



A/19/

ANALES
DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD
Nº 4, junio 2019, Año IV.

ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD

Consejo Editorial

Presidente

Luis Cayo Pérez Bueno

Miembros

Rafael de Lorenzo García

Esperanza Alcaín Martínez

Edición

Antonio-Luis Martínez-Pujalte López

Coordinación

Beatriz de Miguel Vijandi

Ediciones cinca

A/19/ ANALES
DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD
N.º 4, junio 2019, Año IV.

Con el apoyo de:



PRIMERA EDICIÓN: julio, 2019

© DE ESTA EDICIÓN: Fundación Derecho y Discapacidad y CERMI, 2019.

© DEL TEXTO: Sus autores.

Reservados todos los derechos.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

La responsabilidad de las opiniones expresadas en esta obra incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que Ediciones Cinca se identifique con las mismas.

DISEÑO DE LA COLECCIÓN:

Juan Vidaurre

PRODUCCIÓN EDITORIAL,

COORDINACIÓN TÉCNICA

E IMPRESIÓN:

Grupo Editorial Cinca

c/ General Ibáñez Íbero, 5A

28003 Madrid

Tel.: 91 553 22 72.

grupoeditorial@edicionescinca.com

www.edicionescinca.com

DEPÓSITO LEGAL: M-29016-2016

ISSN: 2530-4011

A/19/ ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD Nº 4, junio 2019, Año IV.

ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD

ESTUDIOS:

Rafael de Lorenzo García
Esperanza Alcaín Martínez
Sonia Olea Ferreras
Jesús Martín Blanco
Susana Montañez Heredia
Antonio-Luis Martínez-Pujalte
Elva Rodríguez Ruiz
María del Mar Rojas Buendía
José Luis Quintana Cortés
Antonio Ramón Rodríguez Castaño

TRABAJOS FIN DE MÁSTER:

Laura Marín Cáceres
Adrián Elizalde Berruezo
Raúl Navarro Membrilla

NOTAS:

Miguel Ángel Cabra de Luna

MATERIALES:

Propuesta del CERMI

ÍNDICE

ESTUDIOS

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA. BARRERAS QUE MENOSCABAN SU EJERCICIO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Rafael de Lorenzo García	11
CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS “APOYOS” A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO PARTE INTEGRANTE DEL CONCEPTO DE “ALIMENTOS” DEL ARTÍCULO 142 DEL CÓDIGO CIVIL Esperanza Alcaín Martínez	33
LA VIVIENDA: UN DERECHO HUMANO LEJANO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA Sonia Olea Ferreras y Jesús Martín Blanco	49
LA ASISTENCIA PERSONAL Y SU CUMPLIMIENTO. OBSERVACIONES DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL ARTÍCULO 19 DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Susana Montañez Heredia	67

DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LA PROPUESTA DE INCORPORAR UN CÓDIGO QR A LAS PAPELETAS ELECTORALES PARA PERMITIR EL SECRETO DEL VOTO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD VISUAL EN TODOS LOS COMICIOS, INCLUIDOS LOS LOCALES	
Antonio-Luis Martínez-Pujalte	89
DAÑO SOBREVENIDO, INCAPACIDAD, DISCAPACIDAD Y EMPLEO	
Elva Rodríguez Ruiz	97
DISCAPACIDAD Y COMUNIDADES INDÍGENAS. UNA VISIÓN DESDE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	
María del Mar Rojas Buendía	111
LA RESERVA DE CONTRATOS PARA CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO	
José Luis Quintana Cortés y Antonio Ramón Rodríguez Castaño	139
TRABAJOS FIN DE MÁSTER	
LA CONTRATACION PÚBLICA RESPONSABLE: LAS CLÁUSULAS SOCIALES, ¿MECANISMO PARA CONSEGUIR EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACION DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD?	
Laura Marín Cáceres	159
DERECHO A LA IGUALDAD EN RELACION CON LAS ENFERMEDADES POCO FRECUENTES	
Adrián Elizalde Berruezo	179

HACIA UN SISTEMA JUDICIAL INCLUSIVO Raúl Navarro Membrilla	201
---	-----

NOTAS

ASIMILACIÓN DE LAS SITUACIONES LEGALES DE SEGURIDAD SOCIAL DE INCAPACIDAD PERMANENTE AL RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD: SENTENCIAS 993/2018 Y 992/2018 DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU EFECTO Miguel Ángel Cabra de Luna	227
--	-----

IMPACTO EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/882 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 17 DE ABRIL DE 2019 SOBRE LOS REQUISITOS DE ACCESIBILIDAD DE LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS Miguel Ángel Cabra de Luna	241
--	-----

MATERIALES

PROPUESTA DEL CERMI DE PROPOSICIÓN DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE, PARA ESTABLECER Y REGULAR LA ACCESIBILIDAD COGNITIVA Y SUS CONDICIONES DE EXIGENCIA Y APLICACIÓN	253
---	-----

Rafael de Lorenzo García

Profesor Titular de la UNED

Secretario General de la Fundación Derecho y Discapacidad



EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA. BARRERAS QUE MENOSCABAN SU EJERCICIO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Fundamentos normativos. 2.1. La Convención y las Reglas de Brasilia. 2.2. Legislación nacional. –3. La tutela judicial efectiva. –4. Singularidades de los distintos órdenes jurisdiccionales. –5. Otras medidas específicas en el ámbito de la justicia: el Foro Justicia y Discapacidad.

1. INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia es un principio básico del Estado de Derecho y un derecho instrumental esencial para hacer valer los demás derechos humanos, restablecer derechos y resarcir a las víctimas, entre otras cosas. Constituye una concreción inmediata del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama y garantiza el artículo 24 de la Constitución Española, así como el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El derecho de acceso a la justicia incluye un acceso a los tribunales en igualdad de condiciones y la igualdad ante estos. Y en el caso de las personas con discapacidad, la garantía de este derecho es, además, fundamental para combatir la marginación social y económica.

Las personas con discapacidad pueden estar involucradas en un proceso judicial en diferentes roles (como testigos, investigados, víctimas, o como operadores jurídicos), y en cada uno de ellos pueden experimentar diversas necesidades y/o enfrentarse a barreras de naturaleza variada. Las características particulares de la persona con dis-

capacidad, combinadas con el entorno policial y procesal, tienen como consecuencia que las personas con discapacidad pueden experimentar una situación de mayor vulnerabilidad en cuanto al acceso a la justicia porque afrontan múltiples barreras.

Mi objetivo con este artículo es poner de relieve algunas de estas barreras y exponer los fundamentos normativos que funcionan como herramienta para derribarlas. Para ello, en primer lugar, apuntaré brevemente a los fundamentos normativos sobre los que se apoya el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, y el concepto de tutela judicial efectiva. Posteriormente destacaré algunas singularidades que afectan a las personas con discapacidad en los procedimientos en los distintos órdenes jurisdiccionales, concretamente el civil y el penal. Seguidamente, mencionaré algunas medidas específicas en el ámbito de la justicia.

2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

2.1. La Convención y las Reglas de Brasilia

El derecho de acceso a la justicia supone que la ciudadanía tenga la posibilidad real de acceder al sistema de justicia en igualdad de condiciones y con todas las garantías, así como que obtengan un pronunciamiento judicial en un tiempo prudencial. Y los ajustes de procedimiento son las adaptaciones o flexibilizaciones que se pueden realizar en los procedimientos que permiten reducir la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad en estos contextos y a que los entornos respondan a las necesidades diversas de cada persona.

El primer fundamento normativo se encuentra en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención), un Tratado Internacional de Derechos Humanos válidamente firmado y ratificado por España y en vigor desde el 3 de mayo de 2008. De acuerdo al artículo 96 de la Constitución Española (en adelante, la CE) forma parte del ordenamiento jurídico interno. De acuerdo al artículo 10.2 de la CE, la Convención, además, es un instrumento de interpretación de los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce.

El alcance del mencionado artículo 10.2 debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, a su vez, no puede obviar la interpretación que realicen los Comités de Naciones Unidas acerca de la Convención. De esta forma, el Tribunal Constitucional interpreta que la Convención “*no solo forma parte de nues-*

tro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que, además, [...] las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales” (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ5). La Convención establece que la discapacidad se produce al interactuar la persona que presenta una deficiencia con las barreras presentes en el entorno. Por tanto, si somos capaces de identificar y eliminar o minimizar dichas barreras, estaremos atenuando la discapacidad.

En particular, voy a destacar los artículos 5, 12 y 13 de la Convención, y los derechos que de ellos se extraen en relación con el acceso a la justicia.

Artículo 5. Igualdad y no discriminación¹. De este artículo resultan tres conclusiones para las personas con discapacidad:

1. El reconocimiento de la igualdad ante la ley y derecho a igual protección legal
2. Prohibición de discriminación por motivos de discapacidad
3. Obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar los ajustes razonables

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley². De este artículo resultan tres conclusiones:

¹“1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.
4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

²“1. (...) Las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. (...) Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con (...) los derechos humanos.”

1. Reconocimiento de la personalidad jurídica
2. Reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones
3. Apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica

Artículo 13. Acceso a la justicia³. De este artículo resultan tres conclusiones:

1. Concreción de los artículos 5 y 12 para el acceso justicia en igualdad de condiciones
2. Ajustes de procedimientos
3. Capacitación del personal de la Administración de Justicia

El artículo 13 implica un aldabonazo en los sistemas judiciales internos pues configura “el acceso a la justicia de las personas con discapacidad” como el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permiten sin discriminación alguna, la utilización del servicio público de la Justicia para conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos en igualdad con los demás, mediante los apoyos personales o técnicos necesarios, para adecuar su grado de autonomía personal en este ámbito.

El apartado primero implica la necesidad de adaptación de la administración de justicia desde una doble perspectiva:

A) La perspectiva física: que debe guiarse por la accesibilidad universal o diseño para todos, así implica la necesidad de la adaptación real del órgano judicial para la plena protección de la persona con discapacidad, mediante la creación de nuevos espacios que garanticen la accesibilidad a la justicia (medios de transporte adecuados para que los ciudadanos lleguen a las sedes judiciales, accesibilidad del inmueble, condiciones de espera, colocación física de los profesionales sin escalones, estrados o banquillos, en espacios cómodos y accesibles). La persona con discapacidad ante el proceso exige que la Administración de Justicia adopte el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permitan sin discriminación alguna, la utilización de los servicios judiciales, para conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos, en igualdad con los demás.

³“1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

B) La perspectiva sustantiva o de participación de la persona con discapacidad en el proceso, ya sea como actor o demandado, testigo, jurado o demás partes intervinientes en el proceso de modo que puedan ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad con las demás personas.

Asegurar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad implica, entre otras cosas, la necesidad de realizar ajustes de procedimiento como “medio para hacer valer efectivamente el derecho a un juicio imparcial y el derecho a participar en la administración de justicia”, es decir, un elemento intrínseco del derecho de acceso a la justicia.

Así, por ejemplo, en orden al derecho de información, supondría que la persona con discapacidad sea debidamente informada desde el inicio del proceso, por parte de todas las autoridades correspondientes, y de la naturaleza de su participación en todas las diligencias en que sean requeridos, explicando de forma clara y sencilla el objetivo el posible resultado de la intervención.

Ejemplos sobre ajustes de procedimiento: la prestación de servicios de interpretación en lengua de signos, información jurídica y judicial en formatos accesibles y medios de comunicación diversos, como las versiones de documentos en lectura fácil o braille y las declaraciones por vídeo. De forma que, en función de cada discapacidad habrá de hacerse efectivo este derecho (discapacidad cognitiva: lenguaje sencillo, discapacidad auditiva: intérpretes, discapacidad visual: dispositivos auditivos, etc.).

El derecho a la intimidad y a la propia imagen exige que en el proceso tanto la autoridad judicial como el fiscal controlen que en ningún momento pueda lesionarse, a través de publicaciones, exposiciones o reproducciones.

Además, afecta a todos los órdenes jurisdiccionales, ya sea el civil, penal, contencioso-administrativo o social. También en esa necesidad de adaptación han de consagrarse los principios de accesibilidad, derechos a la información, autonomía personal o participación efectiva en todas las fases procesales.

Los poderes públicos deben impulsar la capacitación del personal de la administración de justicia e implica que las autoridades judiciales, el ministerio fiscal, y el personal de apoyo a cargo del proceso deberán recibir la debida formación, mediante el diseño de programas y cursos especialmente encaminados a la sensibilización de los operadores jurídicos ante la situación de la persona con discapacidad.

La falta de ajustes de procedimiento pudiera resultar en una exclusión de facto de personas con discapacidad en el acceso a la justicia, generando una indefensión a la persona. Si bien no me voy a detener en los ejemplos concretos de los ajustes de procedimiento, puesto que hay ya algunas guías al respecto, concretamente la que ha elaborado Plena Inclusión sobre ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y de desarrollo⁴.

Además de la Convención, aunque no tienen la misma fuerza vinculante, hay que destacar también las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Se aprobaron en la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008, y son criterios que profundizan en la garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de la Justicia.

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) las ha tenido en cuenta en sus Guías de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las personas con Discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia⁵.

Las Reglas de Brasilia afirman que *“Se consideran en situación de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentren especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”*, de forma que entre dichas causas se encuentra la discapacidad.

Las medidas para asegurar accesibilidad al sistema de justicia incluirán todas aquellas destinadas a *“utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación”*.

Así, las Reglas de Brasilia ofrecen:

- 1) **Medidas para garantizar el acceso a la justicia**, como son:
 - a) Cultura jurídica: proporcionar información básica sobre derechos, procedimientos y requisitos para su ejercicio.

⁴DE ARAOZ, I. (2019), “Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual o del desarrollo”. Plena Inclusión.

⁵CGPJ (2011), “Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia”. Consejo General del Poder Judicial.

- b) Asistencia legal y defensa pública: de calidad, especializada y gratuita.
- c) Derecho a intérprete: dar a conocer alguna resolución o prestar declaración o ser interrogado.
- d) Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales con el objetivo de hacerlos más accesibles, adoptando medidas:
 - Procesales: (i) simplificación acceso y legitimación; (ii) oralidad; (iii) elaboración de formularios de fácil manejo; (iv) prueba anticipada antes del agravamiento de la enfermedad o discapacidad y evitar reiteraciones.
 - De organización y gestión judicial: (i) agilizar y dar prioridad a situaciones vulnerabilidad; (ii) coordinación entre instituciones del sistema de justicia; (iii) especialización de los profesionales del sistema judicial y creación de órganos especializados; (iv) actuación de equipos multidisciplinares; (v) acercamiento de los servicios del sistema de justicia a los grupos en situación de vulnerabilidad.
- e) Impulso de la mediación, arbitraje, conciliación y otros medios alternativos de resolución de disputas que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, siempre que las circunstancias concretas de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconsejen.

2) **Garantías en los actos judiciales**, como son:

- a) Información procesal o jurisdiccional: garantizar la debida información sobre los aspectos relevantes del proceso, mediante las siguientes medidas:
 - Contenido de la información: aportar la información pertinente para la protección de sus intereses (apoyo o asistencia jurídica que puede recibir, derechos que le asisten en relación con el proceso, servicios u organizaciones a los que dirigirse para recibir apoyo...).
 - Tiempo de la información: desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación.
 - Forma o medios para el suministro de la información: considerar las condiciones específicas de la persona, asegurando que la información llega al destinatario y que es comprendida por éste.
 - Disposiciones específicas relativas a la víctima: deberá informarse específicamente sobre las posibilidades de obtener la reparación del daño, los medios judiciales disponibles para ejercitar las acciones, las fases relevantes del desarrollo del proceso y todas las resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional durante la tramitación del mismo.
- b) Comprensión de las actuaciones judiciales: reducir las dificultades de comprensión del acto judicial, sean notificaciones, requerimientos, resoluciones judiciales o actuaciones orales.

- c) Comparecencia en dependencias judiciales:
 - Información sobre la comparecencia: informar sobre celebración y contenido de la comparecencia (descripción de la sala, familiarización con los términos legales, etc.).
 - Asistencia al acto: antes y durante la comparecencia, se procurará la asistencia por personal especializado.
 - Condiciones de la comparecencia: (i) el lugar debe ser cómodo, accesible, seguro y tranquilo, procurándose que no coincidan la víctima y el inculpado; (ii) debe hacerse esperar el menor tiempo posible a la persona y evitar comparecencias innecesarias; (iii) el lenguaje deberá adaptarse a las condiciones de la persona (grado de madurez, nivel de estudios, capacidad intelectual, etc.).
 - Seguridad de las víctimas: se adoptarán las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de las víctimas y que sean oídas.
 - Accesibilidad de personas con discapacidad: se facilitará su asistencia y se promoverá la reducción de barreras arquitectónicas.
 - Participación de menores: debe facilitarse su comprensión del acto y evitar los formalismos innecesarios.
- d) Protección de la intimidad: no publicidad de las actuaciones judiciales, prohibición difusión imágenes, protección de datos.

2.2. Legislación nacional

En la Legislación española los fundamentos jurídicos del acceso a la justicia de las personas con discapacidad y su regulación se podría enmarcar en los siguientes instrumentos normativos:

- Constitución Española
- La Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social
- Ley de enjuiciamiento criminal
- Estatuto de la víctima del delito
- Ley de enjuiciamiento civil

Además, existen algunos precedentes relevantes en España que pueden considerarse avanzados. Concretamente voy a destacar la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la justicia, aprobada por unanimidad el 16 de abril de 2002 en el Congreso de los Diputados como proposición no de ley, que incorpora previsiones específicas en materia de discapacidad en la parte segunda, apartado “Protección de *discapacitados* (sic)”:

- 1) Reconoce que el ciudadano con discapacidad *física o psíquica* podrá “ejercitar con plenitud” los derechos de la Carta y de las leyes procesales.
 - a) Comparecencia sólo cuando sea estrictamente necesario.
 - b) Provisión de los edificios de servicios auxiliares que faciliten acceso y estancia.
- 2) Derecho al uso de medios técnicos/intérprete de signos para obtener la información solicitada y la práctica de actuaciones procesales.
 - a) Promoción del uso de medios técnicos (videotexto, grabación sonora, braille).
 - b) Comprobación de que el acto de comunicación llega a conocimiento efectivo del destinatario.

3. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Las singularidades de la posición de las personas con discapacidad en los distintos órdenes jurisdiccionales están esencialmente ligadas a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de dichas personas.

La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la Constitución: *“Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”*

Para el Tribunal Constitucional (TC), el derecho a la tutela judicial efectiva constituye una garantía universalmente reconocida, consistente en el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener de los tribunales una resolución motivada, sin que pueda sufrirse indefensión por no permitirles ejercer todas las facultades que legalmente tienen reconocidas (STC 6/2018, de 22 de enero; STC 182/2008, de 11 de febrero).

La protección de esta garantía recae en los órganos judiciales y presupone la existencia del llamado “derecho a la jurisdicción”, que permite la defensa jurídica de todos los derechos mediante un proceso garantizado (reglado), en el que ser oído y se permita la práctica de las pruebas, cuya declaración final esté en manos de un órgano jurisdiccional independiente que valore adecuadamente el caso.

Es un derecho de configuración legal, esto es, que debe ejercerse a través de los cauces que establece el legislador. Y es un derecho de contenido complejo, que incluye:

- Derecho a la no indefensión
- Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley
- Derecho a la defensa
- Derecho a la asistencia del letrado
- Derecho a ser informado de la acusación
- Derecho a un proceso público
- Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas
- Derecho a un proceso con todas las garantías
- Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes
- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable
- Derecho a la presunción de inocencia

La garantía última de la tutela judicial efectiva es el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Y en lo que respecta a la discapacidad, el acceso al proceso y la indefensión son los aspectos más relevantes.

La prohibición de indefensión implica, en otros aspectos, que las partes dispongan en posición de igualdad de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimen conveniente (STC 172/2016, de 17 de octubre y STC 130/2001, de 4 de junio).

Si los procedimientos no contienen los ajustes necesarios para garantizar la participación en una igualdad de condiciones real –incluyendo la capacitación adecuada del personal que trabaja en la Administración de Justicia– difícilmente podrá conseguirse dicha posición de igualdad exigida por la Convención.

La interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva respecto a las personas con discapacidad debe realizarse en conexión con la Convención (STC 7/2011).

Pero no hay que olvidar que la propia CE contiene resortes suficientes, reforzados y amplificados por la Convención, para garantizar la tutela judicial efectiva a las personas con discapacidad.

El artículo 24.1 de la Carta Magna proclama que “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Nótese que la protección abarca a “todas las personas...” y que “sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Estas afirmaciones omnicomprendivas y rotundas descartan cualquier posibilidad exegética que pudiera dejar fuera de su amparo a un colectivo como el de las personas con discapacidad.

Pero hay que recordar que el artículo 49 subraya que “...a los que ampararán especialmente para el disfrute de todos los derechos...”.

Puestos en conexión ambos preceptos constitucionales, se concluye sin esfuerzo que el mandato del artículo 24.1 está especialmente reforzado y amplificado por el del artículo 49, y que la falta de protección jurídica suficiente que implique un menoscabo de la tutela judicial efectiva nos conduce a que la protección de las personas con discapacidad en estos supuestos se apoya, no en los mecanismos de protección del 49, sino en los intrínsecos a un derecho fundamental, como es el de la tutela mencionada. Sobre este manto de protección planea un precepto basilar como es el artículo 9.2 CE, que impone a los poderes públicos a “...remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”. Lo que necesariamente nos conduce a la puesta en marcha de medidas de discriminación / acción positiva para remover dichos obstáculos cuando ello afecte al ejercicio de un derecho por parte de las personas con discapacidad, y mucho más si estamos en presencia de un derecho fundamental.

4. SINGULARIDADES DE LOS DISTINTOS ÓRDENES JURISDICCIONALES

A. Cuestiones previas

Como he comentado antes, el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad afecta a todos los órdenes jurisdiccionales, ya sea el civil, penal, contencioso-administrativo o social. También en esa necesidad de adaptación han de consagrarse los principios de accesibilidad, derechos a la información, autonomía personal o participación efectiva en todas las fases procesales.

Hay que destacar la relevancia de la Convención y el cambio de paradigma que ha supuesto sobre las personas con discapacidad. La regulación en la Convención del acceso a la justicia obliga a realizar una revisión general de los procedimientos de garantía de la tutela judicial efectiva.

Diversos factores que afectan a la posibilidad de las personas con discapacidad de acceder a la justicia en condiciones de igualdad:

- Cumplimiento de las condiciones de accesibilidad relativa a los contenidos que afectan a las personas con discapacidad sensorial, pero, sobre todo, a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial.

- Cierta “estigma” en torno a las personas con discapacidad intelectual y psico-social que genera que se reste credibilidad a sus testimonios y se dificulte con ello la detección de situaciones de abuso/desincentivo de denuncias.

En los diferentes órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo o social) pueden ponerse de manifiesto singularidades específicas en materia de discapacidad.

Aunque en todas las jurisdicciones deben salvaguardarse las garantías (procesos sancionadores en el orden contencioso, reconocimiento del grado de discapacidad o relaciones laborales en lo social), es en los órdenes civil y penal en los que se ha manifestado una mayor problemática.

