para el desarrollo de ningún otro plan de vida. Esta última consideración creo que hay que subrayarla, y después volveré sobre ella, no obstante, entiendo que antes es más conveniente señalar a qué tipo de medidas nos referimos al hablar de acciones positivas moderadas; y, en este sentido, entiendo que las principales se pueden encuadrar, siguiendo una clasificación del profesor García Añón, en medidas de concienciación, medidas de incentivación, medidas de trato preferencial y medidas de recompensa²².

²⁰ Es muy esclarecedor, en esta línea, el análisis de Ferrajoli; en el que se puede apreciar la defensa de la igualdad en derechos fundamentales y de la posibilidad de articular derechos específicos siempre que se responda a la consideración básica del igual respeto a la identidad de todas y cada una de las personas. (Véanse dos significativos pasajes al respecto en FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, Trotta, Madrid, 1999, pp. 76 y 91).

²¹ Que Giménez Gluck define como "la categoría que comprende a las acciones positivas que, sin constituir cuotas en procesos de selección, benefician a los miembros de los colectivos minusvalorados por su sexo, raza o, en determinados casos, minusvalía. Estas acciones positivas, en vez de influir directamente en el proceso selectivo para favorecer la elección de los miembros de los grupos desaventajados, como hacen las cuotas, tratan de remover los obstáculos que impiden a los miembros de estos grupos llegar al proceso selectivo en igualdad de condiciones. Se adaptan mejor, pues, al concepto tradicional de igualdad de oportunidades: conseguir que todas las personas gocen de una posición similar en el punto de partida. De ahí que sean bautizadas en este libro como acciones positivas moderadas: no provocan el daño a terceros que provocan las cuotas; no tienen la eficacia igualitaria que conlleva la radicalidad de estas últimas". (En GIMÉNEZ GLUCK, DAVID, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pp. 76-77).

²² En realidad, García Añón hace esta clasificación al distinguir "medidas de acción afirmativa" según las funciones que cumplen. Señalando, así, las medidas de concienciación, las medidas de recompensa (a las que también denomina como de retribución o sanción

Las primeras, las de concienciación, sirven para concienciar a la población sobre la especial situación que afecta a esos colectivos; como puede ser una campaña de información que dé cuenta de la especial situación de desventaja social en la que se encuentran los discapacitados en nuestras sociedades. Es a lo que se refiere la Ley en su artículo 12: "Las Administraciones públicas desarrollarán y promoverán actividades de información, campañas de sensibilización, acciones formativas y cuantas otras sean necesarias para la promoción de la igualdad de oportunidades y la no discriminación".

Las segundas, las de incentivación, procuran impulsar acciones que permitan acabar con esa situación de desventaja en la que se encuentran los individuos de determinados colectivos; como puede ser el establecimiento de becas que incentiven la investigación en ese ámbito. Un buen ejemplo de ello nos lo ofrece el artículo 14 de la Ley: "1.Las Administraciones públicas fomentarán la innovación en todos los aspectos relacionados con la calidad de vida de las personas con discapacidad. Para ello, promoverán la investigación en las áreas relacionadas con la discapacidad en los planes de investigación, desarrollo e innovación (I+D+I). 2.Asimismo, facilitarán y apoyarán el desarrollo de normativa técnica, así como la revisión de la existente, de forma que asegure la no discriminación en procesos, diseños y desarrollos de tecnologías, productos, servicios y bienes, en colaboración con las entidades y organizaciones de normalización y certificación y todos los agentes implicados".

Las medidas de trato preferencial atacan directamente una situación de desventaja estableciendo para ello un trato artificial de ventaja; como podría ser el apartar para el uso exclusivo de las personas con discapacidad las plazas de parking que estén más cercanas a las entradas y salidas de los establecimientos. Creo que éstas pueden verse reflejadas en el artículo 13: "Las Administraciones públicas adecuarán sus planes de calidad para asegurar la igualdad de oportunidades a los ciudadanos con discapacidad. Para ello, incluirán en ellos normas uniformes mínimas de no discriminación y de accesibilidad, y desarrollarán indicadores de calidad y guías de buenas prácticas".