Antes de continuar, hay que tener en cuenta las distintas perspectivas del acceso a la justicia de las personas con discapacidad:

- Acceso a la justicia en relación con el proceso: intervención en los procesos, accesibilidad física y de comunicación (acceso real y efectivo). Accesibilidad y ajustes razonables. La particular relevancia de la comunicación.
- Singularidades de los órdenes civil y penal.
- La participación de las personas con discapacidad en la Justicia: el jurado.

B. Referencia al orden civil

Es en el ámbito civil en el que se ha suscitado un mayor debate y está en el centro de la conversación sobre la aplicación de la Convención, ya que es el área que trata la capacidad de obrar de la persona. La incidencia, por tanto, es particular respecto de la persona con discapacidad intelectual.

El 21 de septiembre de 2018 se aprobó por el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que modifica el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la del Registro Civil. La reforma afecta particularmente al régimen de tutela, como régimen de sustitución (y que es el más aplicado en la práctica) y no de apoyo puntual. Como era de temer, dicho proyecto no pudo ser aprobado antes de finalizar la Legislatura, pero albergamos esperanzas de que en la nueva Legislatura se retome y apruebe el proyecto.

Con carácter general, en el procedimiento judicial, se valora la capacidad de las partes al inicio del proceso (arts. 6 a 9 Ley Enjuiciamiento Civil).

- Si existe sentencia que modifica el régimen de la capacidad, se estará a esta. Lo más frecuente es un régimen de tutela, por lo que es el representante/tutor el que actúa en nombre de la persona con discapacidad.
- Si no existe sentencia modificativa de la capacidad, en teoría, toda actuación se presume válida (en su caso, anulable por vicio del consentimiento). Por ello, la posición procesal será como la de una persona sin discapacidad.
- En la práctica, en los supuestos en los que existan indicios de que concurre una discapacidad que pueda afectar a la posición jurídica de la persona, se acude a la representación legal y, si no existe, se nombra a un defensor judicial para que le represente y asista para comparecer en el juicio. El Ministerio Fiscal, si aprecia esta circunstancia, insta el procedimiento de modificación de la capacidad.
- Existen particularidades en los procesos de modificación de la capacidad.

Habrá que estar a los cambios que se introduzcan en el Código Civil (CC) y Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para trasladar la Convención y el sistema de apoyos al régimen de la capacidad y, por tanto, cómo se produce la participación de las personas con discapacidad (especialmente, intelectual) en el proceso.

En la actuación como testigos:

- En la LEC (art. 361), la idoneidad para ser testigo se refiere a *“todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”*.
- Recientemente, se ha modificado en la regulación del CC la posibilidad de testificar en el testamento (que excluía a *“los ciegos y los totalmente sordos o mudos”*, así como a *“los que no estén en su sano juicio”*). Ahora establece que no podrán ser testigos en los testamentos *“los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical”*.

En la actuación de las personas con discapacidad como interesados, resulta muy relevante la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2011, de 14 de febrero, pues estableció su doctrina vinculando la tutela judicial con la Convención. En el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional recordó que el órgano judicial, siendo manifiesta e inequívoca la voluntad del recurrente de comparecer personalmente en el procedimiento de incapacitación, y aunque este no solicitó formalmente la designación de profesionales del turno de oficio, no ofreció al recurrente la oportunidad de reparar esa

omisión para que pudiera hacer efectiva su oposición a la demanda, generando con ello una indefensión con relevancia constitucional.

Así, el Tribunal señaló que, en un proceso de incapacitación, el derecho a la asistencia letrada y a la defensa previstos en el artículo 24.2 CE “*despliega todo el potencial*”, y ello “*no solo por lo esencial de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan sino por la situación de presunta incapacidad del sometido a este procedimiento*”, aplicando el artículo 13 de la Convención.

La asistencia letrada normalmente se ha vinculado de forma más estricta con los procedimientos penales. No obstante, las características inherentes a los procesos sobre incapacitación de las personas y la exigencia legal de que las partes que deban comparecer en dichos procesos lo hagan asistidas de abogado y representadas por procurador imponen la necesidad de que los órganos judiciales, en aras de hacer efectivo el derecho a la defensa y la asistencia letrada, adopten las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan al interesado el poder hacer efectiva su voluntad de comparecer en el procedimiento en defensa de sus intereses legítimos, extremando para ello todas las cautelas.

Es la primera vez que el Tribunal Constitucional aplica la Convención, recuerda que toda restricción o limitación de la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad y exige, de forma crítica, una actitud reforzada para preservar los derechos de las personas sometidas a estos procesos, evitando situaciones de indefensión material. Y se ha aplicado en posteriores sentencias (STC 31/2017, de 27 de febrero).

C. Referencia al orden penal

La tutela judicial efectiva tiene una intensidad y relevancia especial en el ámbito penal.

Destaco en primer lugar la reciente incorporación del concepto de *discapacidad* y el de la *persona con discapacidad necesitada de especial protección* (art. 25 del Código Penal) frente a los términos “*incapaz*” y “*minusvalía*” previos.

Voy a referirme ahora a tres posibles perspectivas de la persona con discapacidad en este ámbito: la persona con discapacidad como autor de delitos, como víctima o como parte del jurado.

1. La persona con discapacidad como AUTORA de delitos

El Código Penal (CP) diferencia entre la discapacidad física y la intelectual en las causas de imputabilidad. En el caso de la discapacidad intelectual, las circunstancias de inimputabilidad serán:

- El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica (oligofrenias, retrasos mentales, psicosis, neurosis, etc.), no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (art. 20. 1º CP).
- El que, por sufrir alteraciones en la percepción (ceguera, sordomudez, autismo, etc.) desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad (art. 20. 3º CP).

Aplicación:

- Inimputabilidad total: circunstancia eximente (20 CP). Exención de pena. Se podrá además imponer una medida de seguridad en atención a la peligrosidad criminal.
- Inimputabilidad parcial (no concurren todos los elementos): eximente incompleta (21 CP). Atenuación privilegiada de pena y posibilidad de medida de seguridad (104 CP).
- Inimputabilidad de menor intensidad, menor incidencia: atenuante analógica (21.7 CP). Atenuación de la pena.

2. La persona con discapacidad como VÍCTIMA de delitos

- a) Existen, esencialmente, tres formas de referirse a la discapacidad como elemento a tener en cuenta en la configuración del tipo penal/determinación de la pena:
 - Discapacidad como circunstancia sospechosa de discriminación.
 - Personas con discapacidad necesitadas de especial protección.
 - Discapacidad como razón que convierte a una persona en víctima especialmente vulnerable (problema de distinción).
- b) El Estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015) tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos. Contiene una serie de previsiones en materia de discapacidad, entre otras:

- Derecho a entender y ser entendida (art. 4): las comunicaciones con las víctimas se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, teniendo en cuenta sus características personales (especialmente, las necesidades de personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental). Si la persona tuviera la capacidad judicialmente modificada, las comunicaciones se harán a su representante o la persona que le asista. Se facilitarán asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender ante ellas (interpretación en lengua de signos, apoyo a la comunicación oral).
 - Derecho a la información.
 - Derecho a la traducción e interpretación.
 - Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo.
 - Consideración de las opiniones e intereses de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección en la valoración de las necesidades de la víctima y la determinación de las medidas de protección.
 - Regulación específica de las medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.
 - Refuerzo de la protección de la intimidad.
- c) Relevancia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2014 de 22 de mayo (Rec. 2818/2012).

Según esta sentencia, el TC ampara los derechos de una persona con discapacidad intelectual que había sido condenado en ausencia (no compareció al juicio oral pese a que fue citado) como autor de un delito de robo con fuerza, por entender que no se le facilitaron los recursos necesarios para entender el proceso judicial.

El TC entiende que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) pues, pese a existir indicios de que podía presentar una discapacidad intelectual (“retraso mental”), no se llevó a cabo un reconocimiento psiquiátrico y el órgano judicial no pudo valorar si el recurrente comprendía o no la importancia de comparecer en el Juzgado el día del juicio.

El TC concluye que efectivamente se produjo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva:

- Existían indicios respecto a una discapacidad intelectual, de acuerdo a las propias manifestaciones de la persona.
- El Juzgado de Instrucción solicitó un informe forense específico sobre su imputabilidad, por tanto, se pone de manifiesto que existían dudas sobre que pudiera comprender el delito o de actuar desde esa comprensión.

- El Juzgado de lo Penal debería haber tenido en cuenta dichas dudas sobre su déficit de comprensión, lo que se debió traducir en dudas sobre que entendiera las consecuencias de la no comparecencia (el examen de la persona y sus declaraciones podían ser relevantes).

- i) El derecho a la tutela judicial efectiva que debe evitar la indefensión exigía que se adoptaran diligencias complementarias para verificar que la discapacidad no le impedía entender la importancia de su presencia en el juicio y las consecuencias, así como a asegurar su presencia en el juicio oral.
 - ii) Motivó que el TC elaborara una nota informativa, la nº 49/2014, en la que advierte a los órganos judiciales que tienen la obligación de evitar situaciones de desigualdad, especialmente en el caso de personas con discapacidad.
- d) Conviene a hacer mención también a algunas previsiones específicas en materia de discapacidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím):
- Posibilidad de que en los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada pueda denunciar el Ministerio Fiscal si aquella fuere persona con discapacidad necesitada de especial protección.
 - Se garantiza (102 LECrím) que puedan ejercer la acción penal las personas “que no gocen de la plenitud de sus derechos civiles” respecto de delitos contra sus personas o bienes o los de sus cónyuges, ascendientes, etc.
 - Información a quien se atribuya el hecho punible (el detenido) en lenguaje comprensible y que resulte accesible, adaptándolo a eventuales circunstancias de discapacidad.
 - Reconocimiento del derecho a la traducción e interpretación (derecho a ser asistido gratuitamente de personas con discapacidad auditiva/dificultades en el lenguaje).
 - Prohibición de la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.
 - La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado (el artículo 417 LECrím contempla que no puedan ser obligados a declarar como testigos “los incapacitados física o moralmente”, si bien se realiza una interpretación restrictiva de este precepto). Se regula también la posibilidad de utilizar medios técnicos para evitar tal confrontación.

3. La participación de la persona con discapacidad en EL JURADO

Un ámbito especialmente significativo dentro de la Justicia es el que se refiere a la participación que garantiza el artículo 125 de la Constitución en la institución del jurado: *“Los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”*.

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado limitaba hasta ahora y restringía el derecho de participación de las personas con discapacidad y no reconocía su igualdad, pues dentro de los requisitos para ser jurado, el artículo 8.5 se refería a *“la ausencia de impedimento físico, psíquico o sensorial”*.

El legislador consideró que esta declaración, sin matices, no da cabida a los apoyos que la sociedad debe prestar a las personas con discapacidad para garantizar su efectiva y plena participación en la vida civil y que han de ser acogidos en dicho precepto, entendiendo que esta situación vulneraba derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, e incumple lo establecido en la Convención:

- i) Acceso a la Justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluido el ajuste de los procedimientos para facilitar su desempeño en las funciones efectivas como participantes directos e indirectos.
- ii) Principios de comunicación y accesibilidad de las personas con discapacidad (artículos 2 y 9), que implica la supresión de aquellas barreras que interactúan con las deficiencias de las personas impidiendo su participación plena.

Mediante Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, se ha pretendido adecuar la citada Ley Orgánica 5/1995 a la Convención, con el fin de *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad”*.

La nueva redacción, en vigor desde febrero de 2018, exige *“contar con la aptitud suficiente para el desempeño de la función de jurado. Las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado, debiéndoseles proporcionar por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido”*. No obstante, el artículo 12 contempla la posible invocación de la discapacidad.

Como consecuencia de la reforma, una persona sorda usuaria de la lengua de signos tendría que estar acompañada por su intérprete, facilitado por el Tribunal; una persona con discapacidad auditiva, que comunica en lengua oral, podrá requerir que existan apoyos técnicos; una persona con discapacidad visual, tendría que disponer, si hay materiales escritos que han de ser considerados, de formatos alternativos, digitales, por ejemplo. Una persona con discapacidad física con asistente personal, debería poder ejercer como jurado con el acompañamiento de este apoyo humano. Por supuesto, el recinto judicial, palacios de justicia, salas de vistas, han de ser accesibles para personas con limitaciones de movilidad. La casuística puede ser muy prolija, son solo algunas posibilidades. Está obligada la Administración de Justicia.

Otra cosa será la realidad práctica. Posibilidad de dificultades en los momentos iniciales de la aplicación de reforma de la Ley, ya que, como denuncia el CERMI, los espacios y los procedimientos judiciales carecen de cultura inclusiva y costará dar soluciones prontas y eficaces. Las Leyes no bastan para asegurar los derechos, pero son el portal de entrada imprescindible.

5. OTRAS MEDIDAS ESPECÍFICAS EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA: EL FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD

El acceso a la justicia es un principio básico del Estado de Derecho, proclamando el artículo 24 de nuestra Constitución que *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*. Tal derecho no puede verse impedido, limitado o constreñido por circunstancia alguna, y por tanto tampoco por razón de la discapacidad. Antes, al contrario, es un deber ético, pero también jurídico, otorgar una protección reforzada a las personas que pueden tener un grado mayor de dificultad para hacer efectiva la realización plena de sus derechos.

Es conveniente destacar en este punto un órgano específico que pretende reducir los obstáculos de acceso a los Tribunales de Justicia; se trata del Foro Justicia y Discapacidad, creado por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), como máximo órgano de gobierno del Poder Judicial. Su puesta en marcha se produjo en virtud de un Convenio interinstitucional suscrito el 1 de diciembre de 2003, con la finalidad básica de coordinar las Instituciones Jurídicas del Estado, para conseguir una mayor efectividad en la tutela judicial de los derechos de las personas con discapacidad, más de cuatro millones en nuestro país.

El Foro Justicia y Discapacidad está conformado, además de por el propio CGPJ, por el Ministerio de Justicia; el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social; la Fiscalía General del Estado; el Consejo General de la Abogacía Española; el Consejo General de Procuradores de España; el Consejo General del Notariado (Fundación *Aequitas*); el Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantil y de Bienes Muebles de España; el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales; Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad –CERMI–; Plena Inclusión y por la Fundación ONCE. También se han incorporado a lo largo de estos años expertos de diferentes actividades, lo que conforma un órgano, que siendo de carácter esencialmente jurídico, no prescinde de otros conocimientos del saber humano.

En lo que respecta a las actividades, las más destacables se centran en fomentar el avance en la especialización de órganos judiciales, fiscalías y defensa letrada, razón por la que desarrolla actividades de formación. También destaca la intensa actividad institucional, presidida por el principio básico de lealtad y mutua colaboración tanto con el conjunto de Administraciones Públicas como con las organizaciones más representativas de la discapacidad.

Existen órganos judiciales especializados en materia de procesos relativos a la capacidad de las personas; concretamente, 15 Secciones en Audiencias Provinciales, 16 Órganos Judiciales Especializados Exclusivos y 57 Órganos Judiciales Compatibles.

Al margen del Foro Justicia y Discapacidad, deseo comentar algunas medidas e iniciativas en materia de accesibilidad que se han puesto en marcha, como son, por ejemplo:

- a) Protocolo de los delegados de discapacidad, aprobado por el CGPJ el 6 de abril de 2017.
 - Contempla la figura del “Delegado de discapacidad”. En la actualidad son un total de 17 Delegados.
 - Es un integrante de la carrera judicial, encargado de coordinar, promover e impulsar las actuaciones no jurisdiccionales para la adecuada tutela de los derechos de las personas con discapacidad en los órganos judiciales adscritos a un determinado TSJ.
 - Hay uno en cada TSJ, son de naturaleza voluntaria y son nombrados por 5 años.
 - Entre sus funciones está la de velar por las condiciones adecuadas de accesibilidad y promover las medidas necesarias, promover la formación y sensibilización de los miembros de la Carrera Judicial, recibir quejas y reclamaciones, etc.

- b) Servicio de orientación jurídica para personas con discapacidad, ofrecido por la Comunidad de Madrid y el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM): servicio especializado de asesoramiento jurídico general, de carácter gratuito y dirigido a todas aquellas personas con discapacidad para que planteen cuestiones jurídicas, sin necesidad de que estén directamente relacionadas con la discapacidad, especialmente en materia civil, social y penal.
- c) Uso de tecnologías: Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia: incorpora la accesibilidad de los servicios electrónicos que las Administraciones con competencias en materia de Justicia ponen a disposición de los ciudadanos, así como de sus sedes electrónicas.

Esperanza Alcaín Martínez

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada

Patrona de la Fundación Derecho y Discapacidad

////////////////////////////////////
CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS “APOYOS” A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO PARTE INTEGRANTE DEL CONCEPTO DE “ALIMENTOS” DEL ARTÍCULO 142 DEL CÓDIGO CIVIL

SUMARIO: I. Planteamiento del tema. –II. Los “apoyos” a las personas con discapacidad como parte del concepto de “alimentos”. 1. Aproximación a un concepto jurídico y a sus principales caracteres. 2. Compatibilidad con ayudas de carácter público. 3. La actual identificación con los gastos extraordinarios. –III. Conclusiones. –Índice de Bibliografía citada. Índice de Jurisprudencia citada.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Es admitido por la doctrina y la jurisprudencia el concepto amplio de alimentos del artículo 142 del Código civil (en adelante Cc)¹.

Según el artículo 142 Cc se consideran alimentos “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”, extendiéndose también a “la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”.

¹ La obligación legal de alimentos se regula en el Libro I (De las personas) Título VI (De los alimentos entre parientes) artículos 142 a 153 del Código Civil.

La interpretación y alcance de se haga de este precepto y del concepto de “alimentos” es aplicable a cualquier ámbito del Derecho por dos motivos: porque como establece el artículo 153 Cc, las normas del Título VI (De los alimentos entre parientes) tiene carácter subsidiario ya que “son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos...”, y porque el Código civil es subsidiario con carácter general tal y como reconoce el artículo 4.3 Cc al establecer que “Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”.

En nuestro Código civil se acude a este concepto para dotar de contenido a la reclamación de aquello que es esencial para la vida, reclamación que se podrá canalizar a través de distintos conceptos, tales como la obligación legal de alimentos, la obligación intrínseca al ejercicio de la patria potestad, la pensión alimenticia incorporada en el Convenio Regulador, el contrato de alimentos, entre otros.

Conforme a la actual redacción del artículo 142 Cc introducida por la Ley 13/1981 de 13 de mayo, tanto la doctrina y la jurisprudencia, como todos los operadores jurídicos han asumido que pese a ser un concepto genérico, indeterminado *ab initio*, es suficiente la referencia al término “alimentos” para dar por supuesto que se trata de un concepto amplio y que incluye en su objeto todo aquello que la persona requiera para la subsistencia y que se concretará con la particularidad de cada caso, estando en función de los medios de quien los da (alimentante) y de los medios de quien los recibe (alimentista) según establece el art. 146 Cc, tratándose de un derecho-deber de un importantísimo alcance en el ámbito del Derecho de la Persona y del Derecho de Familia.

Pues bien, tomamos como punto de partida de este trabajo la necesidad de interpretar el artículo 142 Cc para los supuestos en los que el alimentista es una persona con discapacidad².

Precisamente por ser un concepto de excepcional alcance jurídico, requiere sin lugar a dudas, de una actualización estructural conforme a los principios de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³ (en ade-

²El estudio de las particularidades cuando el alimentante es una persona con discapacidad constituye materia de otro trabajo. Cito dos sentencias del Tribunal Supremo en las que se constata la importancia del tema en las que se pone de manifiesto la incidencia de las circunstancias personales y laborales con ocasión de la discapacidad a la hora de fijar la obligación de alimentos. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 septiembre de 2010 (RJ 2010\7147) y Sentencia del Tribunal Supremo de 13 diciembre de 2017 (RJ 2017\5406).

³ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007 y publicado en el BOE de 22 de abril de 2008, entrando en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

lante CIDPD) desde el momento en que con ella se incorporó el cambio del sistema de representación al sistema de apoyos, implementándose el modelo social de discapacidad en el que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás” (art.1.2 CIDPD).

Y no basta con la proclamación formal del principio de igualdad ya que el reconocimiento de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica “en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” va respaldado de la obligatoriedad de que se les proporcione “el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” conforme a lo dispuesto en el art. 12 CIDPD.

No tenemos una definición legal del término “apoyos”⁴, pese a ser uno de los pilares sobre los que hemos de asentar el ejercicio de los derechos por las personas con discapacidad que nos permitirá superar el sistema de representación incorporado en nuestro Código Civil desde 1983.

Al igual que sucede con el concepto “alimentos”, al hablar de “apoyos”, estamos ante un concepto genérico e inicialmente indeterminado, pero determinado o determinable desde el momento en que se concreten para la persona que los requiera legal o voluntariamente.

Los “apoyos” son indispensables para que los “alimentos” que reciba la persona con discapacidad (sustento, habitación, asistencia médica, o educación...) respeten su dignidad, autonomía personal, libertad de toma de decisiones, no discriminación, igualdad de oportunidades, vida independiente y todos los principios generales que contempla el artículo 3 CIDPD y recogidos expresamente en el art. 3 Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2013 (en adelante LGDPD).

Para que no quede en el ámbito de los principios como una mera declaración de intenciones, es indispensable que cuando los operadores jurídicos utilicen el término “alimentos” incorporen la referencia expresa a los apoyos que requiera la persona con discapacidad, ya que lo indispensable para el sustento, habitación, asistencia médica,

⁴ Para obtener una visión general necesaria para conocer esta materia aconsejo la lectura del trabajo de CUENCA GÓMEZ, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”. Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, *REDUR*, ISSN-e 1695-078X, N.º. 10, 2012, págs. 61-94.

educación e instrucción será insuficiente si no va acompañado de las condiciones necesarias de accesibilidad universal y de los apoyos que requiera como complemento de su capacidad que garanticen el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales. Constituyen un claro ejemplo, las sesiones de rehabilitación o de logopedia, el asistente personal, los gastos de ortopedia o audífonos, la adaptación de vivienda o de vehículo, o el apoyo en el aula.

Existe una confusión conceptual al respecto, tal y como queda plasmada, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2018 (RJ\2018\1185) cuando en el Fundamento de Derecho Tercero establece: “Tampoco lo es determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges”.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los alimentos a personas con discapacidad en la doctrina jurisprudencial relacionada con el régimen jurídico fijado por convenio regulador tras los supuestos de nulidad, separación o divorcio. En concreto, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014 (RJ\2014\3540) reiterada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (RJ\2015\3020) establece que “La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”.

Esta es una conclusión llamativa, en particular cuando previamente el Tribunal reconoce y argumenta de forma muy relevante que:

“La Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Y es evidente que aun cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio

hijo (STS 5 de noviembre 2008 (RJ 2009, 3)), lo que no es del caso. El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española (STS 8 de noviembre 2008)”.

Más adelante, continúa recordando que “la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 CC...”.

Sin embargo, finaliza la argumentación con la siguiente frase “...pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico”.

Consideramos que la equiparación de los hijos mayores de edad con discapacidad con los hijos menores de edad para la fijación de alimentos en los procedimientos matrimoniales puede tener como ventaja cuestiones de economía procedimental ya que se evita tener que iniciar un juicio de alimentos y se consigue dar continuidad a la medida inicialmente adoptada con independencia de la rehabilitación patria potestad o de

que haya sentencia de modificación de la capacidad. Sin embargo, hemos de criticar el desacierto de volver a recurrir a la identificación de la discapacidad con la minoría de edad ya que desde la aprobación de la CIDPD ha quedado constatado que estamos ante colectivos distintos que responden a realidades distintas, y así ha de ser tenido en cuenta en la aplicación de las normas.

En conclusión, a la vista de la falta de desarrollo legislativo, ausencia de doctrina jurídica sobre el tema y confusión en la jurisprudencia, estimo importante que se abra esta línea argumental para obtener de nuestras instituciones y principios la base sólida para dotar de perfil y contenido jurídico al concepto de “apoyos”.

II. LOS “APOYOS” A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PARTE DEL CONCEPTO DE “ALIMENTOS”.

1. Aproximación a un concepto jurídico y a sus principales caracteres

Tal y como antes he anticipado, no tenemos una definición legal única del concepto de “apoyos” si bien se utiliza constantemente en el articulado de las normas estatales y autonómicas que regulan la discapacidad⁵.

En el plano estatal la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia ya indicaba en la Exposición de Motivos la finalidad de establecer “apoyos” a las personas cuando comenzaba diciendo que: “La atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados. El reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía”.

⁵ Por ejemplo, Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía en el art. 4,n) define los apoyos complementarios como “aquella condición básica de accesibilidad y no discriminación que incluye ayudas económicas, productos y tecnologías de apoyo, servicios o tratamientos especializados, otros servicios personales, así como otras formas de apoyo personal o animal. En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, braille, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas de apoyo a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación”.

En esta Ley, tampoco se define el concepto de “apoyos” aunque sí se clasifican en tres niveles en función del grado de dependencia de la persona intermitente, permanente e indispensable⁶.

Actualmente, el término “apoyos” ha evolucionado, es mucho más amplio y no se debe circunscribir al reconocimiento administrativo de la discapacidad o de la situación de dependencia, ni tampoco se deberán hacer depender de que se dicte sentencia en el que será “el proceso sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores”⁷.

Aunque su reclamación deba canalizarse en algunos casos por la vía judicial, la meta hacia la que debemos dirigirnos es lograr que, con el cumplimiento de las normas de accesibilidad universal y del diseño universal, los entornos, proceso, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Cuando estas condiciones se cumplan, los apoyos se circunscribirán a grupos particulares de personas con discapacidad cuando lo necesiten.

Con carácter general, podemos decir que los “apoyos”, como concepto estrictamente jurídico, son los recursos (humanos, materiales, tecnológicos) y las estrategias (programas, metodologías, técnicas) que requiere una persona con discapacidad para lograr la participación plena y efectiva en la sociedad y “poder llevar una vida en igualdad de condiciones, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier persona” (es decir, cumplir con el principio de normalización previsto en el art. 2, i) LGDPD)⁸.

⁶ En concreto en el artículo 26.1: “La situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados: a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal”.

⁷ Rúbrica prevista para el Título I Libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica de 14 de enero de 2019.

⁸ Sobre el concepto de “apoyos” se puede consultar la obra AA.VV. “Conceptualizando los apoyos y las necesidades de apoyo de personas con discapacidad intelectual” (Traducido al castellano por Alba Ibáñez García. Universidad de Cantabria) *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual* Vol 41 (1), Núm. 233, 2010, págs. 7-22.

Aunque es una cuestión que pudiera parecer obvia, hoy por hoy, es necesario reivindicar su calificación como concepto jurídico “nuevo”, no solo en el plano doctrinal, sino también, y esto es lo importante, que en las sentencias, documentos notariales o administrativos referidos a los alimentos de una persona con discapacidad debería ser obligatorio la especificación de los “apoyos” que requiere el alimentista y condiciones de accesibilidad que han de cumplir los “alimentos” dados.

Exigir que de forma expresa se haga referencia a los “apoyos” como parte integrante de los alimentos implica una plena constancia de una realidad que no puede ignorarse, conscientemente o por mero desconocimiento de abogados, jueces, e incluso los parientes que deben prestarlos (por ejemplo, progenitores) y que nos será de gran ayuda cuando en el ámbito procedimental sea objeto de prueba, haya que cuantificarlos, programar su periodicidad, fechas de revisión, etc. Es decir, la referencia expresa a los “apoyos” como parte integrante de los alimentos tiene consecuencias jurídicas ya que resultará aplicable todo lo que sobre la obligación de alimentos, en general, se haya establecido.

Podemos afirmar que los alimentos si no van acompañados de los apoyos ni condiciones de accesibilidad universal que requiera la persona con discapacidad no son alimentos ya que no cumplen su función de otorgar lo indispensable para el desarrollo de la vida.

Abogar por la identificación conceptual de los “apoyos” con los “alimentos” nos va a permitir tomar como propias algunas características que por no estar reguladas no tienen todavía el alcance práctico que entendemos indispensable en la argumentación jurídica, y que concreto en dos grupos:

En primer lugar, la indeterminación y variabilidad ya que se concretarán en función del patrimonio del alimentante y de las necesidades del alimentista, y será necesario que se revise conforme varíen éstos parámetros. Además, cobra importancia la necesidad de establecer criterios de revisión ya que aún siendo constante la necesidad de alimentos, habrá que atender a la evolución de la discapacidad, la adquisición o no de competencias o habilidades de la persona, el grado de autonomía, entre otros.

Por supuesto, la concreción de la medida dependerá de las circunstancias de cada caso concreto. Por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de marzo de 2007 (JUR 2007\273261) aun concurriendo una hija con discapacidad del 88 % se produce una reducción de la pensión alimenticia al concurrir circunstancias que justifican tal actuación conforme a lo dispuesto en el artículo 147 Cc “según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”.

En segundo lugar, el carácter personalísimo ya que su atribución es *intuitu personae* y en consecuencia los “apoyos” son irrenunciables, intransmisibles e inembargables por el alimentista.

2. Compatibilidad con ayudas de carácter público

Este es un de los temas que también requieren de la atención del legislador desde el momento en el que no hay unanimidad de criterio respecto de si hay o no incompatibilidad entre los “alimentos” (y por tanto también los “apoyos”) que se reciben por cualquiera de los medios previstos en el Derecho civil y las ayudas provenientes de la Administración (seguridad social, sistema para la autonomía y atención a la dependencia, subvenciones...).

Es necesario recordar que en la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) se reconoce a España como Estado Social, siendo en el Capítulo III del Título I, bajo la rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica”, en los artículos 39, 41, 43.2, 49⁹ y 50, donde se otorga contenido y vinculando directamente a los poderes públicos, para que adopten las medidas pertinentes para lograr su plena efectividad.

En concreto, interesa destacar el artículo 50 CE ya que expresamente reconoce la complementariedad de las ayudas públicas con las obligaciones familiares al regular las garantías de los ciudadanos durante la tercera edad (“Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”).

En la práctica nos encontraremos ante muy diferentes supuestos de concurrencia de prestaciones públicas dirigidas a satisfacer las mismas necesidades que los alimentos y los apoyos, por ejemplo, con las prestaciones no contributivas, como la pensión de invalidez, las prestaciones contributivas, por las que se conceden rentas que sustituyen a los ingresos profesionales en los supuestos legalmente previstos, o las prestaciones asistenciales de los servicios sociales (ayuda a domicilio, residencias, centros de día, etc.).

⁹ Sobre la reforma del art. 49 CE consultar DE LORENZO GARCÍA, Rafael, “Reforma social de la Constitución Española: Comentarios y reflexiones al artículo 49” en *Anales de Derecho y Discapacidad* N°3, Junio 2018, págs. 11 a 40. ALCAIN MARTÍNEZ, Esperanza, “Sobre la necesidad de la reforma integral del artículo 49 de la Constitución Española de 1978: más allá de un cambio terminológico” *cermi.es semanal*, n° 322, 2018.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones. Por ejemplo, en la Sentencia de 10 de octubre de 2014 (RJ 2014\4878) por la que establece que la percepción de una pensión no contributiva por los hijos podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión de alimentos en relación con las posibilidades del obligado, pero “per se” no puede conducir a una extinción de la pensión por tener el alimentista “ingresos propios”. Se ratifica, pues, la doctrina citada por la Sala Primera” [...] pues a partir de meritada doctrina se ha de llevar a cabo la ponderación en cada caso concreto a la hora de decidir sobre la obligación de prestar pensión por alimentos a los hijos con minusvalías y cuantificación en su caso, aún en los supuestos de que sean preceptores de pensiones no contributivas a causa de su minusvalía”¹⁰.

Considero que *a priori* se debe defender la coexistencia entre la obligación civil de alimentos y las ayudas de carácter público, lo que se traduce en una complementariedad y compatibilidad de ambas¹¹.

3. La actual identificación con los gastos extraordinarios

Una de las consecuencias prácticas que se derivan de la inexistencia de un concepto jurídico de “apoyos” es la identificación de los “apoyos” como gastos extraordinarios, en las sentencias sobre el régimen jurídico respecto de los hijos con discapacidad en los supuestos de nulidad, separación o divorcio. Pensemos, por ejemplo gastos derivados de la educación como libros, comedor, autobús escolar. Generalmente se califican como gastos ordinarios, pero, ¿y las adaptaciones educativas, los apoyos en el aula y en casa, o el asistente personal? Ciertamente, estos gastos pasan a ser calificados como extraordinarios.

Anticipo que mi opinión es favorable a considerar que los “apoyos” que requiere un hijo con discapacidad han de quedar incorporados en el concepto de pensión alimenticia, como parte integrante de los “alimentos”.

¹⁰ Sobre el tema se puede consultar a DE LA IGLESIA MONJE, María Inmaculada, “Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, ISSN 0210-0444, nº 91, Nº 747, 2015, págs. 362 que respalda la doctrina del Tribunal Supremo. En igual sentido se puede consultar a ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, “Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual” *Revista crítica de derecho inmobiliario*, ISSN 0210-0444, nº 92, Nº 757, 2016, págs. 2494.

Ejemplo del respaldo por otros órganos jurisdiccionales lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 octubre de 2012 (AC\2012\2207) y en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 17 junio de 2013 (RJ\2013\6388).

¹¹ Con carácter general y referido a la obligación legal de alimentos hace un análisis pormenorizado de la compatibilidad con las ayudas públicas JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, “La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes”, *Anuario de Derecho Civil* 1, Núm. LIX - 2, Abril, 2006 págs. 752 y ss.

No comparto la equiparación con los gastos extraordinarios desde el momento en que estos no son siempre imprescindibles o necesarios, mientras que los “apoyos” sí lo son.

Hasta ahora, las sentencias que expresamente se han pronunciado sobre estos gastos son conscientes de que no han quedado cubiertos en el concepto de alimentos, de ahí la necesidad de recurrir al concepto de “gastos extraordinarios” para determinar cuál/es de los progenitores y cómo deben hacer frente a ellos.

Considero que los “apoyos” que pueda necesitar una persona con discapacidad, sea menor o mayor de edad, no encajan generalmente (puede haber alguna excepción) en el concepto de “gasto extraordinario” que se identifica con las características de la imprevisibilidad y no periodicidad, o con el alto coste. Creo que nuestro Código Civil nos ofrece el concepto de “alimentos” en el que tienen perfectamente cabida desde el momento en el que son imprescindibles para lograr que la del alimentista (es decir, la persona con discapacidad) mientras sea menor persona tenga “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable” tal y como establece el artículo 142 CC.

Es frecuente que en las sentencias de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo los gastos por lo que hemos de incluir en el concepto de “apoyos” se haya recurrido a la calificación de “gastos extraordinarios” con las consecuencias jurídicas que tiene respecto de la delimitación de cuál de los progenitores ha de hacer frente a su pago. Es muy relevante el caso que se plantea en el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 22 de noviembre de 2011 (JUR\2012\38659) ya que se reclama por parte de la madre que el padre afronte unos gastos con ocasión de las adaptaciones y apoyos que requiere el hijo con discapacidad (en concreto, parálisis cerebral del 97%). En concreto, la compra de un vehículo adaptado así como la supresión de barreras arquitectónicas de un inmueble. Expresamente se recurre a la calificación de “gasto extraordinario por su propia naturaleza y está plenamente justificado en cuanto posibilita la movilidad y desplazamiento del menor con su madre, encargada de la guarda y custodia (...) y asimismo también se considera gasto extraordinario el importe de las obras de adaptación de la vivienda para la eliminación de las barreras arquitectónicas, pues ello facilita el acceso con la silla de rueda, siendo indiferente que el inmueble fuera la vivienda habitual o de temporada” .

Tanto el vehículo adaptado, como las obras para hacer accesible el inmueble son claros ejemplos del concepto “apoyos”. Desde que se aprobó el Convenio Regulador debería haber quedado previsto cómo hacer frente a estos gastos.

En el sentido mencionado, resulta interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 16 de mayo de 2016 (JUR 2016\137549) pues aborda este tema en el Fundamento de Derecho Segundo reconociendo que “los gastos de audífono, rehabilitación logopedia y contratación de tercera persona, que la misma documental obrante en autos acredita que sí tienen la consideración de periódicos, fijos y previsibles aproximadamente en su importe, periodicidad que resulta de las necesidades especiales de Ruth, que padece una minusvalía del 88% al ser sordociega. Y es que, como bien se dice por la apelada, no es lo mismo que gastos de tal naturaleza se generen por personas sin discapacidad alguna, de modo temporal o excepcional, que los que se generan por una persona con necesidades especiales, que todos los años va a necesitar el cambio de audífono y precisa de constante asistencia a sesiones de logopedia y apoyo de tercera persona para poder desarrollarse y formarse adecuadamente.”

Efectivamente, el argumento de la Audiencia Provincial de Albacete evidencia que los gastos con ocasión de los apoyos que requiere una persona con discapacidad (logopedia, asistente personal, audífonos...) sí son previsibles, fijos y periódicos. Si se hubiesen calificado como parte de los “alimentos” hubiese quedado previsto conforme a criterios judiciales la determinación de forma de pago.

Igualmente se utilizará como criterio para calificarlos como “gastos extraordinarios” el alto coste que en muchas ocasiones conllevan los “apoyos”. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de febrero de 2019 (JUR 2019\92098) establece que “dada la discapacidad de Gerónimo, y el elevado coste de su atención médica así como de las terapias que realiza se consideran expresamente como gastos extraordinarios todos los tratamientos, terapias y actividades que actualmente estuviera realizando así como las que le fueran prescritas, así como gastos de desplazamiento y alojamiento necesarios si fueran fuera de Valencia, y cualesquiera otros gastos de ortopedia, como prótesis, férulas, calzado especial... derivados de su discapacidad”.

Es necesario que los gastos para los “apoyos” que requiera el hijo con discapacidad se contemplen expresamente en el Convenio Regulador siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 93 Cc. Además debería quedar regulada la opción para afrontar su pago por los progenitores: deberían ser incluidos en la pensión de alimentos, o dejar fijada una cantidad anual a la que deben contribuir los dos progenitores, si bien la gestión le correspondería al cónyuge que ostente la custodia, o debería contemplarse como tercera opción que ambos los abonaran al 50 % en los plazos marcados por el Convenio Regulador.

Tal y como ya anticipé anteriormente, nos encontramos ante un nuevo concepto jurídico (“apoyos”), inicialmente indeterminado en su contenido que se concretará en el caso concreto en función de los requerimientos de la persona con discapacidad (tipo, grado, nivel de autonomía...). El hecho de que aún no esté contemplado ningún precepto del Código Civil hace más necesario que se reflejen expresamente por los operadores jurídicos, lo que constituye un claro reto para nuestro Derecho Civil.

III. CONCLUSIONES

1. Desde el ordenamiento jurídico se ha de dar un concepto y un contenido al término “apoyos”, máxime cuando es uno de los principales ejes sobre el que gira el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, respetando en todo caso los principios de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad. Es el complemento necesario para aquellos casos en los que la accesibilidad universal, el diseño para todas las personas y los ajustes razonables han sido ignorados o no han sido suficientes para el pleno desarrollo vital de la persona con discapacidad.

2. Los “apoyos” son los recursos (humanos, materiales, tecnológicos...) y las estrategias (programas, metodologías, técnicas...) que requiere una persona con discapacidad para lograr la participación plena y efectiva en la sociedad, y poder desarrollar una vida en igualdad de condiciones, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier persona. Es un concepto jurídico inicialmente indeterminado en su contenido, pero determinado o determinable en cada caso concreto en función de los requerimientos o necesidades de la persona con discapacidad.

3. La calificación jurídica de los “apoyos” a las personas con discapacidad como parte integrante del concepto de “alimentos” del artículo 142 del Código Civil nos permite trasladar una extensa teoría y práctica consolidada en nuestro Derecho que dotará de mayor seguridad las argumentaciones jurídicas.

4. Los “apoyos” y “alimentos” que reciba la persona con discapacidad no han de ser excluyentes de ayudas o subvenciones de carácter público. Ambas han de ser complementarias y compatibles, si bien es necesaria una regulación legal que prevea los requisitos objetivos y subjetivos, las normas de carácter procedimental y sustantivo, así como las disposiciones que resuelvan los casos de conflicto.

5. Es imprescindible la formación de los operadores jurídicos en materia de discapacidad, así como la creación de equipos multiprofesionales especializados que asesoren, informen, supervisen y hagan seguimiento de los “apoyos” que se conceden a una persona con discapacidad por cualquiera de las vías legalmente previstas.

ÍNDICE DE BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza, “Sobre la necesidad de la reforma integral del artículo 49 de la Constitución Española de 1978: más allá de un cambio terminológico”, *cermi.es semanal*, nº 322, 2018.

AA.VV., “Conceptualizando los apoyos y las necesidades de apoyo de personas con discapacidad intelectual” (Traducido al castellano por Alba Ibáñez García. Universidad de Cantabria), *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*. Vol 41 (1), Núm. 233, 2010. Págs. 7-22.

CUENCA GÓMEZ, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”. Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, *REDUR*, ISSN-e 1695-078X, Nº. 10, 2012, págs. 61-94.

DE LA IGLESIA MONJE, María Inmaculada, “Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Nº 747, 2015, págs. 355-370.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael, “Reforma social de la Constitución Española: Comentarios y reflexiones al artículo 49”, en *Anales de Derecho y Discapacidad* Nº3, Junio 2018. Págs. 11-40.

ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, “Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Nº 757, 2016, págs. 2471-2510.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, “La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes”, *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LIX - 2, Abril, 2006. Págs. 743-792.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, “El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica”, *LA LEY* 19437/2012.

RUBIO TORRANO, Enrique, “Pensión alimenticia a los hijos mayores de edad con discapacidad”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Vol. 2, Nº. 7 (noviembre), 2014, págs. 41-44.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, “La obligación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: ponderación de discapacidad de alimentante y alimentista. Comentario a la STS de 13 diciembre 2017 (RJ 2017, 5406)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, ISSN 0212-6206, Nº 107, 2018, págs. 123-140.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA (por orden cronológico ascendente)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de marzo de 2007 (JUR 2007\273261)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 septiembre de 2010 (RJ 2010\7147)
- Auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 22 de noviembre de 2011 (JUR\2012\38659)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 octubre de 2012 (AC\2012\2207)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 17 junio de 2013 (RJ\2013\6388)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014 (RJ\2014\3540)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2014 (RJ 2014\4878)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (RJ\2015\3020)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 16 de mayo de 2016 (JUR 2016\137549)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 diciembre de 2017 (RJ 2017\5406)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2018 (RJ\2018\1185)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de febrero de 2019 (JUR 2019\92098)

Sonia Olea Ferreras

Jurista experta en derechos humanos y exclusión social

Jesús Martín Blanco

Delegado del CERMI para los Derechos Humanos y la Convención de la ONU

////////////////////////////////////
**LA VIVIENDA: UN DERECHO HUMANO LEJANO A LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA**

SUMARIO: 1. La vivienda como derecho humano. –2. Garantías del derecho a la vivienda para las personas con discapacidad en los tratados internacionales: el PIDESC¹, Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea Revisada; la CRPD², la Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Nueva Agenda Urbana. –3. Análisis de la legislación estatal de vivienda desde la discapacidad. –4. Conclusiones y propuestas. –5. Referencias.

1. LA VIVIENDA COMO DERECHO HUMANO

“*No tener hogar es mucho más que estar sin techo*”, fue el lema de la Campaña Nadie Sin Hogar que Cáritas Española y otras redes contra la exclusión residencial llevaron a cabo en 2008 (Olea, 2008). ¿Qué se quería decir con esta frase?, pues que vivir en un hogar, en una casa, conlleva muchos más puentes y enlaces que la sola existencia de unas llaves y un edificio de ladrillo. Así nos lo compartían varias personas en situación de calle: “*Hogar. Donde tenemos nuestro espacio, nuestra intimidad.*”

¹ Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas).

² Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (Naciones Unidas).

Donde nadie puede entrar arbitrariamente. Hogar. Que me puedo trasladar de lugar, sin renunciar a mi identidad. Donde me pueden acoger si ya no puedo vivir en el que era mío. Hogar. Conformado por mis bienes. Sean muchos o pocos, o casi no sean nada. Por mis sueños, mis proyectos. Por lo compartido o el recuerdo de lo que compartí. Hogar. Mi barrio. Mis vecinos, los amigos. Los compañeros del parque, de bando o de balón de fútbol. Hogar. Casa, agua, luz, sin barreras. Salud, educación, formación. Música, fiesta, denuncia. Unión. Hogar. Mío y de todas. Compartir. En un dar y recibir. Aprendiendo y ayudando a aprender”³.

Esa integralidad conlleva la interrelación entre:

- El espacio físico: vivienda y entorno.
- El sentido vital: el ser humano es único en sí mismo y en su desarrollo integral.
- El ámbito relacional: el ser humano con los otros (familia, vecindario, población sociedad...).
- El derecho humano: el acceso, disfrute y garantía de todos y cada uno de los derechos humanos en su conjunto y al mismo nivel: empleo, educación, participación, salud, integración, no discriminación, protección social, vivienda adecuada etc.

Mirada holística también recogida en la Nueva Agenda Urbana (Secretaría de Hábitat III, 2016) ratificada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York en diciembre de 2016, en el apartado 31 de la Declaración de Quito sobre ciudades y asentamientos humanos sostenibles para todos: *“Nos comprometemos a promover políticas en materia de vivienda a nivel nacional, subnacional y local que respalden la realización progresiva del derecho a una vivienda adecuada para todos como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, que luchen contra todas las formas de discriminación y violencia e impidan los desalojos forzados arbitrarios, y que se centren en las necesidades de las personas sin hogar, las personas en situaciones vulnerables, los grupos de bajos ingresos y las personas con discapacidad”.*

Y en los diversos informes de país y temáticos publicados por la Relatoría Especial para una Vivienda Adecuada de Naciones Unidas, destacando el presentado ante la Asamblea General en 2016 (Asamblea General de Naciones Unidas, 2016) basado en la indivisibilidad de los Derechos Humanos: *“La experiencia vivida demuestra que la vivienda adecuada, la dignidad, la seguridad y la vida están tan estrechamente interrelacionados que son básicamente inseparables. Así sucede también con el derecho*

³ NdA: La Observación General n° 4 del PIDESC, que define lo que es una vivienda adecuada, no queda tan lejos de estas definiciones hechas desde la vivencia cotidiana de persona en situación de exclusión residencial.

internacional de los derechos humanos. El derecho a la vida no puede separarse del derecho a un lugar seguro en el que vivir; y este segundo derecho solo tiene sentido en el contexto de un derecho a vivir con dignidad y seguridad, sin violencia”. (Asamblea General de Naciones Unidas, 2016).