Finalmente, con las medidas de recompensa se pretende abordar las situaciones de desventaja otorgando beneficios a los que adopten medidas que vayan contra las mismas; como puede ser el establecer un incentivo económico para los empresarios que empleen a personas con discapacidades. A las que también se refiere la Ley al modificar en su disposición adicional cuarta la Ley 24/2001 de medidas fiscales, administrativas y del orden social, para establecer

positiva) y las medidas de facilitación (a las que también denomina de impulso o de promoción). Y dentro de estas últimas (a las que define como "medidas previas tendentes a la consecución del fin: la eliminación de la desventaja. Tratarán de promover e impulsar la igualdad para el futuro"), distingue, a su vez, entre medidas de incentivación, medidas de trato preferencial y medidas de discriminación inversa o positiva. Sin embargo, entiendo que mientras todas las demás "medidas de acción afirmativa" caben dentro de lo que en el texto principal señalo como del tipo de las acciones positivas moderadas, las de discriminación inversa o positiva son a las que después me refiere, también en el texto principal, con el nombre de medidas de discriminación inversa. (Véase a este respecto en GARCÍA AÑÓN, JOSÉ, "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2-1999, p. 6).

que: "El grado mínimo de minusvalía necesario para generar el derecho a los beneficios establecidos en las medidas de fomento del empleo para el mercado ordinario de trabajo a favor de los discapacitados, así como para que las personas con discapacidad puedan ser contratadas en prácticas o para la formación en dicho mercado ordinario de trabajo con aplicación de las peculiaridades previstas para este colectivo deberá ser igual o superior al 33 por ciento". Teniendo en cuenta que las medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad a través de estas acciones positivas de recompensa ya quedaban muy bien reflejadas en el artículo 38.4 de la LISMI: "Se fomentará el empleo de los trabajadores minusválidos mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su integración laboral. Estas ayudas podrán consistir en subvenciones o préstamos para la adaptación de los puestos de trabajo (...) el pago de las cuotas de la Seguridad Social y cuantas otras se consideren adecuadas para promover la colocación de los minusválidos, especialmente la promoción de Cooperativas".

En todo caso, había dejado antes una cuestión pendiente sobre la afectación de todas estas medidas, de igualación positiva y del tipo de las acciones positivas moderadas, a los planes de vida de terceros, que ha de resolverse. Es cierto que toda medida de igualación positiva y toda medida de acción positiva moderada afecta, en alguna medida, a los planes de vida de los demás miembros de la colectividad, ya que se retraen recursos del colectivo, en aplicación de un sentido de justicia distributiva, para concederles beneficios a las personas que por sí solas no pueden satisfacer sus necesidades básicas y desarrollar, así, sus planes de vida. Es claro, pues, que esto afecta a terceras personas. Pero me parece también claro que eso afecta, en principio, de forma indirecta a sus planes de vida, y que, en todo caso, no afecta de forma que se impida o dificulte gravemente el desarrollo de los planes de vida de esos terceros. Las posiciones neoliberales han subrayado la afectación a la libertad económica de terceras personas que ellos consideran básica para conseguir el desarrollo de los planes de vida de las personas, por lo que consideran que esas medidas de justicia distributiva son ilegítimas, precisamente por que no respetan la libertad de las personas²³. Sin embargo, creo que esta objeción no tiene fuerza si nos tomamos en serio la conclusión a la que antes habíamos llegado de que la obligación de reconocer, respetar y proteger los planes de vida de las personas exige de nosotros un deber de actuar para poder satisfacer las necesidades básicas de aquellas personas que no puedan satisfacerlas por sí mismas, a fin de que tengan realmente oportunidades de

²³ Son muy explícitas, en este sentido, las palabras de Hayek y Nozick. Para el primero: "Se dice a menudo que la libertad política carece de significado sin libertad económica. Esto es muy verdad, pero en un sentido casi opuesto al que dan a la frase nuestros planificadores. La libertad económica que es el requisito previo de cualquier otra libertad no puede ser la libertad frente a toda preocupación económica, como nos prometen los socialistas, que sólo podría obtenerse relevando al individuo de la necesidad y, a la vez, de la facultad de elegir; tiene que ser la libertad de nuestra actividad económica, que, con el derecho a elegir, acarrea, inevitablemente, el riesgo y la responsabilidad de este derecho". Y Nozick dirá rotundamente: "Contra la afirmación de que tal Estado [un Estado más extenso que el Estado mínimo que él propugna] se justifica en tanto establece o trae consigo la justicia distributiva entre sus ciudadanos, opongo una teoría de la justicia (la teoría retributiva) la cual no requiere ningún Estado más extenso...". (En HAYEK, FRIEDRICH A., *Camino de servidumbre*, traducción de José Vergara, colección El Libro de Bolsillo, Sección: Humanidades, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 135; y en NOZICK, ROBERT, *Anarquía, Estado y Utopía*, cit., p. 9).