En el Estado español, el derecho humano a una vivienda adecuada contenido en la Declaración Universal de 1948 (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948) (artículo 25) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966⁴ (artículo 11) ha sido desarrollado en la Constitución Española de 1978, artículo 47, como un principio rector de nuestras políticas públicas y, en los últimos años, en la normativa autonómica competencial en referencia a su función social (Valencia, Andalucía, Navarra, Canarias...) incluso, a la posibilidad de su ejercicio por las personas y las familias como un derecho subjetivo ante la jurisdicción administrativa (Ley Vivienda de Euskadi, Capítulo II) (Comunidad Autónoma del País Vasco, 2015).

Se cierra entonces este primer apartado con la certeza jurídica y ética de que poder acceder, disfrutar y tener garantizada una vivienda adecuada, es un derecho humano, por tanto:

- Universal: para todas las personas sin discriminación alguna.
- Indivisible e interrelacionado: con todos y cada uno de los derechos humanos.
- Irrenunciable e imprescriptible.
- Garantizado: por las Administraciones públicas.

Sustentado en la dignidad de las personas, en la seguridad y la accesibilidad.

Como decía Milon Khotari⁵ en el Congreso Internacional celebrado en Cáceres “Construyendo el Derecho a la Vivienda”: *“El derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de toda mujer, hombre, joven y niño a tener y mantener un hogar y una comunidad seguros en los cuales vivir en paz y dignidad”.* (<http://www.construyendoelderechoalavivienda.es>, 2008).

⁴ Ratificado por España en 1977 ver en : <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-10734>

⁵ Primer relator de Naciones Unidas para una vivienda adecuada.

2. GARANTÍAS DEL DERECHO A LA VIVIENDA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES: EL PIDESC, CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA; LA CRPD, LA AGENDA 2030 DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA NUEVA AGENDA URBANA

2.1 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PIDESC) y sus Observaciones Generales nº 4 y nº 7

España ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) en 1977, y su Protocolo Facultativo en 2013 (Boletín Oficial del Estado, 2013) (posibilidad de reclamaciones individuales ante el Comité PIDESC).

Por tanto, para todas las personas que viven en nuestro territorio son de aplicación, con especial referencia para las personas en situación de discapacidad en su acceso a una vivienda adecuada, los siguientes artículos:

- Artículo 11 PIDESC: VIVIENDA ADECUADA: *Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.*
- Artículo 2.2 PIDESC: NO DISCRIMINACIÓN: *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se anuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*
- Artículo 12.1: SALUD FÍSICA Y MENTAL: *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*

Concretándose en aspectos muy concretos (Observación General nº 4) (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1991) y que desarrollan los principios de dignidad humana y no discriminación:

- Seguridad jurídica de la tenencia (y su defensa en caso de peligro de perderla – desahucio, hostigamiento, amenazas–).
- Posibilidad de servicios e infraestructura: acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.
- Gastos que no comprometan necesidades básicas: acceso a suministros (hidrocarburos, gas, agua, internet...).
- Habitabilidad (seguras en el plano físico). Derecho a la rehabilitación y restauración. Eficiencia energética.
- Asequibilidad (en especial para *personas de edad, los niños, las personas con discapacidad, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, las personas con trastorno mental, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas*).
- Entorno (lugar con acceso a otros derechos: salud, cultura, protección social, educación etc.).
- Adecuación cultural: expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda.

La seguridad jurídica en la tenencia y la garantía de la debida protección y acceso a la justicia en los casos de pérdida o amenaza de pérdida conllevan, que los Gobiernos utilicen todas las medidas de protección y seguimiento posibles (Observación General nº 7) (ed-DESC - Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) para que no se lleven a cabo desalojos forzosos. Y, en el caso extremo de que así sea, procurar una vivienda alternativa. En especial cuando nos encontramos ante personas de vulnerabilidad extrema.

En aplicación del Protocolo Facultativo del PIDESC, España ha sido condenada en dos ocasiones por vulnerar el Derecho Humano a una vivienda adecuada de dos familias (en la actualidad se están tramitando ante el Comité DESC más de cien demandas contra el Estado español en referencia a esta vulneración): E/C.12/55/D/2/2014⁶ Comunicación Nº 2/2014 Dictamen aprobado por el Comité en su 55º período de sesiones (1 a 19 de junio de 2015) y E/C.12/61/D/5/2015 Comunicación Nº 5/2015 Dictamen aprobado por el Comité en su 61º período de sesiones (29 de mayo a 23 de junio de 2017).

⁶NdA: Es significativo que el primer Dictamen emitido por el Comité DESC para en aplicación del Protocolo Facultativo de 2008 fuera contra el Estado español y sobre la vulneración del derecho humano a una vivienda adecuada.

- Las recomendaciones generales al Estado español en el primer dictamen fueron: 1) Asegurar la accesibilidad a recursos jurídicos para las personas que se enfrentan a procedimientos de ejecución hipotecaria por falta de pago de préstamos; 2) Adoptar medidas legislativas y/o administrativas pertinentes para garantizar que en los procedimientos de ejecución hipotecaria, la notificación por edicto esté estrictamente limitada a situaciones en que se han agotado todos los medios para practicar una notificación personal; y asegurándose la suficiente publicidad y plazo, de manera que la persona afectada pueda tener oportunidad de tomar real conocimiento del inicio del procedimiento y a personarse al mismo; 3) Adoptar medidas legislativas pertinentes para garantizar que el procedimiento de ejecución hipotecaria y las normas procesales establezcan requisitos y procedimientos adecuados a seguir antes de que se proceda a una subasta de una vivienda o a un desalojo, en observancia del Pacto y tomando en cuenta la Observación general N.º 7 (1997) del Comité.
- Y en el segundo: 1) Adoptar medidas legislativas y/o administrativas pertinentes para garantizar que en los procesos judiciales de desalojos de inquilinos, los demandados puedan oponerse o presentar un recurso con el fin de que el juez considere las consecuencias del desalojo y la compatibilidad de esta medida con el Pacto; 2) Adoptar las medidas necesarias para superar los problemas de falta de coordinación entre las decisiones judiciales y las acciones de los servicios sociales que pueden conducir a que una persona desalojada pueda quedar sin vivienda adecuada. 3) Adoptar medidas necesarias para asegurarse de que los desalojos que afecten a personas sin recursos para procurarse una vivienda alternativa, solo se ejecuten después de que haya habido una consulta genuina y efectiva con estas personas y de que el Estado parte haya realizado todos los pasos indispensables, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para que las personas desalojadas tengan una vivienda alternativa, en especial en aquellos casos que involucran a familias, personas mayores, niños/as y/o otras personas en situación de vulnerabilidad. Por último, 4) Formular e implementar, en coordinación con las comunidades autónomas y hasta el máximo de los recursos disponibles, un plan comprensivo e integral para garantizar el derecho a la vivienda adecuada de personas con bajos ingresos, de conformidad con la Observación general N.º 4. Este plan deberá incluir los recursos, las medidas, los plazos y los criterios de evaluación, que permitirán en forma razonable y verificable garantizar el derecho a la vivienda de esas personas.

Todas estas medidas reflejan la dificultad para que en nuestro Estado el derecho humano a la vivienda adecuada encuentre el reflejo debido en políticas públicas adecuadas, y, en especial, cuando se trata de personas/familias en situaciones de vulnera-

bilidad. En el apartado 3 de este artículo se profundizará en esta cuestión. Asimismo, cabe recordar que en los últimos exámenes a España por parte del Comité PIDESC (2012 y 2018) (España, 2018) se han emitido recomendaciones generales a nuestro Gobierno. Destacamos aquí las referidas a la población más vulnerable y/o en situación de discapacidad, en su 6º Examen Periódico:

- Con base en su anterior recomendación (E/C.12/ESP/CO/5, párr. 21), el Comité recomienda al Estado parte que:
 - o a) Adopte todas las medidas necesarias, incluso mediante la asignación de recursos suficientes, para hacer frente al déficit de vivienda social, especialmente para las personas y grupos más desfavorecidos y marginados, como las personas y hogares de bajos ingresos, los jóvenes, las mujeres y las personas con discapacidad;
 - o b) Adopte las medidas necesarias para reglamentar el mercado privado de la vivienda para facilitar la accesibilidad, disponibilidad y asequibilidad de una vivienda adecuada para las personas de bajos ingresos;
 - o d) Tome medidas correctivas para solucionar la cuestión de la vivienda de mala calidad.

2.2 El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea Revisada

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concedido varias medidas cautelares contra el Estado español paralizando desalojos sin alojamiento alternativo, fundamentando dichas medidas en los artículos 3 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (tratos inhumanos o degradantes y respeto a la vida privada y familiar): Caso IVIMA (Madrid) Ap. 77842/12 A.M.B. y Otros v. Spain (12.12.2012); Caso Cañada Real (Madrid) Ap. 3537/13 Raji y Otros v. Spain (31.01.2013) y Caso Salt (Girona) Ap. 62688/13 Ceesay Ceesay y Otros v. Spain (15.10.2013).

Es decir, que no ha habido una directa defensa de la vulneración del Derecho Humano a una vivienda adecuada –inexistente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos– (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1950), pero sí, de forma indirecta en aplicación de la interrelación e indivisibilidad de los mismos. Son muchas las sentencias donde el TEDH invoca estos artículos en situaciones de pérdida o no acceso a vivienda por parte de las familias y/o las personas: Artículo 3.- Trato inhumano o degradante. Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar/ Derecho al res-

peto del domicilio y correspondencia. Artículo 2.- Derecho a la vida. Artículo 6.- Derecho a un proceso equitativo. Artículo 14.- Prohibición de discriminación. También en aplicación del PROTOCOLO ADICIONAL de (1952): que en su artículo 1 trata a la vivienda como bien. Protegiendo la propiedad de la misma.

La Carta Social Europea revisada (Consejo de Europa, 1996) –a partir de ahora CSER– aún no ratificada por España, así como ocurre con su Protocolo de Reclamaciones Colectivas (Comité de Ministros del Consejo de Europa, 1995), contiene en su artículo 31 el desarrollo del Derecho Humano a la Vivienda: *Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas:*

- *a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente;*
- *a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación;*
- *a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes.*

Además, en relación con los artículos 16 (Derecho de la familia: protección social, jurídica y económica) y 30 (Derecho protección contra la pobreza y la exclusión social); la posibilidad de ejercer por parte de colectivos, organizaciones y plataformas una reclamación colectiva en caso de entender vulnerado el DH a una vivienda adecuada a que en Francia, por ejemplo, se celebran ya diez años desde la victoria en su reclamación colectiva en aplicación del protocolo de la CSER y la promulgación de una ley de vivienda que asumía el acceso a este derecho a personas en situación de vulnerabilidad extrema (Ley DALO) (Ayuntamiento de Barcelona, 2017).

2.3 La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD)

La CRPD tiene un impacto directo en la vivienda desde múltiples perspectivas, que se analizarán empezando por los principios en los que se incardina el Tratado:

- *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas:* la dignidad inherente se refiere al valor de cada persona. Cuando se respeta la dignidad de las personas con discapacidad, se valoran sus experiencias y opiniones, las cuales pueden ser confirmadas sin temor de perjuicios físicos, psicológicos o emocionales.

- La *no discriminación* es un principio fundamental de todos los tratados de derechos humanos. Discriminar significa distinguir. Por tanto, este principio está llamado a evitar toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que deje sin efecto u obstaculice, sin justificación objetiva, el reconocimiento y ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos por diferentes motivos como la discapacidad.
- La *participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad*: la sociedad, tanto en su dimensión pública como en su dimensión privada. La participación va más allá de las consultas e incluye una intervención real en las actividades y en los procesos de adopción de decisiones y la posibilidad de emitir opiniones, de influir y de presentar denuncias cuando se deniega la participación.
- El *respeto por la diferencia* y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas entraña aceptar a otras personas en un contexto de comprensión mutua.
- La *igualdad de oportunidades* está estrechamente vinculada a la no discriminación. Se refiere a una situación en que la sociedad y el entorno están al alcance de todas y todos, incluidas las personas con discapacidad.
- La *accesibilidad* es el elemento que permite que las personas con discapacidad puedan vivir en igualdad, en libertad, de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Pero también es parte del contenido esencial de los derechos, es decir, todo lo que tiene que tener un derecho para existir.

Estos principios ya debían ser inspiradores a los Estados parte a la hora de construir políticas públicas de vivienda inclusivas, sin embargo, la CRPD lo fortalece en su articulado reconociendo este derecho desde diferentes perspectivas para evitar que sea conculcado.

En este sentido, son varios los artículos que tienen una incidencia directa en la vivienda como bien básico y como derecho humano de las personas con discapacidad. En este caso, el *artículo 5* de igualdad de oportunidades y no discriminación, establece la prohibición de discriminar e incluye toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o impedir el ejercicio de los derechos humanos, incluido el derecho a una vivienda adecuada. De este modo, la disposición se hace extensiva a las carencias que pueda haber en cuanto

a hacer frente a la desigualdad sistémica en el acceso a una vivienda adecuada, en particular las que estén relacionadas con unos servicios inadecuados, una protección social insuficiente y la falta de vivienda asequible.

También tiene un impacto el *artículo 9* de accesibilidad, en el que se describe la obligación de los Estados de identificar y eliminar las barreras y garantizar la accesibilidad, es otra disposición singular de ese instrumento que es particularmente importante con respecto a la vivienda. Como afirmó el propio Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su observación general núm. 2 (2014), relativa a la accesibilidad, ese aspecto es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida.

Con arreglo al artículo 9, los Estados parte están obligados a asegurar que en todas las viviendas que se pongan a disposición del público, incluidas las viviendas sociales y las privadas en régimen de alquiler, se tengan en cuenta todos los aspectos de accesibilidad relativos a las personas con discapacidad. En el artículo se abordan una gran variedad de cuestiones relativas a la accesibilidad incluyendo el entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, y los servicios etc. Pero los Estados también deben abordar las barreras económicas y sociales que menoscaban la accesibilidad previendo suficientes prestaciones o ayudas de vivienda para cubrir los costes derivados de una vivienda adecuada.

Se puede considerar que las obligaciones que deben cumplir los Estados según el artículo 9 son componentes del requisito de aplicar de inmediato las estrategias inclusivas basadas en los derechos, a fin de hacer efectivo el derecho a la vivienda. Tanto en las estrategias de vivienda como en los planes para la aplicación de medidas de accesibilidad, se deben establecer plazos definidos, asignar recursos adecuados, prescribir las obligaciones de las autoridades públicas, incluidas las autoridades regionales y locales, y las entidades privadas, y garantizar la participación de los afectados y la consulta con ellos. Una de las obligaciones inmediatas de los Estados es velar por que las nuevas viviendas se construyan de conformidad con el principio de diseño universal. Asimismo, se deben adoptar leyes y planes para garantizar que se eliminen las barreras existentes en las viviendas.

Por otra parte y de conformidad con el *artículo 13* de la Convención, es necesario que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia en todas las etapas de los procedimientos judiciales, en igualdad de condiciones con las demás. Los Estados deberán asegurar el acceso a la justicia de las demandas relativas al derecho de las personas con discapacidad a una vivienda adecuada, establecer mecanismos de

denuncia y rendición de cuentas accesibles e inclusivos, y garantizar que los tribunales estén autorizados y dotados de recursos adecuados para tramitar y resolver demandas relacionadas con el derecho de las personas con discapacidad a una vivienda adecuada. Las instituciones nacionales de derechos humanos también tienen una función importante que desempeñar en lo que respecta a facilitar la participación y la supervisión efectiva aportando mecanismos independientes de rendición de cuentas, y a posibilitar el acceso a la justicia mediante procedimientos de denuncia, incoando demandas sistémicas ante los tribunales o apoyando las que se presenten.

Pero si hay un artículo que se resiente significativamente es el *artículo 19* de derecho a vivir independientemente y a ser incluido en la comunidad, ya que en España siguen vigentes las institucionalizaciones a personas con discapacidad, prácticas nocivas ponen de manifiesto las violaciones del derecho a la vivienda cuando la discapacidad se malinterpreta como un problema de salud. Con el pretexto de proporcionarles un “tratamiento” y “atención”, las personas con discapacidad son apartadas de la población en general, aisladas y sometidas a un control social extremo. En el internamiento institucional a menudo se combinan las peores condiciones de vida, una privación grave de la libertad y un trato cruel e inhumano que puede llegar hasta la agresión física y sexual. Muchas veces los residentes de las instituciones o las personas que se encuentran en entornos similares no pueden mantener relaciones sociales o familiares fuera de ese entorno y carecen de elección con respecto a las actividades, las relaciones sociales, la sexualidad y la identidad.

El internamiento forzado se suele producir como consecuencia indirecta de otras violaciones del derecho a una vivienda adecuada. Cuando los Estados no proporcionan las formas de apoyo necesarias para vivir en la comunidad, o cuando las personas con discapacidad o sus familias simplemente carecen de medios para costear la vivienda, las personas con discapacidad pueden verse obligadas a vivir en instituciones debido a la falta de opciones de vivienda.

La protección legislativa de la capacidad jurídica y la adopción de decisiones de apoyo pueden resultar ineficaces en el contexto de las decisiones relativas a la vivienda, si no se dispone de apoyo o viviendas asequibles para vivir en la comunidad. En otras circunstancias, puede ser que la decisión de vivir en un entorno institucional o de permanecer con la familia sea adoptada por el tutor o un miembro de la familia de una persona con discapacidad en su nombre. Es posible que las instituciones, cuya utilización en un primer momento ha sido opcional, posteriormente nieguen a los residentes el derecho a salir de ellas. Vivir durante años en un entorno segregado socava enormemente la autonomía de estas personas y su capacidad de actuar de forma independiente, y hace que les sea difícil confiar en una alternativa positiva basada en la comunidad, o incluso imaginar esa posibilidad.

El *artículo 28* sobre nivel de vida adecuado, hace referencias expresas a los Estados parte para hacer efectivo el derecho a la vivienda de las personas con discapacidad, para ello deben adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para abordar la falta de hogar y la privación de vivienda sistémicas, que afectan de manera desproporcionada a las personas con discapacidad, y esforzarse por lograr la plena efectividad del derecho a una vivienda adecuada para todas las personas con discapacidad. En la CRPD queda muy claro que el derecho de las personas con discapacidad a la no discriminación no es simplemente un derecho negativo que exige que los Gobiernos y las entidades privadas se abstengan de adoptar medidas que excluyan a las personas con discapacidad, sino también un derecho positivo que les exige tomar medidas para garantizar que esas personas disfruten del derecho a la vivienda. Para ello, también habrá que mirar al *artículo 27* de trabajo y empleo, porque la activación laboral dotaría de autonomía económica a las personas para que puedan decidir sobre su propia vida, y, además, eso implicaría socialización y consumo de bienes y servicios, al estar realizando una actividad productiva.

Esta situación se ve agravada en las mujeres con discapacidad con menores oportunidades ante el empleo, una mayor dependencia económica de instancias ajenas, y con altas tasas de violencia machista, sin disponer de recursos habitacionales accesibles para el proceso de acogida.

2.4 La Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible

La Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible es un compromiso mundial para que la igualdad sea una realidad que permee en toda la humanidad y sin duda una oportunidad excepcional para catalizar, la todavía precaria situación, de los derechos de las personas con discapacidad. Si bien la Agenda no dedica un objetivo específico a la vivienda, si lo hace de manera transversal. Es por ello, que debemos ver en este Acuerdo una nueva ocasión para sacar a la luz y revertir las vulneraciones antes descritas y por eso los ODS deben ser permeables a los principios, valores y mandatos del PIDESC y de la CRPD, porque la vivienda en este marco jurídico es un derecho humano y porque solo de esta manera el desarrollo humano no dejará a nadie atrás y se saldaría una deuda de desigualdad, pobreza y discriminación hacia las personas con discapacidad en el acceso y disfrute a este bien básico.

2.5 La Nueva Agenda Urbana

La Nueva Agenda Urbana de Naciones Unidas, representa un ideal común para lograr un futuro mejor y más sostenible, en el que todas las personas gocen de igualdad de derechos y de acceso a los beneficios y oportunidades que las ciudades pueden ofre-

cer, y en el que la comunidad internacional reconsidere los sistemas urbanos y la forma física de nuestros espacios urbanos como un medio para lograrlo.

Un nuevo instrumento que pone el foco en las personas con discapacidad, como sujetos que merecen una especial atención en las políticas de urbanismo que se emprendan desde los estados, así como en la accesibilidad como un derecho instrumental para alcanzar ciudades inclusivas a todas las personas.

3. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL DE VIVIENDA DESDE LA DISCAPACIDAD

El pasado 5 de marzo se publicaba el Real Decreto-ley 7/2019 (Jefatura de Estado, 2019), de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. “*Un segundo intento*” por parte del Gobierno, que vio cómo una medida similar, de diciembre de 2018 (RD-L 21/2018 (Jefatura de Estado, 2018), de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler) no era aprobada y ratificada en el Congreso de los diputados.

Culmina, de momento, una vorágine de reformas llevadas a cabo por reales decretos leyes y leyes en los últimos seis, siete años. Que nacieron a causa de la terrible situación de vulnerabilidad de las personas y familias ante la explosión de la burbuja inmobiliaria en 2008 y la imposibilidad de mantener sus créditos hipotecarios al día (decretos leyes de 2012 y 2017 de apoyo a deudores hipotecarios, creación del Fondo Social de Vivienda, del Comité de seguimiento del Código de buenas prácticas, ley de apoyo a deudores hipotecarios de 2013; decreto de 2017 con las cláusulas suelo y protección de consumidores); y también como respuesta estatal a las iniciativas constantes e incansables de las Comunidades Autónomas por hacer real y efectivo el acceso a una vivienda adecuada y su función social en sus territorios (y que de forma constante han venido siendo recurridas ante el Tribunal Constitucional por nuestro Gobierno hasta mediados de 2018⁷).

Junto con el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 (Ministerio de Fomento, 2018) y la Agenda Urbana Española (Ministerio de Fomento, 2018) nos dan una primera idea de cómo, desde lo general, se toma lo específico (la situación de mayor vulnerabilidad en el acceso, disfrute y garantía de un derecho), en este caso, a las personas en situación de discapacidad.

⁷ Pág. 45 y ss. Informe Alternativo de PlatDESC-España para 6º Examen España por Comité DESC https://docs.wixstatic.com/ugd/10c749_96748485cd2d430ea09d393aad37c88c.pdf

Las personas con discapacidad y las personas mayores o de edad avanzada acceden con mucha más dificultad a los bienes y servicios básicos que en principio deben estar al alcance de cualquier ciudadano. El caso de la vivienda es paradigmático, pues a los problemas generalizados de carestía, falta de financiación adecuada o calidad, o dificultades extremas para mantener la propiedad o la posesión por no poder hacer frente al pago de deudas o rentas con los que se topan muchos ciudadanos, se añaden, para las personas con discapacidad y las personas mayores, los de ausencia de condiciones de accesibilidad del parque de edificios y viviendas. Sin accesibilidad, entendida en el sentido de la CRPD, firmada y ratificada por España, y plenamente vigente en nuestro país, el derecho a una vivienda digna se hace, para este grupo de población, extremadamente difícil o incluso llega a verse vaciado de contenido.

En España, el 70 % de los edificios de viviendas aún son inaccesibles, presentan barreras importantes (sin ascensor, tramos de escaleras, mala señalización, etc.), lo que impide a muchas personas con discapacidad y mayores llevar una vida digna, pues no pueden salir y entrar de sus domicilios con normalidad, reduciendo sus derechos y su calidad de vida. Con la reforma de la Ley, la accesibilidad sería asumida como obligación por los vecinos, como ocurre con el resto de gastos de las comunidades, y disponiendo la existencia de ayuda pública para que nunca quede una actuación sin acometerse por falta de capacidad económica de los copropietarios.

Nuestro Ordenamiento jurídico no desconoce este estado de cosas, y ha desplegado medidas de acción positiva en favor de un acceso más normalizado de las personas con discapacidad y personas mayores a una vivienda digna.

Así, la Ley 49/60, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, ha experimentado diversas modificaciones, a lo largo del período democrático, para facilitar las obras de accesibilidad, señalando una tendencia progresiva, como ocurre en los demás países europeos, a que los costes de adecuar los edificios e inmuebles sean asumidos en su integridad por las comunidades de propietarios. En el año 2003, se produjo un avance normativo relevante en esta materia, al obligar la Ley a las comunidades de propietarios a hacerse cargo, bien es cierto que hasta un límite, de las obras y actuaciones de accesibilidad. Dada la limitación de esta mejora, en los años 2011, 2013 y 2019, esa misma Ley ha experimentado modificaciones parciales en este aspecto de la accesibilidad, que siendo positivas, singuen sin solventar la cuestión de fondo y es que el régimen legal de propiedad horizontal no es equitativo ni garantiza plenamente el acceso y el manteniendo en condiciones de dignidad y adecuación de las personas con discapacidad y personas mayores a una vivienda.

Estos progresos normativos deben, pues, ser completados, alcanzado la total asunción de costes, como desde siempre ha sucedido para otras obligaciones que asume la comunidad como las derivadas de las condiciones estructurales, la estanqueidad, la habitabilidad y la seguridad. No hay razón social ni jurídica para otorgar a la accesibilidad un trato distinto y más desfavorable, rayano en la discriminación, cuando el bien social protegido constitucionalmente –la inclusión de las personas con discapacidad y personas mayores– es tan evidente.

Un estudio sobre vivienda y discapacidad no se puede sustraer de las referencias que la Ley General de los Derechos de las Personas⁸ con Discapacidad dedica a amparar este derecho. En este sentido la ley, recoge la reserva de vivienda pública accesible para personas con discapacidad, así como el factor de la accesibilidad como elemento indispensable para disfrute efectivo del derecho a la vivienda.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A la luz de la revisión y el análisis de la normativa que se exponen en este artículo, queda patente que la vivienda es un derecho humano. Y a la vez, que existen quiebras sustanciales a este derecho para las personas con discapacidad: ya que no queda garantizada la accesibilidad, el derecho a la vida independiente y el acceso a la justicia y su correspondiente reparación.

- A pesar de los progresos normativos en el plano estatal, la regulación en vivienda sigue sin acomodarse totalmente a los mandatos de los tratados internacionales de derechos humanos. Estos progresos normativos deben ser completados, en desarrollo de la Observación General nº 4 del PIDESC, para otorgar a la accesibilidad su función esencial como parte del contenido del Derecho Humano a la vivienda. Una cuestión sobre la que han vuelto a remarcar a España los comités de la CRPD y DESC (2019 y 2018).
- La inclusión y la vida en comunidad son principios que rigen los tratados de derechos humanos y que conectan directamente con el derecho a la vivienda. Sin embargo, las políticas públicas estructurales de segregación e institucionalización cercenan dichos principios. En este sentido y tal como recomienda el Comité de la CRPD 2019, se debe emprender un plan de desinstitucionalización que afecte de forma transversal a las políticas de vivienda y de atención a la dependencia, y tenga dotación económica suficiente para garantizar la vida independiente y en la comunidad.

⁸ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

- Las personas con discapacidad siguen encontrando barreras sustanciales en el acceso a la justicia; lo que pone en riesgo su defensa y la garantía de su derecho humano a una vivienda adecuada. Especial significación tienen los casos de desalojo forzoso de la vivienda habitual o las reclamaciones para incluir medidas de accesibilidad en las comunidades de vecinos. En este sentido y recogiendo las recomendaciones de la Relatora Especial de Naciones Unidas para una vivienda adecuada en referencia al acceso a la justicia en el desarrollo del derecho humano a la vivienda: España deberá establecer mecanismos de denuncia y rendición de cuentas accesibles e inclusivos, y garantizar que los tribunales estén autorizados y dotados de recursos adecuados para tramitar y resolver demandas relacionadas con el derecho de las personas con discapacidad a una vivienda adecuada.
- Ante la inseguridad jurídica para hacer efectivo el derecho humano a la vivienda, se recomienda a España que promueva una regulación (mediante los cauces apropiados procesales y administrativos) que contenga y otorgue efectividad, especialmente en el ámbito judicial, a las decisiones de los órganos de tratados internacionales de derechos humanos.

5. REFERENCIAS

Asamblea General de Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966).

<https://www.ohchr.org>. Recuperado el 7 de Abril de 2019, de [/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx](https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx)

Asamblea General de Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado el 7 de Abril de 2019, de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Asamblea General de Naciones Unidas. (8 de agosto de 2016). <http://ap.ohchr.org>. Recuperado el 8 de abril de 2019, de http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/71/310

Ayuntamiento de Barcelona. (28 de diciembre de 2017). <https://ajuntament.barcelona.cat>. Recuperado el 20 de marzo de 2019, de https://ajuntament.barcelona.cat/eixample/es/noticia/la-ley-de-la-vivienda-debe-anos-despues-una-medida-pionera-aplicada-parcialmente_599703

- Boletín Oficial del Estado. (25 de febrero de 2013). <https://www.boe.es>. Recuperado el 30 de marzo de 2019, de <https://www.boe.es/boe/dias/2013/02/25/pdfs/BOE-A-2013-2081.pdf>
- Comité de Ministros del Consejo de Europa (9 de noviembre de 1995). www.juntadeandalucia.es. Recuperado el marzo de 2019, de http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccar1/2_267_1.pdf
- Comunidad Autónoma del País Vasco. (18 de junio de 2015). www.boe.es. Recuperado el 2 de abril de 2019, de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-7802-consolidado.pdf>
- Consejo de Europa. (03 de mayo de 1996). <https://rm.coe.int>. Recuperado el 28 de marzo de 2019, de <https://rm.coe.int/168047e013>
- DESC - Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (s.f.). www.escri-net.org. Recuperado el 28 de marzo de 2019, de <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adeuada>
- España, P. D. (22 de marzo de 2018). <https://docs.wixstatic.com>. Recuperado el 27 de marzo de 2019, de https://docs.wixstatic.com/ugd/10c749_f2a920dbc5824de1a8cf6d6e6710893e.pdf
- <http://www.construyendoelderechoalavivienda.es>. (2008). Recuperado el 2019, de <http://www.construyendoelderechoalavivienda.es/wp-content/uploads/2019/03/Declaracion-de-CC-lectura-facil.pdf>
- Jefatura de Estado. (18 de diciembre de 2018). www.boe.es. Recuperado el 30 de marzo de 2019, de [/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-17293](http://diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-17293)
- Jefatura de Estado. (5 de marzo de 2019). <https://www.boe.es>. Recuperado el 2 de abril de 2019, de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-3108>
- Ministerio de Fomento. (9 de marzo de 2018). www.boe.es. Recuperado el 20 de marzo de 2019, de [/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-3358](http://diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-3358)
- Ministerio de Fomento. (02 de 2018). Agenda Urbana Española (AUE). Recuperado el marzo de 2019, de <http://www.aue.gob.es>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (13 de diciembre de 1991).

<https://www.acnur.org>. Recuperado el 30 de marzo de 2019, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>

Olea, S. (23 de noviembre de 2008). www.caritas-zaragoza.org. Recuperado el 10 de Abril de 2019, de

<https://www.caritas-zaragoza.org/biblio/ficheros/0811359001226405060.pdf>

Secretaría de Habitat III. (23 de diciembre de 2016). www.onuhabitat.org. Recuperado el 11 de abril de 2019, de <https://onuhabitat.org.mx/index.php/la-nueva-agenda-urbana-en-espanol>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (4 de noviembre de 1950). www.echr.coe.int. Recuperado el 20 de marzo de 2019, de https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Susana Montañez Heredia

Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Granada.

Investigadora Internacional. Experta en Discapacidad y Dependencia

////////////////////////////////////
**LA ASISTENCIA PERSONAL Y SU CUMPLIMIENTO. OBSERVACIONES
DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL ARTÍCULO 19 DE LA
CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

SUMARIO: Introducción. –1. Concepto y características de la asistencia personal. 1.1. Indicadores de referencia y observaciones de Naciones Unidas. –2. Observación general número 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. –3. Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España de 9 de abril de 2019. –4. Grado de cumplimiento de España sobre la asistencia personal. –5. Importante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. –6. Conclusiones. –7. Bibliografía, jurisprudencia, webgrafía.

INTRODUCCIÓN

El Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹, (en adelante el Comité), ha venido exponiendo insistentemente que se siguen invirtiendo pocos recursos institucionales con relación con el fomento de la vida independiente de las personas con discapacidad, menguando así las posibilidades de su inclusión en la comunidad². Esto, consideramos que, ha generado en muchos casos,

¹<https://www.ohchr.org>

² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones Generales (2011) CRPD/C/ESP/CO/1

situaciones de abandono, dependencia de familiares, institucionalización, aislamiento y segregación de las personas con discapacidad. El método de análisis y control de estas variables se realiza en cooperación entre los Estados y el Comité y se realizan a través de las herramientas de Cuestionarios y Observaciones sobre el contenido de los derechos desarrollados en el Estado de referencia. En este estudio, el análisis versa sobre el artículo 19 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 de Nueva York (en adelante la Convención), que reconoce el derecho igualitario de todas las personas con discapacidad a vivir independientemente y ser incluidas en la comunidad, con la libertad de elegir y controlar sus vidas. Es base del funcionamiento del Comité velar por los derechos del colectivo³ y, como injerto en estos derechos, promover el recurso de la asistencia personal como método de cristalización de los derechos mencionados. Surge así un nuevo vector que proyecta la vida independiente, la inclusión en la comunidad e, incluso me atrevo a decir, la vía cercana para que se cumplan todos los derechos económicos, civiles, sociales y culturales de los Estados firmantes de la norma internacional.

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA ASISTENCIA PERSONAL

Para analizar este recurso, es necesario saber que el punto de partida no será el artículo 2 de la Convención sobre definiciones, ni el artículo 3 de los principios generales⁴, sino el artículo 19 de la Convención que trata del Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad que establece que: “Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de esta; c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a dispo-

³ CRPD/C/5/4 Métodos de trabajo del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptados en su quinto periodo de sesiones (11 a 15 de abril de 2011).

⁴ Aunque algo se vislumbra en el apartado a), que refiere el respeto a la autonomía de la voluntad, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.

sición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades”. Sobre esta base, marco como imprescindibles una instrumentalización del servicio para conseguir el resultado previsto de vida independiente⁵, sustentado en una perspectiva de derechos con la autodeterminación y la gestión de los apoyos como pilares fundamentales de protección jurídica. Así, tenemos que forjar el derecho con: 1.- La autogestión de la prestación del servicio. Elección libre por parte de la persona con discapacidad del grado preferido de control según sus circunstancias y preferencias de vida. Esta voluntad debe ser promovida y respetada siempre. 2.- El contenido de todos los círculos concéntricos del caso: Asegurar el derecho a la capacidad legal, Observación general N° 1 (2014)⁶, la Accesibilidad Universal, los Ajustes Razonables, Apoyos Naturales, etc; 3.- El desarrollo de un Plan de Vida Independiente propio. Propugno el cambio de paradigma en este sentido, considerando, dentro del respeto, que las familias no son la única opción para las personas con discapacidad y que la elección la debe hacer la persona titular del derecho a la Asistencia personal sobre dónde y con quién vivir desde el ejercicio de su capacidad jurídica. Esto, supone la realización práctica de una parte de la protección jurídica que no ha sido desarrollada ni en el ámbito de la discapacidad, ni en el ámbito de la dependencia, donde se carece de una Convención de mayores que garantice, junto a la figura de la Relatoría y de un Comité Específico, los derechos desde la voluntad de la persona como origen de las actuaciones y decisiones. Es el derecho del que nacen todos los demás y que supone, a modo de ley de base, la garantía de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad⁷. 4.- Cuantificación de resultados. La investigación por medio del análisis de datos cuantitativos y cualitativos precisos sobre personas con discapacidades, incluidas las que aún viven en instituciones y estableciendo disgregación por género; 5.- Garantizar los cumplimientos. Las Administraciones Públicas deben centrar la búsqueda de financiación para el servicio (regional, para la cooperación al desarrollo, etc.), teniendo en cuenta la figura del apoyo natural o el guardador de hecho que adquieran la consistencia necesaria para que el Derecho las tenga en cuenta.⁸ En este sentido, se hablará más adelante, del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y pro-

⁵ MONTAÑEZ HEREDIA, Susana: “El derecho a la autonomía personal como garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad y en situación de dependencia”. *Revista Anales de Derecho y Discapacidad*, pp. 63-75. Volumen II. Ed. Cinca. Madrid. 2017

⁶ CRPD/C/GC/1 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Disposición General de 19 de mayo de 2014.

⁷ MONTAÑEZ HEREDIA, Susana: “El derecho a la autonomía personal de las personas con discapacidad: Propuesta de una Ley de Bases como contenido esencial del Derecho de la Discapacidad”. *Nuevos horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*, pp. 471-478 1ª Ed. Thomson Reuters. Navarra 2018.

⁸ CRPD/C/5/4 Métodos de trabajo del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptados en su quinto periodo de sesiones (11 a 15 de abril de 2011).

cesal, sobre el apoyo a las personas con discapacidad, en el ejercicio de la capacidad jurídica y que ha sido aprobada por su Dictamen número 34/2019 en sesión celebrada el día 11/04/2019. Cuando hablamos de la atención en la dependencia, queda por desgranar el derecho subjetivo en la legislación en materia de autonomía personal y atención a la dependencia en el desarrollo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante LAAD).⁹ Las características de la Asistencia Personal, la expongo en el cuadro, relacionada con algunas otras figuras que, en paralelo, pueden generar cierta confusión.

ASISTENCIA PERSONAL	CUIDADOR PROFESIONAL	CUIDADOR FAMILIAR
La persona usuaria es el "jefe"	El "jefe" es una empresa o servicio ajeno a la persona usuaria	Depende de la buena voluntad de la persona cuidadora
Realiza cualquier tarea y/o función que necesite la persona usuaria	Las tareas y/o funciones que realiza se reducen al ámbito domiciliario. Excepcionalmente puede realizar alguna tarea fuera del hogar como ir a comprar o al médico	Acuerdo tácito o implícito de qué cosas se pueden pedir y cuáles no
Se adapta a las necesidades y directrices de la persona usuaria	No se adapta a las necesidades y directrices de la persona usuaria	Dificulta la libre elección
Es un servicio o apoyo remunerado	Es un servicio o apoyo remunerado	No está remunerado

Por lo tanto, concluyo, que será la naturaleza del servicio realizado, la que determine el ámbito jurídico aplicable al mismo. Así lo confirma, una jurisprudencia reciente, que destaca la obligación de dar de alta a asistente personal de una persona con discapacidad, aunque trabaje solo 1 hora al día. Según el Juzgado de lo Social nº 2 Zaragoza en la Sentencia 3/2019, de 10 de enero (Rec. 726/2017), cuando se iba a dejar de prestar este los servicios de ayuda a domicilio existentes, ambas partes consensuaron continuar la relación en los mismos términos que los anteriores, pero ya sin la intervención de la empresa. No se formalizó contrato alguno, el pago era en metálico sin justificante alguno, las funciones del empleado eran las propias de ayuda a domicilio, tales como asearse, ducharse, vestirse y levantarse de la cama; no realizaba actividades de fisioterapia, rehabilitación, preparación y/o toma de medicación. A juicio del Juzgado, concurren todos los elementos propios de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar¹⁰. Por todo ello, se ratifica el expediente sancionador de la Seguridad

⁹ MONTAÑEZ HEREDIA, Susana: "El sistema para la autonomía y atención a la dependencia como mecanismo de protección jurídica de las personas". *Protección jurídica en España de menores y personas mayores en situación de vulnerabilidad. Especial incidencia en aspectos civiles y penales*. pp. 141-162. 1ª Ed. Thomson Reuters. Navarra 2018.

¹⁰ De un lado, la voluntariedad del auxiliar en la realización de la prestación interesada por el demandado, porque las labores a realizar por el asistente se concretaban según las necesidades y se realizaban en el hogar familiar; también la asiduidad de la prestación, porque se llevaba a cabo de manera diaria y en un horario prefijado por el empleador; y la percepción de una remuneración fija.

Social y se le condena al empleador con discapacidad obligado a pagar la suma correspondiente por falta de alta en seguridad social de su empleado. Otra importante sentencia fue la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre de 2012 (Rec. 598/2012) sobre la Orden que regula la Asistencia Personal en Cataluña, ya que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declara discriminatoria la regulación vigente de la asistencia personal y se posiciona la sentencia como uno de los mecanismos para defender los derechos de las personas con discapacidad reconocidos en la Convención. En particular los menores de 16 años, mayores de 64 años, y personas con discapacidad intelectual que solicitaron la prestación de asistencia personal y se les denegó por tener menos de 16 años y, más de 64 y por tener discapacidad intelectual, tendrán una nueva oportunidad gracias a que la sentencia modifica el artículo 7 de la Orden ASC/471/2010 que regula la asistencia personal en Cataluña, la profesión del asistente personal y ampliaba el nivel de protección del Sistema Catalán de Autonomía y Atención a la Dependencia. A partir de la Sentencia el sentido normativo es reconocer el derecho a la asistencia personal sin discriminación por edad o tipo de discapacidad.¹¹

En capítulo aparte, dada su trascendencia, se detallará la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 25 julio 2018(Jur\2018\215281).

1.1. Indicadores de referencia y observaciones de Naciones Unidas

De los compromisos adquiridos por los Estados, a los resultados producidos, existe un camino marcado por la necesidad de medir los progresos por medio de los indicadores, pues van a conformar la referencia indispensable. El indicador es todo aquello que se toma en cuenta para evaluar los progresos, o el retroceso, en el ejercicio efectivo de los derechos humanos en el plano nacional. Para llegar a los resultados previstos, es necesario establecer unos criterios homogéneos de cumplimiento. ¿Cuáles son estos criterios de medición de cumplimiento?¹². Los indicadores relacionados con la medición de resultados, se refieren a aquellas cuestiones esenciales que se plantean a un Estado y que, en su respuesta, deja constancia a modo de fotografía instantánea, de la realidad de la situación legal en materia de discapacidad. La relación del cuestionario

¹¹ MONTAÑEZ HEREDIA, Susana: “La asistencia personal y su cumplimiento. Observación general del Comité de Naciones Unidas sobre el artículo 19 de la Convención”. *II Encuentro Juristas y Abogados por la Discapacidad. ICAMÁLAGA*. 2019.

¹² A/HRC/31/31. Consejo de Derechos Humanos, 31.º período de sesiones, Temas 2 y 3 de la agenda Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

de la oficina del alto comisionado para los DD.HH.¹³, es la siguiente: 1. ¿Está su país revisando actualmente o ha revisado las leyes por: (i) por negar o restringir el ejercicio de la capacidad jurídica, (ii) porque permite la institucionalización forzada (iii) porque supone el establecimiento de una presunción de peligro para sí mismo o para otros, sobre la base de la discapacidad, (iv) porque proporciona a los regímenes de protección social y las instituciones médicas que incluyen entornos segregados para vivir?¹⁴ 2. ¿Ya tiene su país ya o está actualmente desarrollando un programa o plan para promover la implementación de servicios que permitan una vida independiente como: ¿a) asistentes personales, b) asistentes de hogar o c) otros servicios basados en la comunidad? ¿Lo hacen independientemente del tipo de discapacidad? 3. ¿Tiene su país mecanismos eficaces que las personas con discapacidad puedan emplear con éxito en caso de denegación de acceso a los servicios que permitan una vida independiente e inclusión en la comunidad, incluyendo el acceso a los servicios para la población en general sobre una base de igualdad con los demás? Si es así, ¿garantizan los mecanismos de adaptación razonable cuando los servicios o apoyos necesarios no están en su lugar? Sírvanse proporcionar información sobre las buenas prácticas. 4. ¿Está su país implicado en programas de cooperación internacional relacionada con la garantía del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad? Si es así, ¿está su organización involucrada en cualquier programa? 5. ¿Tiene su país para recopilar estadísticas y datos desglosados sobre los servicios prestados para garantizar la vida independiente y la inclusión en la comunidad? A modo de ejemplo y con relación a los informes presentados tras las visitas del personal de Naciones Unidas se destaca en el informe por el CERMI en el Informe de la investigación relacionada con España bajo el artículo 6 del Protocolo Facultativo. CRPD/C/20/3 que: Existen diferencias en las comunidades autónomas, sin embargo, los interlocutores encontrados durante la visita resaltaron la falta generalizada de recursos humanos (párr.52): Asistencia personal y apoyos principalmente. Varias entidades europeas, conforman la relación de los Indicadores de referencia para ver el grado de cumplimiento del Artículo 19 de la Convención¹⁵, destacamos la entidad FRA: European Union Agency for Fundamental Rights, que está llevando a las organizaciones un proyecto de recopilación y análisis de datos comparables sobre la transición “Cuidado Para” basado en la provisión de

¹³ Tomado del país de El Salvador.

¹⁴ Sírvanse de proporcionar información detallada sobre las reformas legales relacionadas en no más de 500 palabras.