diseñar y dar cumplimiento a sus propios planes de vida. Ese deber de actuación, ya sea a través de las medidas de igualdad positiva o a través del tipo de las medidas de acción positiva moderada, *afecta de forma indirecta a los planes de vida que terceros puedan desarrollar, pero nunca de forma que éstos pierdan la capacidad de diseñar sus propios planes de vida y actuar con razonables oportunidades de éxito para su efectiva consecución.*

3. LA SOLIDARIDAD

Las posibles respuestas a la pregunta sobre las actuaciones comprendidas en la obligación de reconocer, respetar y proteger el desarrollo de los planes de vida de terceros, tiene, como antes apunté, otra vía diferente a la ya señalada de la incorporación de nuevas dimensiones al valor igualdad, y esa segunda vía supone la incorporación del otro gran valor a considerar: el de la solidaridad. Aunque, en realidad, su simple incorporación como tal valor propio no deja de estar debatida entre la doctrina; pues, siendo también importante la doctrina que le reconoce autonomía como valor superior del ordenamiento jurídico, que destaca, en este sentido, dimensiones propias que no son realmente reconducibles a las nuevas dimensiones de la igualdad, lo cierto es que una muy buena parte le sigue negando esa autonomía²⁴. Pero, pese a la evidencia de elementos comunes -como el trascendental de la empatía, al que antes me referí, presente tanto en la incorporación de las nuevas dimensiones de la igualdad como en la incorporación del valor solidaridad-, hay diferencias importantes entre el camino emprendido con la incorporación de las nuevas dimensiones de la igualdad y el emprendido conforme al valor solidaridad. En este sentido, entiendo que la diferencia fundamental entre las nuevas dimensiones de la igualdad y las que podemos encontrar en el valor solidaridad radica en que mientras que el primero sigue anclado en muy buena medida en las reflexiones sobre las personas individualmente consideradas, el valor solidaridad mira más a la colectividad. Aunque, y esto es muy importante subrayarlo conforme a la comprensión que aquí se maneja de la solidaridad, no se ha de olvidar nunca que el objetivo último que tenemos marcado es que las personas individualmente consideradas consigan diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución. Se trata, así, de complementar el individualismo, que

²⁴ Para una comprensión del valor solidaridad en la línea aquí apuntada, puede verse, por ejemplo, DE LUCAS, JAVIER, *El concepto de Solidaridad*, colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 29, Fontamara, México, 1993; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, JESÚS, "Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político", en *Sistema*, núm. 101, 1991, pp. 123-133; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, JESÚS, "Solidaridad y derechos de las minorías", en AA.VV.: *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, pp. 2-14; PECES-BARBA, MARTÍNEZ GREGORIO, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 261-282; RODRÍGUEZ PALOP, MARÍA EUGENIA, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2002, (fundamentalmente pp. 326-353); y RORTY, RICHARD: *Contingencia, ironía y solidaridad*, traducción de Alfredo Eduardo Sinnot, colección Paidós Básica, Paidós, Barcelona, 1991 (fundamentalmente pp. 207-217).

está en la base de todo el sistema de los derechos fundamentales²⁵, con la trascendencia que ha de tener la propia colectividad para la consecución, precisamente, de los fines individuales. Me parece interesante, en este sentido, que la propia Ley reconozca, en su Exposición de Motivos, la importancia de la colectividad en la consecución de la libertad por las personas con discapacidad, señalando que la misma Ley: "...constituye una de las aportaciones más significativas de la sociedad española al esfuerzo colectivo [europeo] de emancipación histórica de las personas con discapacidad".

De esta manera, entiendo que el valor solidaridad ha de incorporar tres ideas fundamentales para la consecución y la propia redefinición de ese objetivo; que, sin embargo, no encuentran un reflejo, o al menos no adecuado, en la Ley.