¹⁵ Para lograr la plena participación de las personas con discapacidades en la sociedad al brindar servicios de calidad basados en la comunidad, incluido el acceso a asistencia personal, destacan: European Commission (2010), European Disability Strategy 2010–2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe, COM (2010) 0636 final, Brussels, 15 November 2010, p. 3. Council of Europe (2017), Human Rights: A reality for all. Council of Europe, Disability Strategy 2017-2023.

apoyos de los Estados miembros de la UE. El objetivo de este proyecto es proporcionar asistencia y experiencia basadas en el marco Estructura+Proceso+Resultado desarrollado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)¹⁶. Ejemplo de ello es también el documento CRPD/C/ESP/Q/1¹⁷ en relación con los artículos 1 a 33 de la Convención¹⁸. Sobre el artículo 19 Derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad que se corresponden con los párrafos 92 a 98 del Informe inicial de cumplimiento de la Convención¹⁹ de 2010, se sustancia un modelo incipiente²⁰: con reconocimiento de las subvenciones dirigidas a apoyar el movimiento asociativo y el cargo a la asignación tributaria del IRPF (párr. 94). En España, el cumplimiento sobre la organización internacional para el desarrollo de la Convención se lleva a cabo por parte del Comité de Apoyo del CERMI como organismo independiente de representación de los movimientos inclusivos para la discapacidad.²¹ Otro documento clave, sobre el art. 19 de la Convención, es la observación general sobre el art. 19 CRPD/C/18/1 de 29 de agosto de 2017 donde se destaca la diferencia esencial con otras figuras al determinar que en la asistencia personal es una relación uno-a-uno. Los asistentes personales deben ser reclutados, entrenados y supervisados por la persona que recibe asistencia personal. Los asistentes personales

¹⁶ <https://fra.europa.eu/en/project/2014/right-independent-living-persons-disabilities>. Oficina de las Naciones Unidas del Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) (2008), Informe sobre indicadores de promoción y seguimiento de la aplicación de los derechos humanos (HRI/MC/2008/3), Ginebra, Naciones Unidas, disponible en: www2.ohchr.org/english/issues/Indicators/docs/HRI.MC.2008.3_en.pdf.

¹⁷ CRPD/C/ESP/Q/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Quinto período de sesiones 11 a 15 de abril de 2011.

¹⁸ El informe consta de dos partes: un documento básico común y el documento específico sobre el tratado. El documento básico común debe contener información general sobre el Estado que presenta el informe y el marco general de protección y promoción de los derechos humanos desglosados; el documento específico que se presente relativo a la aplicación, en la legislación y en la práctica, de los artículos 1 a 33 de la Convención. Informes Iniciales: El documento específico inicial sobre la Convención, junto con el documento básico común, constituyen el informe inicial del Estado parte y es su primera oportunidad de mostrar al Comité la medida en que sus leyes y prácticas cumplen con la Convención. Informes Periódicos, Informes de carácter excepcional conforman la morfología de los derechos de las personas con discapacidad de un Estado.

¹⁹ CRPD/C/ESP/1 Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, Disposición General 1 de julio de 2010.

²⁰ El informe presentado por España muestra la ambivalencia entre el modelo médico y el de derechos humanos, así como la dificultad de mostrar datos sobre acceso real a derechos de las personas con discapacidad. Cuestiones a las que España debe responder y que constituirán el informe que debe presentar en virtud del artículo 35 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En 2011 no cabía duda de que era necesaria una adaptación y modificación de diversas normas a la Convención, así como el diseño de estrategias de intervención, políticas específicas, planes de acción y programas que aseguren que las personas con discapacidad puedan disfrutar del conjunto de todos los derechos humanos: civiles, sociales, económicos y culturales.

²¹ Denominación propia que considero más acorde con los actuales momentos.

no deben ser “compartidos” sin el pleno y libre consentimiento de la persona que recibe asistencia personal. El compartir de asistentes personales limitará potencialmente y obstaculizará la participación autodeterminada y espontánea en la comunidad²².

2. OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 5 (2017) SOBRE EL DERECHO A VIVIR DE FORMA INDEPENDIENTE Y A SER INCLUIDO EN LA COMUNIDAD DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Las observaciones finales del Comité plantean logros y retos de España para el cumplimiento de la Convención en 2011²³. Con la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención, por el establecimiento de un mecanismo de supervisión (CERMI) independiente en cumplimiento del artículo 33, párrafo 2, de la Convención (párr. 6). En la materia acerca del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19), se destacan algunas deficiencias. Principalmente son estas: A. Existen pocos recursos que garanticen el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, B. Asimismo, la elección de la forma de vida no es libre, sino que está condicionada a la disponibilidad de servicios. C. Ni siquiera existe, en muchas ocasiones, por la falta de alternativas. Por ello, insta a que se dote de financiación adecuada para que se garantice este derecho en igualdad de los demás y al acceso a una serie de servicios comunitarios en la forma de vida que hayan elegido. Por otra parte, insta a que se amplíen los recursos de la ley de promoción de la autonomía a todas las personas con discapacidad en función de sus necesidades y no vinculadas a las de tercer nivel y ligado a educación y trabajo, así como para la contratación de asistentes personales en función de las necesidades (párr. 39-42). Determina que vivir de forma independiente significa que las personas con discapacidad cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten. Ser incluido en la comunidad se refiere al principio de inclusión y participación plenas y efectivas en la sociedad consagrado, entre otros, en el artículo 3 c) de la Convención. Sistemas de vida independiente Proporcionan la unión de los dos conceptos anteriores que se refieren a entornos para vivir fuera de las instituciones residenciales de todo tipo. No se trata “simplemente” de vivir en un edificio o lugar particular; significa, sobre todo y ante todo, no perder la capacidad de elección y la autonomía personales como resultado de la imposición de una forma y unos sistemas de vida determinados. Esta Observación, sentencia que el derecho amparado en el ar-

²² www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/observacion-general-n5.pdf, pp. 5-10

²³ CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 35 de la Convención.

título 19 está muy arraigada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29, párrafo 1, y se sustenta tanto en los derechos civiles y políticos como en los económicos, sociales y culturales: el derecho de toda persona a circular libremente y a escoger libremente su residencia²⁴. Continúa desgranando el derecho a una vida independiente con relación a su necesidad para varios colectivos y ámbitos que considera esenciales como la infancia, la no discriminación, la accesibilidad, las barreras de todo tipo, la asistencia personal que debe proporcionarse sobre la base de criterios personalizados y debe tener en cuenta las normas de derechos humanos para un empleo digno. Debe estar controlada por la persona con discapacidad y serle asignada a ella para que pague cualquier asistencia que necesite. Se basa en una evaluación de las necesidades individuales y las circunstancias vitales de cada persona. Los servicios individualizados no deben dar lugar a una reducción del presupuesto ni a un pago personal más elevado. El control de la asistencia personal puede ejercerse mediante el apoyo para la adopción de decisiones. (párr. 15 a 17).

3. OBSERVACIONES FINALES SOBRE LOS INFORMES PERIÓDICOS SE- GUNDO Y TERCERO COMBINADOS DE ESPAÑA DE 9 DE ABRIL DE 2019

En estas observaciones en su versión anticipada, aún sin editar a fecha de 28 de abril de 2019, el Comité acoge con agrado la aprobación de las siguientes medidas legislativas: La Ley Orgánica 2/2018, que modifica la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General, a modo de primer paso para garantizar el derecho de todas las personas con discapacidad a votar sin sufrir discriminación; la Ley de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Real Decreto 1/2013), que pretende aumentar las tasas de actividad, ocupación e integración de las personas con discapacidad mediante, entre otras medidas, mejoras en la disponibilidad de trabajos dignos y la lucha contra la discriminación; la reforma de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, que introduce la obligación legal de establecer una cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad; la Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con vistas al fortalecimiento de las garantías procesales, la regulación de las medidas de investigación tecnológica y reforzar los derechos de las personas con discapacidad a las que se atribuya un hecho punible o hayan sido detenidas; la Ley Orgánica 1/2015, que modifica el Código Penal para adecuarlo a la Convención. Además, se podrán incluir en ese listado de apreciación positiva, la reciente Resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Dipu-

²⁴ El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a un nivel de vida adecuado, que incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados (artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

tados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del RDL 6/2019 de 1 de marzo ya mencionada anteriormente; El Dictamen N.34/2019 de aprobación en Pleno del Consejo de Estado en sesión celebrada el 11/04/2019 del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal, para el apoyo a las personas con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad jurídica. La modificación normativa, que afecta al articulado del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la del Registro Civil, sienta las bases para el cambio del sistema actualmente vigente en nuestra legislación, en el que predomina la sustitución por orden judicial en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que, como regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones.

La idea central de este nuevo modelo es, por lo tanto, la del apoyo a la persona que pueda tener alguna dificultad en el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que tradicionalmente se ha llamado capacidad de obrar. Ello abarca, desde el acompañamiento amistoso, a la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, o incluso, la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. La nueva regulación otorga preferencia a las medidas preventivas, es decir, a las que puede tomar la persona interesada en previsión de una futura necesidad de apoyo, como son los poderes y mandatos preventivos, a la vez que potencia otras medidas con carácter externo, como la guarda de hecho. Además, regula las instituciones de la curatela y el defensor judicial y reserva la tutela a los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad. La reforma afecta también a otras normas relativas al Derecho Internacional privado, a los actos relativos a la nacionalidad, el matrimonio o la filiación, así como a algunas reglas del Derecho de sucesiones y de contratos.

4. GRADO DE CUMPLIMIENTO DE ESPAÑA SOBRE LA ASISTENCIA PERSONAL

Varias son las etapas en las que España ha tenido que dar cuentas del cumplimiento ante el Derecho internacional. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha observado avances significativos en la última década en relación con la implementación del artículo 19. Sin embargo, el Comité sigue observando una clara brecha entre los objetivos y el espíritu del artículo 19 y el alcance de su implementación. En 2011, las respuestas de España a las cuestiones planteadas anteriormente destacan en el siguiente sentido: suponía una primera declaración de intenciones que necesitaba de una puesta en marcha profunda desde todos los ámbitos. En 2017 destaca el Informe Olivenza sobre la situación general de la discapacidad en España, realizado en colaboración con el Observatorio de la Discapacidad donde los resultados en materia de la asistencia personal se refieren no sólo con la Comunidad Autónoma de Extrema-

dura, sino de otras Autonomías, siendo referencia común en todas, las dificultades que encuentran por no disponer de este tipo de apoyo de manera institucional como promotor de la vida independiente.²⁵

Otro de los informes centrales en la materia es el llevado a cabo por la Delegación de Derechos Humanos para el cumplimiento de la Convención ONU dentro de la estructura del CERMI Estatal, cuyo informe *Derechos Humanos y Discapacidad. España 2017*, fue aprobado por el Comité Ejecutivo del CERMI Estatal de 5 de abril de 2018.²⁶ En él, como se expone acertadamente en sus primeras páginas, se da voz y se pone rostro a las denuncias recibidas, con el objeto de prosperar en la inclusión y la plena ciudadanía de las personas con discapacidad. Centrando el contenido del Informe sobre el contenido del artículo 19 de la Convención, para el CERMI resulta preocupante: la falta de recursos y servicios, particularmente en las zonas rurales; que el internamiento sea la única posibilidad en los establecimientos residenciales; la restricción del ámbito de aplicación de las ayudas para la autonomía personal tanto en relación con las personas con discapacidad que puede disfrutarlas, como por lo que respecta al ámbito de actividad para el que se puede disfrutar de asistencia personal, esto es únicamente educación y trabajo; existen quiebras en la prestación de la figura del asistente personal como garante de autonomía personal y vida independiente y manifiesta la necesidad de establecer unos criterios justos que garanticen la calidad de la prestación económica y una regulación que no haga peligrar la figura del profesional de la asistencia personal que es fundamental para el ejercicio de los derechos. Sobre esa base y, de forma consensuada por todas las organizaciones representadas en el grupo de trabajo de asistencia personal del CERMI, se ha definido la formación básica de 50 horas, que deberá tener cualquier persona que quiera dedicarse a esta profesión. El Informe mantiene la preocupación sobre todo por el desmantelamiento en la práctica de los servicios y recursos de la LAAD. Ha existido, en todo caso, actividad normativa (no siempre en concordancia con la Convención), en el ámbito de las Comunidades Autónomas y a través de normas reglamentarias.²⁷ Continúa el referido texto referenciando la falta de reacción

²⁵ Pp. 600-630 del Informe <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/Informe%20Oli-venza%202017.pdf>. Editado por: Observatorio Estatal de la Discapacidad. 2017. www.observatoriodela-discapacidad.info.

²⁶ <https://www.cermi.es/es/colecciones/derechos-humanos-y-discapacidad-informe-espana-2017>.

²⁷ A veces, se confunden con los cuidados en el entorno familiar que ha venido a ponerse en valor, de nuevo, en la Disposición adicional decimocuarta: “Régimen jurídico de los convenios especiales de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia”, del reciente Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Aprobado por la Resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del RDL 6/2019 de 1 de marzo.

normativa sobre las recomendaciones en materia de vida independiente e inclusión en la comunidad. De esta forma, las cuatro recomendaciones a España siguen teniendo sentido sobre la financiación adecuada para que las personas con discapacidad: 1. Puedan, de forma efectiva, disfrutar de la libertad de elegir su residencia en pie de igualdad con los demás; 2. Puedan tener acceso a toda una serie de servicios comunitarios en su domicilio o en residencias; 3. Puedan tener acceso a otros servicios para la vida cotidiana, incluida la asistencia personal, y disfrutar así de un ajuste razonable a fin de integrarse mejor en sus comunidades; 4. Puedan ver ampliados los recursos para asistentes personales a todas las personas con discapacidad, en función de sus necesidades. En definitiva y a la vista del estudio realizado sobre la adopción de normas, podemos señalar que, en términos generales, España ha desatendido las recomendaciones del Comité. El 90% de las recomendaciones siguen teniendo sentido²⁸. Volviendo a las referencias europeas, y en concreto, por medio de la European Union Agency For Fundamental Rights (FRA), se determina un resumen general de los tipos y características de los servicios institucionales y comunitarios para personas con discapacidad disponibles en toda la UE, noviembre 2017²⁹. En él destaca especialmente el trabajo sobre los derechos de las personas con discapacidades, en particular sobre el derecho a la vida independiente³⁰.

5. IMPORTANTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta). Sentencia de 25 julio 2018 (Jur\2018\215281). Tras una cuestión prejudicial planteada relativa al derecho de circular y residir libremente en el territorio de la unión europea, el TSJUE resuelve en la en Sentencia de 25 de julio de 2018, acerca de la restricción de la normativa nacional que deniega a un residente de un Estado, que se traslada temporalmente a estudiar a otro Estado miembro, el derecho a percibir una prestación consistente en el abono de los gastos generados por las actividades cotidianas de una persona gravemente afectada por una discapacidad que no realiza ninguna actividad económica. El TJUE lo desestima en base al concepto de ciudadanía de la unión y a los artículos 20 y 21 del TFUE.

²⁸ Pp. 234-237 del Informe.

²⁹ Summary overview of types and characteristics of institutional and community-based services for persons with disabilities available across the EU, November 2017.

³⁰ Ver cuadro en <https://fra.europa.eu/en/project/2014/right-independent-living-persons-disabilities>.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), establece en su artículo 267 que El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad. En materia de prestaciones de seguridad social, la Unión Europea (en adelante UE), se puede decir que “establece normas para coordinar los sistemas nacionales de seguridad social y garantizar la protección en materia de seguridad social cuando un ciudadano se desplaza por Europa (los Veintiocho, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza). Las normas solo prevén la coordinación de los sistemas de seguridad social con el fin de determinar a qué sistema está sujeto un ciudadano desplazado. Estas normas impiden que una persona se quede sin protección social o que haya una doble cobertura en situaciones transfronterizas.

Cada Estado miembro es libre de determinar las particularidades de su propio régimen de Seguridad Social, como por ejemplo qué prestaciones se conceden, las condiciones para optar a ellas, cómo se calculan y qué cotizaciones deben abonarse, y para todas las ramas de la Seguridad Social, como la tercera edad, el desempleo y las prestaciones familiares, a condición de que tales cotizaciones nacionales respeten los principios de la legislación de la UE, en particular por lo que respecta a la igualdad de trato y la no discriminación. En este contexto, los Estados miembros son libres de seguir las novedades en relación con el pago de dichas prestaciones, incluido el pago a los ciudadanos que residen en otros Estados miembros. La Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social desempeña un papel especial en el intercambio de dicha información. La revisión de las normas de coordinación de la Seguridad Social fue anunciada en el Programa de trabajo de la Comisión para 2016 como parte de los esfuerzos de la Comisión por fomentar la libre circulación de trabajadores³¹. Recientemente, con fecha de 25 de julio de 2018, el Tribunal de Justicia

³¹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4301_es.htm

Europeo (en adelante TJUE), ha dictado una Sentencia, concretamente la JUR\2018\215281, en la que trata el derecho a continuar con la asistencia personal cuando una persona emigra a otro país dentro de la UE. En el fondo, de lo que se trata, es de la articulación de una respuesta a partir de la aplicación de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social. El aspecto interesante lo ponen de manifiesto tres cuestiones básicamente. Primero, el hecho de que no hay muchas sentencias en esta materia, y mucho menos del TJUE. Segundo, el aspecto novedoso de que las personas sean titulares de la prestación o servicio de autonomía personal. Tercero, que este motivo sea el desplazamiento y la realización de estudios en otro lugar. Todo ello supone una visión de personas con discapacidad gravemente afectadas que tienen y quieren vivir de forma independiente. En este análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 julio 2018 (JUR\2018\215281), se va a tener en cuenta la versión modificada del Reglamento n.º 883/2004 de la Comunidad Europea (en adelante CE) n.º 988/2009. ¿Cuál es el desencadenante de la causa judicial? Estamos ante la presentación de una cuestión prejudicial planteada en torno a la continuidad de la prestación de asistencia personal de una persona gravemente afectada por una discapacidad, que se traslada por tres años para cursar estudios superiores en otro Estado miembro de la UE. La respuesta a la cuestión prejudicial viene de la mano del criterio del Tribunal en torno a la naturaleza de la asistencia personal reconocida ya que será determinante para obtener una respuesta positiva o negativa a su externalización a otro país miembro de la UE. Así, podemos decir que el Tribunal de Justicia Europeo, se centra en un aspecto “conceptualista de la prestación” para determinar el reconocimiento o no de lo que es un derecho. Declarando finalmente que el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que una prestación como la asistencia personal controvertida en el litigio principal, que consiste, en particular, en el abono de los gastos generados por las actividades cotidianas de una persona con discapacidad precisada de apoyos que no realiza ninguna actividad económica, con el fin de que pueda cursar estudios superiores, no tiene cabida en el concepto de «prestación de enfermedad» en el sentido de dicha disposición y, por tanto, está excluida del ámbito de aplicación de ese Reglamento. Además, concluye certeramente sobre los efectos de la denominada ciudadanía de la Unión al recordar que los artículos 20 TFUE y 21 TFUE se oponen a que a un residente de un Estado miembro con discapacidad intensa se le deniegue, por su municipio de residencia, una prestación como la asistencia personal controvertida en el litigio principal con motivo de su estancia en otro Estado miembro para cursar estudios superiores.

El derecho prevalece, siempre que sea indispensable, teniendo en cuenta las necesidades individuales de la persona afectada³². Son comunes a todo lo anterior, los conceptos claves que el citado Reglamento presenta en su artículo 1, letras j) a l), al establecer que “se entenderá por: j) “residencia”: el lugar en que una persona reside habitualmente; k) “estancia”: la residencia temporal; l) “legislación”: para cada Estado miembro, las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y todas las demás medidas de aplicación que afectan a las ramas de Seguridad Social contempladas en el apartado 1 del artículo 3.”³³

Mediante la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, letra a) , del Reglamento n.º 883/2004 debe interpretarse en el sentido de que una prestación como la asistencia personal controvertida en el litigio principal, que consiste, en particular, en el abono de los gastos generados por las actividades cotidianas de una persona con discapacidad intensa que no realiza ninguna actividad económica, con el fin de que pueda cursar estudios superiores, tiene cabida en el concepto de «prestación de enfermedad» a los efectos de dicha disposición.

Con carácter preliminar, procede señalar que de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que la República de Finlandia no ha confirmado que la Ley sobre servicios a personas con discapacidad esté comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 883/2004. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el hecho de que un Estado miembro no haya notificado la declaración sobre su ley nacional reguladora de la materia del Reglamento n.º 883/2004, como ordena el artículo 9 de este, no tiene por efecto que esa ley quede excluida *ipso facto* de su ámbito de aplicación material³⁴. Entonces, ¿qué diferencia existe entre la aplicación o no del citado Reglamento 883/2004? En lo que se refiere a la distinción entre las prestaciones incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 883/2004 y las excluidas de él, debe recordarse que, básicamente, está basada en los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y

³² No cabe duda de que la persona que viaja de un Estado a otro lo hace también con su discapacidad.

³³ Según el TJUE el único objetivo es articular la coordinación (...) a fin de garantizar el ejercicio efectivo de la libre circulación de personas (STJUE 14 de junio de 2016), esto no sucede de manera automática cuando hablamos de la asistencia personal, pues, según el Tribunal Europeo en esta sentencia de 25 de julio de 2018 supone una regresión en los derechos ya que va a ser la propia naturaleza de esta prestación la que va a determinar su ámbito de aplicación.

³⁴ Véanse, en particular, por analogía, las Sentencias de 11 de julio de 1996, O , C-25/95, EU:C:1996:295, apartado 20 y jurisprudencia citada, y Sentencia de 19 de septiembre de 2013, H. y B., C-216/12 y C-217/12, EU:C:2013:568, apartado 46.

no en el hecho de que una prestación sea o no clasificada como prestación de Seguridad Social por una legislación nacional³⁵. De este modo, según reiterada jurisprudencia, “una prestación podrá considerarse prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales de sus beneficiarios, se conceda a estos en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que tenga relación con alguna de las contingencias expresamente enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento n.º 883/2004³⁶”. Por lo tanto, se determina el derecho a la misma sin que la autoridad competente pueda tener en cuenta otras circunstancias personales³⁷. Hay que mencionar que la razón de ser en el asunto principal es diferente de la que dio lugar a la sentencia de 16 de septiembre de 2015, Comisión/Eslovaquia³⁸.

Otro aspecto que diferencia la sentencia es el relativo a si la prestación controvertida en el litigio principal tiene relación con alguna de las contingencias enumeradas expresamente en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004. Este artículo se refiere específicamente al seguro de asistencia, es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado, en esencia, que las prestaciones que cubren el riesgo de dependencia, aun cuando presenten características propias, deben ser consideradas «prestaciones de enfermedad» en el sentido del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004.³⁹ No obstante, tal asimilación del riesgo de dependencia a la contingencia de enfermedad supone que unas prestaciones dirigidas a cubrir aquel riesgo se destinan a mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas dependientes⁴⁰. Eso es lo que ocurre, en particular, cuando, con independencia del modo de financiación de los regímenes en cuestión, se trata de la cobertura de los gastos ocasionados por el estado de dependencia de la persona, relativos, en cualquier caso de forma concomitante, a los cuidados dispensados a la persona y a la mejora de las condiciones de su vida co-

³⁵ Véanse, en este sentido, en particular, las Sentencias de 5 de marzo de 1998, M., C-160/96, EU:C:1998:84, apartado 19; de 16 de septiembre de 2015, Comisión/Eslovaquia, C-433/13, EU:C:2015:602, apartado 70, y de 30 de mayo de 2018, C., C-517/16, EU:C:2018:350, apartado 33.

³⁶ Véanse, en particular, las Sentencias de 27 de marzo de 1985, H., 249/83, EU:C:1985:139, apartados 12 a 14; de 16 de septiembre de 2015, Comisión/Eslovaquia, C-433/13, EU:C:2015:602, apartado 71, y de 21 de junio de 2017, M. S., C-449/16, EU:C:2017:485, apartado 20.

³⁷ Véanse en este sentido, en particular, las Sentencias de 16 de julio de 1992, H., C-78/91, EU:C:1992:331, apartado 17, y de 16 de septiembre de 2015, Comisión/Eslovaquia, C-433/13, EU:C:2015:602, apartado 73.

³⁸ C-433/13, EU:C:2015:602.

³⁹ Véanse, en este sentido, las Sentencias de 5 de marzo de 1998, M., C-160/96, EU:C:1998:84, apartados 23 a 25; de 30 de junio de 2011, da S. M. s, C-388/09, EU:C:2011:439, apartados 40 a 45, y de 1 de febrero de 2017, T., C-430/15, EU:C:2017:74, apartado 46.

⁴⁰ véanse, en este sentido, las Sentencias de 8 de marzo de 2001, J., C-215/99, EU:C:2001:139, apartado 28; de 21 de febrero de 2006, H., C-286/03, EU:C:2006:125, apartados 38 a 44, y de 30 de junio de 2011, da S.M. s, C-388/09, EU:C:2011:439, apartado 45.

tidiana, que le garanticen, en particular, el equipamiento necesario o la asistencia de terceros⁴¹. Las prestaciones relacionadas con el riesgo de dependencia tienen a lo sumo carácter complementario a las prestaciones de enfermedad «clásicas» comprendidas, *strictu sensu*, en el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 883/2004, y no se incluyen necesariamente en ella.⁴²

Las conclusiones del Tribunal son las siguientes: A) En relación a la prestación, la de considerar que la prestación para el servicio de asistencia personal no está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 883/2004, pues consiste en el abono de los gastos generados por las actividades cotidianas de una persona con discapacidad severa que no realiza ninguna actividad económica, con el fin de que pueda cursar estudios superiores, no tiene cabida en el concepto de “prestación de enfermedad”. B) Sobre la vulneración de los artículos 20 y 21 del Tratado Fundacional de la Unión Europea prevaleciendo un nuevo concepto de protección jurídica de derechos, como es el de Ciudadanía de la Unión. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados, destacando el derecho a la libertad de circular y de residir en el territorio de los Estados miembros reconocida en el artículo 21 TFUE.⁴³ Las competencias de los Estados deben realizarse respetando el Derecho de la Unión⁴⁴. En especial, en la referencia a la financiación de los servicios, se exige desde el Derecho de la Unión Europea, que no supongan una restricción injustificada al derecho de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros⁴⁵ y no constituya, por ello, una restricción a las libertades consagradas en el artículo 21 TFUE, apartado 1⁴⁶. En efecto, en materia de circulación de los ciudadanos de la Unión, no podrían producir plenos efectos los derechos por obstáculos en su residencia temporal⁴⁷. En educación, los objetivos perseguidos por el artículo 6 TFUE, letra e), y por el artículo 165 TFUE, apartado 2, segundo guion, pretenden favorecer la movilidad de estudiantes y de profesores⁴⁸. Una restricción de esa naturaleza solo puede estar justificada conforme al Derecho de la Unión si se basa

⁴¹ Véanse, en particular, las Sentencias de 5 de marzo de 1998, M., C-160/96, EU:C:1998:84, apartado 23; de 8 de julio de 2004, G. y B., C-502/01 y C-31/02, EU:C:2004:413, apartados 3, 21 y 26, así como de 12 de julio de 2012, Comisión/Alemania, C-562/10, EU:C:2012:442, apartado 46.

⁴² Véanse, en particular, las Sentencias de 30 de junio de 2011, da S.M. s, C-388/09, EU:C:2011:439, apartado 47, y de 1 de febrero de 2017, T., C-430/15, EU:C:2017:74, apartado 46 y jurisprudencia citada.

⁴³ Véase, en este sentido, la Sentencia de 2 de junio de 2016, B., C-438/14, EU:C:2016:401, apartado 31 y jurisprudencia citada.

⁴⁴ Sentencia de 26 de febrero de 2015, M., C-359/13, EU:C:2015:118, apartado 23 y jurisprudencia citada.

⁴⁵ Véase, en particular, la Sentencia de 26 de febrero de 2015, M., C-359/13, EU:C:2015:118, apartado 24.

⁴⁶ Sentencia de 26 de febrero de 2015, M., C-359/13, EU:C:2015:118, apartado 25.

⁴⁷ Véase, en particular, la Sentencia de 26 de febrero de 2015, M., C-359/13, EU:C:2015:118, apartado 26.

⁴⁸ Véase, entre otras, la Sentencia de 26 de febrero de 2015, M., C-359/13, EU:C:2015:118, apartado 27.

en consideraciones objetivas de interés general, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas, y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una medida es proporcionada cuando, siendo idónea para conseguir el objetivo perseguido, no va más allá de lo necesario para alcanzarlo⁴⁹. Hay excepciones por razones económicas⁵⁰ y reconocimientos de derechos basados en el vínculo con el Estado⁵¹, cuando pueda asegurarse que la carga económica asociada al pago de la referida prestación no resulte excesiva⁵². A la vista de las consideraciones anteriores, procede responder que los artículos 20 TFUE y 21 TFUE se oponen a que a un residente de un Estado miembro necesitado de asistencia personal debido a su discapacidad y movilidad reducida se le deniegue, por su municipio de residencia, una prestación como la asistencia personal con motivo de su estancia en otro Estado miembro para cursar estudios superiores, pues tiene la consideración de ser ciudadano de la Unión Europea.

6. CONCLUSIONES

Dar vida al artículo 19 implica que las personas con discapacidad viven en la comunidad y no en entornos institucionalizados. Por lo tanto, es necesario: 1. Implantar un proceso de transición de apoyo institucional a comunitario para un número significativo de personas con discapacidades. Garantizar que los espacios abiertos al público cuenten con señalización e información en braille y en formato de lectura fácil, y dispongan de servicios de asistencia personal e intermediación, incluyendo guías, lectores e intérpretes de lengua de signos profesionales, para facilitar la accesibilidad de los edificios y de los servicios públicos, y en particular para todas las personas con discapacidades sensoriales o intelectuales. 2. Gestionar la asistencia personal, con criterios de elegibilidad personalizados y con un enfoque de apoyos personalizados sobre la base de los derechos humanos. 3. Reconocer y regular por legislación específica, el derecho a la asistencia personal y su desarrollo, de manera común en toda España. 4. Diseñar, adoptar y aplicar una estrategia integral de desinstitucionalización e implantar

⁴⁹ Véase, en este sentido, la Sentencia de 26 de febrero de 2015, M., C-359/13, EU:C:2015:118, apartado 34 y jurisprudencia citada.

⁵⁰ Sentencia de 21 de julio de 2011, S., C-503/09, EU:C:2011:500, apartado 90. Es cierto que los objetivos perseguidos por una normativa nacional, así como la preservación del equilibrio financiero del sistema nacional de seguridad social, constituyen, en principio, objetivos legítimos que pueden justificar restricciones de los derechos a circular y residir libremente establecidos en el apartado 1 del artículo 21 TFUE.

⁵¹ Sentencia de 21 de julio de 2011, S., C-503/09, EU:C:2011:500, apartados 97 a 102, 104 y 109.

⁵² Sentencia de 21 de julio de 2011, S., C-503/09, EU:C:2011:500, apartado 103.

la protección jurídica que aseguren el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad en todo el territorio nacional como derechos fundamentales⁵³. 5. Estudiar y analizar la implementación de medidas óptimas para lograr la transición del marco institucional al comunitario, identificando los factores y las barreras para esta transición.⁵⁴ Desinstitucionalización + Reubicación + Programas de Desarrollo, así como apoyar la generación de la Nueva Agenda Urbana (Hábitat III) y constar como parte integral de la Agenda de Desarrollo 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

7. BIBLIOGRAFÍA

- A/HRC/31/31. Consejo de Derechos Humanos 31.º período de sesiones, tema 2 y 3 de la agenda. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disposición General de 19 de mayo de 2014.
- CRPD/C/ESP/CO/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones Generales (2011)
- CRPD/C/5/4. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptados en su quinto periodo de sesiones. Métodos de trabajo del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptados en su quinto periodo de sesiones.
- CRPD/C/ESP/Q/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Período de sesiones 11 a 15 de abril de 2011.
- CRPD/C/ESP/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disposición General 1 de julio de 2010.

⁵³ Mayor contenido en <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ba5e613-a4c0-11e7-837e-01aa75ed71a1/language-en>

⁵⁴ <https://fra.europa.eu/en/theme/people-disabilities>

- Council of Europe (2017), Human Rights: A reality for all. Council of Europe, Disability Strategy 2017-2023.
- Dictamen N.34/2019 de aprobación en Pleno del Consejo de Estado en sesión celebrada el 11/04/2019 del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal, para el apoyo a las personas con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- European Commission (2010), European Disability Strategy 2010–2020: A Renewed Commitment to a Barrier Free Europe, COM (2010) 0636 final, Brussels, 15 November 2010, p. 3.
- Informe Olivenza sobre la situación general de la discapacidad en España. 2017
- Montañez Heredia, Susana: “El derecho a la autonomía personal como garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad y en situación de dependencia”. *Revista Anales de Derecho y Discapacidad*, pp. 63-75. Volumen II. Ed. Cinca. Madrid. 2017.
- Montañez Heredia, Susana: ”El derecho a la autonomía personal de las personas con discapacidad: Propuesta de una Ley de Bases como contenido esencial del Derecho de la Discapacidad”. *Nuevos horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*, pp. 471-478 1ª Ed. Thomson Reuters. Navarra 2018.
- Montañez Heredia, Susana: “El sistema para la autonomía y atención a la dependencia como mecanismo de protección jurídica de las personas”. *Protección jurídica en España de menores y personas mayores en situación de vulnerabilidad. Especial incidencia en aspectos civiles y penales*. pp. 141-162. 1ª Ed. Thomson Reuters. Navarra 2018.
- Montañez Heredia, Susana: “La asistencia personal y su cumplimiento. observación general comité de naciones unidas sobre el artículo 19 de la Convención”. *II Encuentro Juristas y Abogados por la Discapacidad*. ICAMÁLAGA. 2019.
- Summary Overview of types and characteristics of institutional and community-based services for persons with disabilities available across the EU November 2017

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 25 julio 2018 (Jur\2018\215281).
- Sentencia Juzgado de lo Social nº 2 Zaragoza de 10 de enero de 2017 (Rec. 726/2017).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2016.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 2016.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2015.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre de 2012 (Rec. 598/2012) sobre la Orden que regula la Asistencia Personal en Cataluña.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de julio de 2011.

WEBGRAFÍA

- <https://www.ohchr.org>
- <https://fra.europa.eu/en/project/2014/right-independent-living-persons-disabilities>
- www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/observacion-general-n5.pdf.
- www2.ohchr.org/english/issues/Indicators/docs/HRI.MC.2008.3_en.pdf
- <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/Informe%20Olivenza%202017.pdf>.
- www.observatoriodeladiscapacidad.info
- <https://www.cermi.es/es/colecciones/derechos-humanos-y-discapacidad-informe-espana-2017>
- <https://fra.europa.eu/en/project/2014/right-independent-living-persons-disabilities>
- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4301_es.htm

Antonio-Luis Martínez-Pujalte

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Miguel Hernández de Elche

Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad

DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LA PROPUESTA DE INCORPORAR UN CÓDIGO QR A LAS PAPELETAS ELECTORALES PARA PERMITIR EL SECRETO DEL VOTO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD VISUAL EN TODOS LOS COMICIOS, INCLUIDOS LOS LOCALES

SUMARIO: 1. Objeto del Dictamen. –2. Antecedentes. –3. Valoración de la propuesta. –4. Cauce normativo para la implementación de la propuesta. –5. Conclusiones

1. OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del presente dictamen, elaborado a petición del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), es examinar la viabilidad jurídica de la propuesta de incorporar un código QR a las papeletas electorales, como medio para garantizar el ejercicio del derecho al voto individual y secreto por las personas con discapacidad visual, así como determinar el cauce normativo adecuado para la implementación de la citada propuesta.

2. ANTECEDENTES

Tradicionalmente las personas ciegas o con discapacidad visual disponían en nuestro país de un único sistema para poder ejercer el derecho al voto, que expresamente

reconocía el artículo 87 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG): servirse de una tercera persona que les facilitase la elección de la papeleta correspondiente a la candidatura de su elección, y, en el caso de las elecciones al Senado, incluso le indicase el lugar en el que figuran en la papeleta los candidatos de su preferencia. Ello impedía que, para las personas con discapacidad visual, quedase salvaguardado el carácter secreto del voto –que constituye un elemento esencial del sufragio, como expresamente señalan los arts. 68.1, 69.2 y 140 de la Constitución española–, e implicaba una discriminación, en la medida en que estas personas no podían ejercer su derecho al voto en igualdad de condiciones con las demás.

Para resolver esta situación, por Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre, se añadió un nuevo párrafo segundo al art. 87 LOREG, en el que se señalaba que “el Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central, regulará un procedimiento de votación para las personas ciegas o con discapacidad visual que les permita ejercer su derecho de sufragio, garantizando el secreto del voto”. El art. 87.2 LOREG fue prontamente desarrollado por el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio. Tal y como lo resume la Exposición de Motivos de la norma, el procedimiento consiste en “la utilización de papeletas y sobres de votación normalizados a los que se acompaña documentación complementaria en sistema Braille que va a permitir a la persona con discapacidad visual identificar la papeleta y el sobre de votación sin necesitar la colaboración de una tercera persona, procediendo, a continuación, a depositar su voto en la mesa electoral correspondiente”. Sin embargo, el procedimiento establecido en el Real Decreto queda circunscrito a las elecciones generales, elecciones al Parlamento Europeo y consultas directas al electorado (art. 2.1), así como a las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas –en este caso debido al carácter de norma básica del art. 87.2 LOREG, a tenor de lo que dispone la Disposición Adicional 1ª, y del propio Real Decreto 1612/2007 (Disposición Final Primera–, pero resultaban en cambio excluidas de este procedimiento las elecciones locales, sobre las que el Real Decreto remite a una futura regulación (Disposición Adicional Única). Debe señalarse, por lo demás, que este procedimiento exige en el elector conocer el sistema de lectoescritura Braille, y requiere solicitud previa.

Once años después de la entrada en vigor del Real Decreto 1612/2007, la anunciada extensión del procedimiento de voto accesible a las elecciones locales no se ha producido. El Gobierno ha venido alegando dificultades técnicas insalvables para la aplicación de este procedimiento, de las que se realiza un extenso tratamiento en el *Informe de Evaluación sobre Accesibilidad y Procesos Electorales*, del Ministerio del Interior, de 24 de abril de 2012; concretamente, se alude en el citado Informe a que la respon-

sabilidad de la confección de las papeletas en las elecciones locales corresponde de forma descentralizada a los 8.116 Ayuntamientos existentes en nuestro país, a la existencia de seis modelos distintos de papeletas de votación en las elecciones locales, y a la imposibilidad material de que –en el tiempo existente entre la resolución de los recursos contra la proclamación de candidatos y la celebración de las elecciones (23 días, conforme a los arts. 48 y 49 LOREG)– se puedan confeccionar tantos paquetes de votación accesible distintos como municipios desde los que se hayan producido solicitudes de uso de este procedimiento (a tenor de los datos que ofrecieron las elecciones a Cortes Generales de 2008 y 2011, las primeras en que se aplicó este procedimiento de votación, serían al menos 370) y remitirlos a los Ayuntamientos para que estos a su vez los hagan llegar a las Mesas Electorales el día de las elecciones. Por todo ello, el Gobierno –como manifestó en 2014 en la respuesta a una pregunta parlamentaria escrita– ha sostenido que “es técnicamente imposible utilizar un procedimiento de votación accesible en las Elecciones Locales”¹.

Debe tenerse presente, en este sentido, que por Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, se reformó el art. 87.2 de la LOREG para suprimir la obligación del Gobierno de establecer un procedimiento de voto accesible en las elecciones municipales, obligación que sin duda resultaba de la redacción inicial de este precepto dada por Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre, que le ordenaba regular un procedimiento de votación para personas con discapacidad visual que garantizase el secreto del voto, sin excluir ningún tipo de comicios. En cambio, ahora el art. 87.2 LOREG contiene un inciso final en el que se indica que este procedimiento “se aplicará, en todo caso, a las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, a las elecciones al Parlamento Europeo y a los supuestos de referéndum”, lo que permite que pueda no ser aplicado, como de hecho sucede, a las elecciones municipales.

No obstante, aun cuando esa explícita obligación del Gobierno impuesta por la legislación electoral haya desaparecido, la garantía del ejercicio del derecho de sufragio preservando su carácter secreto continúa siendo un imperativo de nuestro ordenamiento jurídico. Así resulta, en primer lugar, y como ya se ha adelantado, de la propia Constitución española, cuyo art. 140, concretamente en relación con las elecciones locales,

¹ Cfr. MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe de Evaluación sobre Accesibilidad y Procesos Electorales*, 24 de abril de 2012, http://elecciones.mir.es/locales2015/documents/10729/18193/Informe_accesibilidad.pdf (consultado por última vez: 14 de abril de 2019), págs. 110-119; Contestación del Gobierno a la pregunta escrita del Diputado Joan Baldoví Roda, de 7 de enero de 2014 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 616, 24 de febrero de 2015, págs. 292-295). Cfr. asimismo Acuerdo de la Junta Electoral Central 49/2011, de 3 de marzo.

establece que “los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y *secreto*”. Asimismo, en relación con esta cuestión debe tenerse presente la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue ratificada por España el 30 de marzo de 2007, y constituye por tanto una norma de nuestro ordenamiento interno conforme al art. 96.1 de la Constitución, cuyo art. 29 obliga a los Estados partes a “la protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos”.

Así pues, el hecho de que hoy no exista ningún procedimiento que permita a las personas ciegas y con discapacidad visual ejercer su derecho de sufragio en las elecciones locales preservando el carácter secreto del voto constituye una vulneración de la Constitución española y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Si se estima que el procedimiento previsto por el Real Decreto 1612/2007 resulta inaplicable a las elecciones locales, deberá diseñarse otro procedimiento diferente.

3. VALORACIÓN DE LA PROPUESTA

En este contexto se inserta la propuesta de incorporación de un código QR a las papeletas electorales. Sin entrar en detalles o especificaciones técnicas, desconocidas para el autor de este dictamen, como es bien sabido un código QR es un código de barras que almacena información que puede ser leída mediante un dispositivo móvil. Este código permitiría pues que la persona ciega o con discapacidad visual pueda identificar la papeleta –pues el dispositivo móvil haría una lectura verbal del código QR–, y, por tanto, tome la papeleta de su elección y ejerza el derecho al voto sin contar con la asistencia de una tercera persona y, en consecuencia, de forma secreta. La introducción del código QR permitiría, pues, cumplir plenamente las finalidades que hoy se satisfacen mediante el procedimiento de voto accesible regulado por el Real Decreto 1612/2007, y tendría, además, las siguientes ventajas:

- El código QR permitiría la elección de la papeleta a cualquier persona con discapacidad visual que no conozca el sistema de lectoescritura braille ni cumpla los restantes requisitos exigidos por el Real Decreto 1612/2007 (ser afiliado a la ONCE o contar con un grado de discapacidad igual o superior al 33%), así como personas sin discapacidad que puedan tener un problema transitorio de visión (por ejemplo, por haber sufrido una operación), personas mayores, personas que no sepan leer o con dificultad para la lectura, etc. El único requisito es contar con un dispositivo móvil que permita la lectura del código.

- Se contaría con un procedimiento que permite ejercer el derecho al voto sin previa solicitud, y, por lo tanto, garantizando, desde este punto de vista, que los procedimientos de votación cumplen la condición que, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 9) y el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (art. 22), han de reunir todos los productos y servicios: accesibilidad universal.

- Al aparecer el código QR en todas las papeletas electorales, el ejercicio del derecho al voto por las personas con discapacidad visual se produciría de forma normal y sin singularizarlas de ningún modo, evitando de este modo que hayan de ser objeto de ningún tratamiento especial.

En conclusión, pues, la propuesta de introducir un código QR en las papeletas electorales aparece como un mecanismo idóneo, que no presenta además especiales dificultades técnicas, para garantizar a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio activo en igualdad de condiciones con las demás, preservando el carácter secreto del voto.

4. CAUCE NORMATIVO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PROPUESTA

Como ya se ha señalado reiteradamente, el art. 87.2 LOREG remite al desarrollo reglamentario –que debe hacer el Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central– la regulación de “un procedimiento de votación para las personas ciegas o con discapacidad visual que les permita ejercer su derecho de sufragio, garantizando el secreto del voto”. Por tanto, y teniendo en cuenta que la introducción del código QR permite a las personas con discapacidad visual ejercer el derecho de sufragio garantizando el secreto del voto, nos encontramos ante un mecanismo que da cumplimiento a lo preceptuado por el art. 87.2 LOREG y que sería susceptible de incluirse en el desarrollo reglamentario del art. 87.2. En la medida en que ese desarrollo reglamentario ya se ha hecho por el Real Decreto 1612/2007, parece claro que la vía normativa más adecuada para incorporar la nueva propuesta y regular la incorporación del código QR a todas las papeletas electorales sería la modificación del citado Real Decreto. El nuevo texto del Real Decreto debería contener dos modalidades de votación: por un lado, regularía el procedimiento de votación con documentación complementaria en sistema Braille, que ha funcionado bien en las elecciones a las que se ha aplicado, por lo que no existe razón alguna para suprimirlo; en segundo lugar, regularía la introducción del código QR en las papeletas electorales, modalidad esta última que sería de aplicación a todas las elecciones que se celebren, incluidas las elecciones locales.

La tesis que se acaba de defender, según la cual la obligación de introducir el código QR en todas las papeletas electorales podría ser establecida por una norma de rango reglamentario en desarrollo del art. 87.2 LOREG, puede suscitar sin embargo algunas objeciones. Una primera objeción pondría de relieve que el art. 87.2 LOREG, en su redacción actual, no incluye a las elecciones locales en su ámbito de aplicación. Se trata en este caso de una objeción de muy escasa consistencia, pues ciertamente el art. 87.2 no obliga a que el procedimiento de votación para las personas con discapacidad visual que garantice el secreto del voto sea aplicado a las elecciones locales, pero tampoco lo excluye: al afirmar que “se aplicará, en todo caso, a las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, a las elecciones al Parlamento Europeo y a los supuestos de referéndum”, está obligando de forma imperativa a que ese sistema se prevea para las consultas y elecciones que menciona, pero, como pone de relieve la utilización de la expresión “en todo caso”, permite que se extienda también a otros supuestos, en la medida en que así lo prevea la regulación reglamentaria que lo desarrolle, interpretación que sería además la única conciliable con el artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que, como se ha señalado, exige que se garantice el derecho de las personas con discapacidad al secreto del voto en todas las elecciones. Asimismo, podría objetarse que el art. 87.2 LOREG habla de un procedimiento de votación, y, de acuerdo con la propuesta indicada en el párrafo anterior, el nuevo desarrollo reglamentario de este precepto contendría dos modalidades de votación. Tampoco parece esta una objeción atendible, pues no puede suscitar reparo alguno el hecho de que un mismo procedimiento contenga dos opciones alternativas.