La primera, es que la colectividad adquiere una importancia trascendental para la vida de los individuos: el individuo no tiene existencia real sin la colectividad, la colectividad conforma en muy buena medida la propia personalidad del individuo, sus planes de vida y la forma en que se considera apropiado hacerlos eficaces, y hace posible, a su vez, que esos planes de vida puedan efectivamente realizarse. Por consiguiente, hay que considerar también que la colectividad es responsable en buena medida -como lo es el propio individuo en otra buena medida- de que los individuos que la componen puedan o no desarrollar sus planes de vida de una forma satisfactoria. Podemos observar un reflejo del reconocimiento de la responsabilidad de la colectividad en la vida de las personas con discapacidad en el artículo 8 de la LISMI, que reconoce: "La prevención de las minusvalías constituye un derecho y un deber de todo ciudadano y de la sociedad en su conjunto y formará parte de las obligaciones prioritarias del Estado en el campo de la salud pública y de los servicios sociales".

La segunda, es que el reconocimiento de esa importancia del colectivo ha de suponer que se acepta la posibilidad de que el respeto, reconocimiento y protección, por el cumplimiento de los planes de vida de terceros pueda, en ocasiones puntuales, exigir un sacrificio directo del cumplimiento de los propios planes de vida. De esta forma, se daría entrada a las que se conocen (aunque no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la terminología más adecuada) como medidas de discriminación inversa, a las que después me referiré, así como a una más adecuada práctica de los ya aludidos ajustes razonables, que entiendo que se justifican mejor desde el valor solidaridad. En este sentido, aunque para la justificación de la articulación de ajustes razonables no es necesario atender a este sacrificio directo en el desarrollo de otros planes de

²⁵ No sólo conceptualmente sino también históricamente, como reconoce explícitamente Bobbio al señalar que una de las tesis de las que no se había alejado nunca era que los derechos naturales "[n]acen al inicio de la Edad Moderna, junto con la concepción individualista de la sociedad"; y resultando muy esclarecedor, en este sentido, el análisis que hace el profesor Peces-Barba del trascendental rasgo del individualismo en el tránsito a la Modernidad en su trabajo "Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales". (Véase en Bobbio, Norberto, "Introducción", en BOBBIO, NORBERTO, *El tiempo de los derechos*, cit., p. 14; y en Peces-Barba Martínez, Gregorio: "Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO y FERNÁNDEZ GARCÍA, EUSEBIO (dirs.): *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson - Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998, pp. 185-192).

vida, no obstante, sí es necesario atender -además de a la importancia de la empatía, que necesariamente hay que destacar para la misma percepción de las situaciones de discriminación indirecta que se combaten con esa articulación de ajustes razonables- a la fuerte implicación directa que supone para los que los han de realizar. No es que interfieran directamente en sus planes de vida, pero sí les exigen acciones y "actitudes" personales que encuentran su mejor explicación en el valor solidaridad; de hecho, en el propio texto de la Ley 51/2003, en el artículo 7 antes citado, se decía, expresamente, que los ajustes razonables implicaban medidas, de adecuación a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, también del ambiente "actitudinal", y en la disposición adicional tercera de esa Ley, por la que se modifica la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal, se imponen claramente sacrificios a terceras personas (como desarrollo de la aplicación de los principios de normalización y accesibilidad universal, directamente conectados con la prohibición de discriminación indirecta y con la adopción de ajustes razonables), que entiendo que son también reflejo del valor solidaridad, aunque no signifiquen tampoco ninguna clase de perjuicio directo a los planes de vida de esos terceros²⁶.

Y la tercera, es que los sacrificios que se pueden exigir a los individuos no se han de limitar sólo a los hechos en beneficio de individuos identificables, sino que también se pueden exigir en beneficio de ese "ente" más o menos abstracto que es la colectividad. Por ejemplo, los sacrificios que se exigen para la conservación del medio ambiente se ha de entender que se realizan por su beneficio para la colectividad en su conjunto, no para algunos individuos en concreto; o igualmente podemos ver esa idea de sacrificio por la colectividad en la regulación que hace el artículo 9.2.a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002), donde se permite a los facultativos realizar las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley.

De esta manera, con la incorporación de las nuevas dimensiones del valor solidaridad, el objetivo a conseguir se redefine en la que creo que ha de ser su formulación definitiva: hay que conseguir que el mayor número de personas posible desarrolle *al máximo posible* el plan de vida que cada una de ellas individualmente se haya dado. Constituyéndose éste en el objetivo último de toda la colectividad, que justifica la exigencia de mayores obligaciones a los individuos que componen esa colectividad, de manera que *a los individuos se les pueden exigir sacrificios personales siempre que estén justificados para la*

²⁶ Así, establecerá que: "1.Será obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad. 2.Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes...".

consecución de ese objetivo común y sea conforme a normas universalizables, lo que impide que ese sacrificio suponga que se imposibilite o dificulte gravemente la consecución de los planes de vida por parte de quien realice el sacrificio.

Creo, en este sentido, que la determinación que se hace en la Ley de cuál es su objetivo último es insatisfactorio, en cuanto se sigue centrando en el valor igualdad y no pone el acento en la libertad para desarrollar los propios planes de vida de los individuos y en la necesidad de dar cabida al valor solidaridad para ello. Así, según se señala en la Exposición de Motivos de la Ley, habrá que entender que su objetivo último es: "...un objetivo ya conocido: garantizar y reconocer el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social". Lo que confirmará el artículo 1.1: "Esta ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución". La igualdad de oportunidades sólo debería ser considerada como un medio, al igual que las dimensiones del valor solidaridad, para conseguir el objetivo último que, respecto a una ley dirigida a las personas con discapacidad, debería ser la vida independiente, que la Ley sólo reconoce como principio en el artículo 2 junto a otros principios (como son el de normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad), que también deberían de ser considerados sólo como medios para ese fin: la consecución de la vida independiente, que la propia Ley define como: "la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad".

Aunque, claramente, la adecuación a la realidad de estas consideraciones -como se verá explícitamente al tratar las medidas de discriminación inversa- ha de suponer una mayor intervención, que se traduce en una limitación, en el desarrollo de los planes de vida que son considerados aceptables por la colectividad, lo que hace más necesaria la participación de todos en las correspondientes tomas de decisiones, en todo caso, la determinación inequívoca de cuál es el objetivo último a conseguir impide que por esa vía se llegue al colectivismo, conforme al cual el individuo desaparece en aras de la consecución de un objetivo exclusivo del colectivo. Es lógico tener una fuerte prevención frente a la fuerte incursión de la colectividad por la que aquí se aboga. Sólo hay que recordar que precisamente los derechos fundamentales supusieron la superación de los tipos de sociedades que desde la Antigüedad se construyeron sobre la base de que el individuo era plenamente sacrificable en aras de un ideal de colectividad (como fue el caso paradigmático de la sociedad espartana, que durante tantos siglos fue alabada por filósofos y políticos), y que incluso en etapas mucho más recientes las experiencias colectivistas en que se ha hecho desaparecer la importancia básica del individuo, como ha sido el caso de los totalitarismos fascistas y comunistas, han producido las peores consecuencias. Sin embargo, el camino que aquí se propone es radicalmente diferente, la importancia de la colectividad se deriva, precisamente, de la comprensión de que la misma es necesaria para conseguir ese objetivo último de que *el mayor número de personas posible*



desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada uno de ellos individualmente se haya dado.

Y de esa consideración sobre la importancia que tiene la colectividad derivan también otras consecuencias de gran trascendencia, a las que he de referirme, como son: la decisiva importancia de la participación de los individuos en la toma de decisiones políticas, jurídicas y sociales; una más adecuada justificación de las medidas de discriminación inversa; y la necesidad de prestar atención a lo que pueden aportar a la colectividad los distintos individuos que la componen.

La importancia fundamental de la colectividad hace que adquiera la mayor trascendencia el que los individuos participen en la determinación de los valores, fines y actuaciones que se van a desarrollar en esa colectividad. La participación de los individuos en la determinación de las políticas y las leyes que se adopten ha sido crucial, en realidad, desde el momento en que son las que sirven para determinar cómo se ha de respetar, reconocer y proteger los planes de vida de las personas, por eso la participación política de las personas forma parte esencial de la historia de los derechos fundamentales. Así señalaba antes que la dimensión de la libertad que significa el que cada ciudadano pueda diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución, sólo tiene sentido desde el momento en que la misma se compagina con la posibilidad de participar en la toma de todas aquellas decisiones que le afecten, y, extendiendo esta idea, en la construcción del marco político y jurídico en que va a ser posible que se desarrollen esos planes de vida. Ahora lo que pretendo es subrayar dos nuevas razones, esencialmente unidas, que ahondan en la importancia de la participación política, jurídica y social de los individuos, y que implican que la participación ha de ser, en todo caso, mucho más amplia que la realizada sólo en aquellas materias que directamente nos afecten. La primera, porque es en esos ámbitos -político, jurídico y social-, donde se va a establecer cómo se ha de llegar a ese objetivo colectivo último antes señalado. La segunda, porque hay que asegurar que realmente se esté siempre actuando para la efectiva consecución de ese objetivo. Es necesario, en este sentido, tener presente que los individuos evolucionan y las colectividades evolucionan con ellos, por eso hay que asegurarse, a través de la participación política, jurídica y social, de que la evolución de la colectividad se produce en el sentido deseado por los individuos. Hay que estar alerta, porque cualquier intento de mantener inalterable la colectividad, el "espíritu" de la colectividad, sea lo que sea lo que con ello se quiera significar (el espíritu de una raza, de una comunidad, de un imperio, de unas tradiciones milenarias, de unos valores religiosos, etc.), sólo se podrá hacer a costa de impedir el libre desarrollo de los planes de vida de los individuos.

Respecto a las medidas de discriminación inversa, estoy aludiendo con este término a aquellas medidas conforme a las cuales se beneficia a una persona que se encuentra en una situación de desventaja social a fin de que pueda desarrollar sus planes de vida, pero implicando con ello el sacrificio directo de otra persona, un perjuicio directo en el desarrollo de otros planes de vida. Un sacrificio que encontraría su justificación al darse el salto del individuo al colectivo, siempre que con dicha medida se esté consiguiendo el que el mayor número posible de personas desarrolle al máximo posible sus planes de

vida, lo que también supone que no se esté impidiendo o dificultando gravemente que la persona que realiza el sacrificio pueda desarrollar sus propios planes de vida, aunque haya que tener presente que, como antes señalé, sí supone un límite en el desarrollo de planes de vida que son considerados aceptables por la colectividad.

Hasta ahora las medidas de discriminación inversa se han justificado únicamente, y no sin polémica -todavía abierta-, para beneficiar, a través de lo que se conoce como cuotas o reservas de plazas para el acceso a ciertos bienes escasos, como son puestos de trabajo o plazas de universidad, a las personas que se encuentran en una situación de desventaja social por pertenecer a uno de los colectivos – en nuestro ámbito jurídico hasta ahora de forma casi exclusiva a mujeres o personas con discapacidad- que se encuentra en una situación de desventaja social a causa de haber sido objeto tradicionalmente, y de seguir siéndolo en alguna medida, de políticas y prácticas discriminadoras²⁷; requisito que, como la propia Ley reconoce en la Exposición de Motivos, se sigue dando con respecto a las personas con discapacidad: "Dos razones justifican esta nueva ley: la persistencia en la sociedad de desigualdades...". Comparto, como se colige de lo que llevo dicho, la legitimidad de esas medidas de discriminación inversa. Sin embargo, no veo por qué las mismas no han de beneficiar igualmente a personas individualmente consideradas, no por su pertenencia a un determinado colectivo. El elemento relevante para la exigencia de ese sacrificio a terceras personas es que realmente sea necesario para que una persona en desventaja social pueda efectivamente desarrollar sus planes de vida, y esa circunstancia ha de observarse en un individuo concreto. El hecho de que se aplique a colectivos (o, más exactamente, a individuos por pertenecer a ciertos colectivos), creo que sólo se justifica si se sigue dando una situación de desventaja social por prácticas discriminatorias hacia ese colectivo y porque, por consiguiente, se presupone que por pertenecer a ese colectivo se parte de una situación de desventaja social. Pero creo que, por las mismas razones, esa presunción debe de ceder cuando se constate fehacientemente que en un caso concreto es manifiesto que otra persona -que no pertenece a ese colectivo beneficiado, en principio, por la medida de discriminación inversa- está más necesitada para el desarrollo de sus planes de vida de esa medida favorecedora que la persona que pertenece a ese colectivo tradicionalmente discriminado.

Por otra parte, si las medidas de discriminación inversa se han reconducido en la práctica a lo que se conoce como cuotas o reservas de plazas para el acceso a ciertos bienes escasos, creo que al respecto sí puedo señalar unas preferencias sobre las distintas formas en que se han articulado²⁸.

²⁷ Así, para Giménez Gluck: "Las medidas de discriminación inversa son las acciones positivas que consisten en cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad (puestos de trabajo, listas electorales, contratos con la Administración, plazas universitarias, etc.)". (En GIMÉNEZ GLUCK, DAVID, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 77; dedicando las siguientes páginas a un estudio más detallado de las mismas).

²⁸ Opto en el texto principal por una terminología que me parece que es clara en cuanto al sentido de lo que quiero decir, aunque soy consciente de que a este respecto existe, como bien advierte María Ángeles Martín, una confusión terminológica en la doctrina, de la que

Me parece adecuado el criterio de fijar un porcentaje para el acceso a puestos en determinados sectores infrarrepresentados siempre que ese porcentaje se establezca como vía para conseguir acabar con una situación de discriminación real vivida por un determinado colectivo y para anular la desventaja social de la que parten los individuos de ese colectivo para acceder a esos puestos y, así, poder desarrollar sus planes de vida²⁹. Sin embargo, el porcentaje no ha de ser entendido como un objetivo rígido de necesario cumplimiento, independientemente de las circunstancias concretas que se den. De esta manera, hay que aceptar que para el acceso, por ejemplo, a un puesto concreto de trabajo, la persona que accede debe de tener los conocimientos suficientes para desempeñar satisfactoriamente las funciones que vaya a ejercer; de otra manera se estaría perjudicando -con mayor o menor intensidad, en función del puesto de trabajo de que se trate- a la colectividad (a los planes de vida de los individuos de esa colectividad), lo que, en principio, haría injustificada a esa medida de acción positiva. Tampoco es necesario que se limite la medida de discriminación positiva a los casos de desempate, en los que haya igualdad de méritos entre los concurrentes al puesto que se trate. Habrá, más bien, que observar lo razonable de la medida impuesta y como funcionan en su aplicación al caso los criterios del mérito y la capacidad y la ponderación respecto a la necesidad del puesto y las situaciones de desventaja social que afectan a los concurrentes al mismo. Y, por otra parte, pero directamente relacionado con el punto anterior, creo que hay que rechazar las cuotas rígidas, por que impiden tomar en consideración los casos concretos que puedan darse, y admitir la legitimidad de las cuotas flexibles, las que funcionan con una cláusula de apertura. El establecimiento de cómo se ha de articular el funcionamiento de estas cláusulas ha de ser el producto de un necesario debate público, atendiendo al objetivo último de la consecución por el mayor número posible de personas del máximo desarrollo posible de sus planes de vida.

Por último, señalaba antes otra importante perspectiva que entiendo que está directamente ligada a la relevancia propia que ha de adquirir la colectividad, y es que no se puede concebir a las personas pertenecientes a esos colectivos tradicionalmente discriminados solamente como personas que han de beneficiarse de las acciones de la colectividad, sino que se les ha de considerar también como necesaria parte activa de esa colectividad. Esas personas, como cualquier persona de la sociedad, ha de contribuir al objetivo último aquí señalado, su aportación es absolutamente necesaria, y como tal ha de ser valorada y favorecida por todos los otros miembros de la colectividad. Es en este sentido que, respecto de las personas con discapacidad, decían las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con

también participará en alguna medida. (Véase al respecto en MARTÍN VIDA, MARÍA ÁNGELES, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, prólogo de Gregorio Cámara Villar, colección monografías, Civitas, Madrid, 2003, cap. 2, pp. 35-53, especialmente en pp. 48-49).

²⁹ A la reserva de plazas en puestos de trabajo por cuotas a través de porcentajes se refería expresamente la LISMI en su artículo 38.1: "Las Empresas públicas y privadas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de 50 vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100 de la plantilla". Una cuota que subirá, según anunció el Gobierno en junio de 2004, al reservarse el 5 por ciento de las Ofertas Públicas de Empleo -empezando por la próxima- para personas con discapacidad.

Discapacidad, en su artículo 1 y 10.1, respectivamente: "Los Estados deben adoptar medidas para hacer que la sociedad tome mayor conciencia de las personas con discapacidad, sus derechos, sus necesidades, sus posibilidades y su contribución"; y: "Los Estados velarán por que las personas con discapacidad tengan oportunidad de utilizar su capacidad creadora, artística e intelectual, no solamente para su propio beneficio, sino también para enriquecer a su comunidad...".