Más relevante resulta, en cambio, una tercera objeción. La propuesta que se viene analizando en estas páginas comporta la introducción de un código QR en todas las papeletas electorales; por tanto, más que de un procedimiento de votación para las personas con discapacidad estaríamos hablando en realidad de un contenido nuevo que se incorpora a las papeletas. Y el contenido de las papeletas electorales se encuentra determinado de modo taxativo y preciso por el art. 172 LOREG en relación con las papeletas al Congreso y Senado (al que se remite además el art. 189.2 en relación con las papeletas de las elecciones locales), y por el art. 221 en relación con las elecciones al Parlamento Europeo. Por tanto, la introducción de un contenido nuevo de carácter preceptivo en las papeletas electorales exigiría la modificación de los citados preceptos de la LOREG. Es este ciertamente un argumento consistente. En efecto, el contenido de las papeletas electorales está expresamente definido por la LOREG, sin que puedan añadirse a las papeletas contenidos nuevos que no se encuentran contemplados legalmente. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el código QR no constituye en realidad un contenido nuevo de las papeletas electorales, sino más propiamente un método de lectura del contenido. Una vez introducido el código QR, las papeletas contendrán la misma información que se exige en la actualidad, pero esa información podrá ser cap-

tada y leída por dispositivos tecnológicos móviles. Por tanto, la obligación de introducir el código QR no vulneraría lo dispuesto en los arts. 172 y 221 LOREG en relación con el contenido de las papeletas electorales. Por otra parte, y en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el art. 87.2 autoriza a regular por vía reglamentaria cualquier especialidad en la votación que, como el código QR, sea apta para permitir a las personas con discapacidad visual el derecho de sufragio garantizando el secreto del voto. En este sentido, la obligación de introducir el código QR en las papeletas electorales, al afectar a un aspecto esencial del procedimiento de votación, debería ser establecida en principio por la propia ley electoral –y quizás es deseable que lo sea en el futuro–, pero, al operar sobre ella la deslegalización expresa realizada por el art. 87.2 LOREG, puede ser introducida por una norma de rango reglamentario en desarrollo de este último precepto.

Debe recordarse, por lo demás, que la modificación del Real Decreto 1612/2007 exigiría, además de los restantes trámites contemplados en el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias (art. 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), los informes preceptivos de la Junta Electoral Central, ordenado por el art. 87.2 LOREG, y del Consejo Nacional de la Discapacidad, en este caso en cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 54 y 55 del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

5. CONCLUSIONES

En virtud de los argumentos expuestos, procede establecer las siguientes conclusiones:

1. Nuestro ordenamiento jurídico obliga a garantizar a todas las personas el ejercicio del derecho de sufragio preservando el carácter secreto del voto. La inexistencia hoy de procedimiento alguno que permita que las personas ciegas o con discapacidad visual puedan ejercer el derecho de sufragio en las elecciones locales preservando el carácter secreto del voto constituye una patente vulneración de la Constitución española y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2. La introducción de un código QR en las papeletas electorales permitiría que la persona ciega o con discapacidad visual pueda identificar la papeleta sin contar con la asistencia de otra persona, y, por tanto, tome la papeleta de su elección y ejerza el derecho al voto de forma secreta, cumpliendo de este modo con los requerimientos de la Constitución española y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3. En la medida en que el art. 87.2 LOREG remite al desarrollo reglamentario – que debe hacer el Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central- la regulación de “un procedimiento de votación para las personas ciegas o con discapacidad visual que les permita ejercer su derecho de sufragio, garantizando el secreto del voto”, desarrollo reglamentario que ya se hizo por el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, la vía normativa más adecuada para regular la incorporación del código QR a todas las papeletas electorales sería la modificación del citado Real Decreto.

Es cuanto puedo informar, salvo opinión mejor fundada en Derecho.

Elche, 15 de abril de 2019

Elva Rodríguez Ruiz
Profesora e investigadora

DAÑO SOBREVENIDO, INCAPACIDAD, DISCAPACIDAD Y EMPLEO

SUMARIO: Incapacidad temporal. –Incapacidad permanente. –Bibliografía.

La alteración de la salud del trabajador va a condicionar su actividad productiva y si las limitaciones orgánicas y/o funcionales le impiden el desarrollo de su actividad laboral o si la incorporación al trabajo implica una agravación patológica, el trabajador se encontrará en una situación de incapacidad laboral. La falta de coordinación entre los sistemas contractual y protector en la Seguridad Social genera un grave desajuste en nuestro sistema con terribles consecuencias para el trabajador.

Es enorme la dificultad que existe en la actualidad para acceder a los mecanismos de protección que ofrece la Seguridad Social. Las diferentes contingencias dan lugar a una intensidad de protección que enfrenta los intereses del trabajador con la deficiente situación de la Tesorería de la Seguridad, motivo por el que ha aumentado el número de litigios que se dirimen en los tribunales.

El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, considera las situaciones determinantes de incapacidad laboral, las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo. No abordaremos el diferente tratamiento que otorga

el legislador a la prestación en función de la causa de la que deriva la situación incapacitante, si bien ha sido muy criticado por la doctrina al entender que dicha situación de necesidad que se origina es la misma independientemente del riesgo del que se derive¹.

Desde el punto de vista de su duración la incapacidad puede ser temporal si cabe esperar su recuperación en un periodo de tiempo determinado o permanente, cuando la alteración de la capacidad laboral es previsiblemente definitiva. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) es el encargado de evaluar, reconocer, calificar y revisar las situaciones de incapacidad laboral, otorgando la prestación económica correspondiente en función de la modalidad de la incapacidad. El diferente tratamiento que se otorga en función cada situación, en la práctica se traduce en numerosos conflictos, pasemos a analizar cada uno de ellos.

INCAPACIDAD TEMPORAL

Se produce cuando la falta de salud del trabajador es de tal intensidad que le impide desempeñar su trabajo. No se plantea problemática para aquellos trabajadores que se encuentren impedidos temporalmente para trabajar debido a enfermedad común, profesional o accidente, sea o no de trabajo, mientras reciban asistencia sanitaria de la Seguridad Social (se incluyen los periodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescribe la baja en el trabajo). Aunque no existe graduación ni criterios objetivos en nuestro cuerpo legal que permitan establecer el nivel de intensidad necesario para incapacitar temporalmente al sujeto, en la práctica no suscita polémica ya que se atiende a protocolos médicos y pautas que otorgan duraciones aproximadas de las bajas médicas ante determinados supuestos². Siempre que el trabajador enfermo no pueda realizar las tareas concretas, no se pueda desplazar, o suponga un peligro para la salud de otros trabajadores, se entenderá su situación de incapacidad temporal.

Nuestra legislación establece que en la calificación de la incapacidad quede determinada la profesión del trabajador. La valoración de la capacidad laboral requiere objetivar las limitaciones orgánicas y/o funcionales que una lesión o enfermedad haya originado en un trabajador y también conocer las competencias, las tareas realizadas

¹ ROQUETA BUJ, Remedios y FERNÁNDEZ PRATS, Celia. Realizan amplio tratamiento de este asunto en *Incapacidad para trabajar*, Madrid: La Ley Actualidad, 2014. Págs. 121 y ss.

² CARBAJO SOTILLO, María Dolores (Coord.). *Guía de Valoración Profesional*. 3ª edición. Madrid: Instituto Nacional de la Seguridad Social. 2014.

y los requerimientos del puesto de trabajo con el fin de determinar si las limitaciones impiden a ese trabajador desarrollar la actividad laboral.

El INSS utiliza la Guía de Valoración Profesional como herramienta técnica para determinar la solicitud de una situación de incapacidad laboral³. Esta herramienta proporciona a los médicos inspectores y al Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS la información más relevante existente en las diferentes clasificaciones relativa a las competencias y tareas de las profesiones más frecuentes en el mercado laboral español. Incorpora datos relativos a las competencias y tareas de cada ocupación, así como los requerimientos teóricos o cualidades psicofísicas que debe poseer el trabajador para realizar una profesión determinada. Aporta información sobre si las limitaciones o secuelas que sufre el trabajador le permiten continuar desarrollando su actividad laboral.

La duración máxima de la incapacidad temporal se encuentra acotada en nuestra normativa y es de 365 días. Llegado ese plazo el INSS debe apreciar si el trabajador se encuentra en una de las siguientes situaciones:

- a) No se ha recuperado, por lo que no puede trabajar y además no existe probabilidad de que vaya a alcanzar la curación o la mejoría en los siguientes 180 días, en cuyo caso se deberá verificar si el trabajador es acreedor de una incapacidad permanente, lo que supondrá la extinción de la incapacidad temporal.
- b) El trabajador sigue con alteración de su salud y sin capacidad para realizar su trabajo pero es probable que se pueda recuperar si permanece en situación de incapacidad temporal, en cuyo caso se puede prorrogar el proceso hasta alcanzar la duración máxima de 180 días adicionales⁴.
- c) Se ha recuperado, curado o mejorado, de manera que pueda trabajar.

³ La primera edición se publicó en 2009 e incluía 150 fichas (NIPO: 791-09-062-3). Existe una tercera edición que contiene todas las ocupaciones descritas en la Clasificación Nacional de Ocupaciones (CNO-2011) con 502 fichas profesionales. Cada ficha se compone de tres bloques diferenciados para la identificación de la profesión y descripción de competencias y tareas, los requerimientos profesionales y los posibles riesgos y circunstancias específicas.

⁴ ÁLVAREZ MORENO, A., “Cambios en el régimen de cotización a la seguridad social de las remuneraciones laborales” en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA J.R. (Dir.) *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 37/2014, de 28 de febrero*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 377.

La tercera opción es la más común y donde desde nuestro punto de vista, existe una gran discrecionalidad por parte de los facultativos de la Seguridad Social ya que en un alto porcentaje de casos se prescribe un “alta médica por mejoría” que no se corresponde con la realidad. También se incluye en esta tercera opción a aquellos trabajadores que no se han recuperado, pero han estabilizado sus secuelas.

¿Qué opciones tiene un trabajador que no ha recuperado su salud, ha agotado su plazo de incapacidad laboral temporal si el INSS le otorga el “alta por mejoría”?

Existe la posibilidad de que el trabajador que se encuentre en esta situación manifieste su disconformidad, en el corto plazo de cuatro días, ante la inspección médica del servicio público de salud o ante alguno de los órganos señalados en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o inste, en su caso, la revisión del alta médica emitida por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

De esta manera el trabajador podrá manifestar su disconformidad con el alta médica emitido o iniciar, ante la entidad gestora, el procedimiento administrativo de revisión de alta médica expedida en los casos de procesos de incapacidad temporal regulado en el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal. La iniciación de este procedimiento especial de revisión suspenderá los efectos del alta médica emitido, debiéndose entender prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento, manteniéndose, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado, sin perjuicio de que posteriormente puedan considerarse indebidamente percibidas las prestaciones económicas.

La resolución que se dicte determinará la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja médica. Normalmente los Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS son reticentes a prolongar más allá de los 12 meses la incapacidad temporal y lo más habitual es el pronunciamiento en el que se confirma el alta médica y se declara la extinción del proceso de incapacidad temporal.

Es frecuente encontrarnos con un trabajador que a pesar de continuar padeciendo dolencias que le incapacitan y aun habiendo manifestado su disconformidad, se vea obligado a incorporarse a su puesto de trabajo. Esta persona podrá interponer una reclamación previa contra la resolución adoptada, que, en caso de ser desestimada, algo totalmente habitual (art.1 Real Decreto 1300/95 de 21 de julio) permitirá interponer

demanda ante el Juzgado de lo Social en el plazo de 30 días desde la recepción de la resolución (art. 71 de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por la Ley 36/2011, de 10 de octubre).

El trabajador que sufre una enfermedad de larga evolución que requiere un tratamiento prolongado es el más desprotegido. La situación más gravosa se produce cuando existe una discordancia entre una resolución administrativa según la cual el trabajador no está impedido para el desempeño de su profesión, y a su vez, la empresa califica a esa persona como no apta lo que permite despedirle por causas objetivas como consecuencia de una ineptitud sobrevenida.

INCAPACIDAD PERMANENTE

El art. 136 de la LGSS define esta situación del trabajador como aquella, en la que después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral con independencia de la causa que la haya provocado (enfermedad común o profesional, accidente no laboral o de trabajo). Nuestra legislación diferencia distintos grados de incapacidad permanente en función del porcentaje de reducción de la capacidad laboral y distingue las siguientes situaciones (art. 137 e la LGSS cuya nueva redacción viene dada por el art.8 de la Ley 24/1997):

- Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, cuando sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33 por cien en su rendimiento normal para su profesión habitual, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.
- Incapacidad permanente total para la profesión habitual ya que le inhabilita para la realización de todas las tareas, o las fundamentales para su profesión habitual pudiendo dedicarse a otra distinta.
- Incapacidad permanente absoluta, que le inhabilita para toda profesión u oficio.
- Gran invalidez, cuando el trabajador afecto de esa incapacidad permanente, necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida.

Pues bien, teniendo en cuenta los datos publicados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en vigor a 1 de abril de 2018, las pensiones por incapacidad perma-

nente suman un total de 950.490 correspondiendo 2 al grado de parcial, 304.272 al grado de total, 347.281 al grado de absoluta y 33.583 a la gran invalidez. Si tomamos como referencia los datos a 1 de marzo de 2019, las pensiones por incapacidad permanente suman 954.552 correspondiendo 1 al grado de parcial, 569.698 al grado de total, 342.936 al grado de absoluta y 33.741 a la gran invalidez.

Llama poderosamente la atención el reconocimiento de solo dos incapacidades permanentes en el grado de parcial en 2018 y una en 2019⁵. Esto puede explicarse porque la prestación económica correspondiente consiste en una cantidad a tanto alzado que como tal, se abona en un único pago y cuya cuantía asciende a veinticuatro mensualidades de la base reguladora que haya servido para determinar la prestación por incapacidad temporal de la que se derive dicha incapacidad permanente⁶. Nada impide que el mismo trabajador tenga una recaída o evolución de tal manera que con el tiempo sea acreedor de una incapacidad permanente, al menos, en grado de total. No existen garantías de salud a largo plazo. Consideramos que esta situación expulsa del ámbito laboral a aquellos trabajadores que posiblemente no llegaran a esa situación de incapacidad total si hubieran optado a una adecuada adaptación del puesto de trabajo. También a corto y medio plazo, la incapacidad permanente parcial sería menos gravosa para la Tesorería de la Seguridad Social puesto que el trabajador continuaría desarrollando su actividad laboral, y, por tanto, cotizando a las arcas en similar proporción que el trabajador sano.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) en su artículo 25.1 establece la obligación general del empresario a la protección de los trabajadores que, por su estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Asimismo, establece que los trabajadores no podrán ser empleados en aquellos puestos de trabajo que, a causa de su estado biológico o por su discapacidad física, puedan ponerse en situaciones de peligro. La adaptación del puesto de trabajo por motivos de salud y, alternativamente, el cambio de puesto de trabajo por tales motivos, en caso de no ser viable la anterior, permitirá, en principio, encontrar un puesto de trabajo que se adecúe a las condiciones psicofísicas del trabajador.

La cuestión que ahora nos planteamos es la siguiente: ¿Qué ocurre con el trabajador que fue dado de alta pero no ha recuperado su salud? Podemos encontrarnos ante dos situaciones.

⁵ Pensiones en vigor a 1 de marzo de 2019. Consulta realizada el 15 de abril de 2019 <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24/EST196>.

⁶ Artículos 139.1 LGSS y 9 Decreto 1646/1972, de 23 de junio, por el que se desarrolla la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones de Régimen General de la Seguridad Social (BOE 28-6-1972, núm. 154).

En algunas empresas se encuentra instaurado un eficiente servicio de Prevención de Riesgos Laborales que tratará de adecuar las capacidades del trabajador con las exigencias del puesto, pero sin ninguna garantía de éxito. En caso de fracasar, ese trabajador será despedido por ineptitud sobrevenida dado que, objetivamente, no puede seguir desarrollando las funciones encomendadas en su puesto de trabajo.

La otra situación a la que hacemos referencia es aquella en la que el trabajador tiene su capacidad disminuida para realizar el trabajo que venía desempeñando con anterioridad, pero ningún documento que así lo acredite. En la práctica nos encontramos con empresarios que no se sienten obligados a realizar una adaptación del puesto de trabajo porque el trabajador no cuenta con una resolución que a ello le obligue. ¿Por qué el empresario va a realizar una adaptación del puesto a una persona que ha sido dada de “alta por mejoría”? Al no contar con ningún tipo de documento que acredite las limitaciones que ese trabajador tiene, no está obligado a tal adaptación, pues en todo caso dicha situación supone un coste económico para la empresa y, prácticamente ninguna responsabilidad para el empleador.

Cuando la alteración en la condición de salud de una persona repercute en la integridad de sus funciones o estructuras corporales puede limitarse su capacidad laboral. Sería muy importante identificar qué factores de los que interactúan con la condición de salud del individuo actúan como facilitadores o barreras y mejoran o reducen su funcionalidad con el fin de posibilitar la continuación de la actividad laboral, sin que se produzcan perjuicios económicos para la empresa, de manera que esta considere al trabajador parcialmente incapacitado, como un elemento productivo y no como un obstáculo en su producción empresarial. Se propone intervenir en los factores ambientales y adaptar el puesto de trabajo.

Respecto a la incapacidad permanente total, esta se reconoce cuando las lesiones permanentes que presenta el trabajador le impiden el desarrollo de su profesión. Se entiende por profesión habitual en caso de accidente, aunque no sea laboral, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrir el accidente, y en los casos de enfermedad (común o profesional) aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental, durante el periodo de 12 meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente.

A partir de dicho reconocimiento el trabajador recibe una pensión por incapacidad del 55 por ciento de su base reguladora si no ha alcanzado los 55 años de edad, porque a partir de ese momento podrá el trabajador solicitar el 20 por ciento sobre dicha cantidad por las dificultades que entraña su reincorporación al mundo laboral. Dicha prestación del 55 por ciento es compatible con el desarrollo de otra actividad laboral que

sí pueda cumplir en su situación secular, previa comunicación mediante informe motivado al INSS, en el cual se debe establecer las condiciones del nuevo puesto de trabajo y el porqué dentro de sus limitaciones, puede trabajar nuevamente. Esto solo será posible cuando las funciones que realice no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

Uno de los principales temores que tiene cualquier trabajador en esa situación es exponerse a la pérdida de la cuantía de la prestación a pesar de existir un régimen de compatibilidad entre las prestaciones y el trabajo.

El reconocimiento de la incapacidad permanente absoluta supone una prestación económica establecida en el 100 por cien de la base reguladora, y tradicionalmente se entendía que era incompatible con cualquier actividad laboral. Sin embargo, con el desarrollo de nuevas tecnologías y profesiones basadas en nuevas formas y modos de actividad laboral, también se pueden dar casos en los cuales se pueda compatibilizar la prestación y el trabajo.

Así ha sido reconocido el derecho al trabajo residual en este tipo de incapacidades, siendo obligatoria la comunicación mediante informe motivado al INSS, en el cual se establezca claramente cuáles son las condiciones de dicho puesto de trabajo que pueden ser realizadas, mientras no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

La gran invalidez, que supone el 150 por ciento de la base reguladora, requiere de una situación psicofísica del trabajador que implique la necesidad de ayuda de tercera persona. Esto significa que el trabajador se encuentre limitado de tal manera que necesite ayuda para la realización de las actividades básicas de la vida diaria de cuidado personal (aseo personal, control de esfínteres comer y beber, vestirse) y movilidad en el hogar (cambiar y mantener diversas posturas corporales, levantarse, acostarse y permanecer de pie o desplazarse dentro del hogar). En esta situación difícilmente podrá desarrollar ningún tipo de actividad laboral por liviana y accesoria que esta sea, aunque también hipotéticamente podría desarrollarla, pero estaría abocada a una revisión, pues es muy difícil poder compatibilizar una actuación laboral con la necesidad de ayuda permanente de tercera persona.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, relaciona la situación de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez con la condición de discapacidad. Además, en su artículo 17 señala que las personas con discapacidad en edad laboral tienen derecho a be-

neficiarse de programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo, así como de procesos de apoyo para la actividad profesional, incluyendo procesos de habilitación o rehabilitación médico-funcional, orientación profesional y formación, readaptación o recualificación profesional. Por otra parte, en su artículo 37 expresa que aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, mejorar la calidad del empleo y dignificar las condiciones de trabajo de dicho colectivo será finalidad de la política de empleo.

La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008, recoge en su artículo 27 el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, lo que incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad.

El Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020, aprobado por el Consejo de Ministros el 14 de octubre de 2011, se articula en cinco ejes: igualdad, empleo, educación, accesibilidad y dinamización de la economía. Se considera prioritario promover el derecho al trabajo de personas con discapacidad en condiciones que garanticen la aplicación de principios de igualdad de trato y no discriminación.

Las diferentes medidas de acción positiva que incentivan el empleo de personas con discapacidad a través del empleo ordinario o protegido, no están siendo utilizadas por trabajadores con incapacidad laboral.

Tras la modificación introducida por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre en el apartado 2 de su artículo 4 se reconoce como titulares de los derechos a los trabajadores con el reconocimiento de la incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez. Se considera, por tanto, que estos trabajadores presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento. Esta equiparación permite acceder a estas personas a los puestos de trabajo reservados, según lo recogido en los artículos 40 a 42, lo que significa que podrán optar a las cuotas de reserva para personas con discapacidad o a las ayudas a la generación de empleo como subvenciones, préstamos para la contratación, a la adaptación de puestos de trabajo, a las ayudas para eliminación de barreras o ser beneficiarios de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad social.

También podrán optar a las medidas fijadas para el acceso al empleo público cuya cuota de reserva de plazas para personas con discapacidad en todas las Administraciones Públicas es del 7 por ciento según establece la Ley 7/2007 y regula el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad. Recordemos que existe la posibilidad de subvencionar la adaptación del puesto de trabajo, por la realización de contratos indefinidos, así como derechos a bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, o deducciones en el impuesto de sociedades.

La Recomendación sobre readaptación y empleo (personas inválidas) núm. 168, 1983 de la Organización Internacional del Trabajo, enumera las medidas que se deberían incluir para crear oportunidades de empleo en el mercado regular e incluye, entre otras, incentivos económicos para alentar a los empleadores a proporcionar formación y empleo subsiguientes a las personas inválidas, así como a adaptar, dentro de los límites razonables, los lugares de trabajo.

En España no contamos con ninguna norma que especifique los límites de dicha adaptación del puesto de trabajo, por lo que sería recomendable establecer unos mínimos y máximos que desarrollaran tan importante recomendación.

Las políticas de bonificaciones y exoneraciones de cotizaciones sociales pueden ser un instrumento adecuado para favorecer la incorporación o permanencia en el mercado de trabajo de personas con especiales dificultades de acceso, pero es necesario reforzar las medidas de apoyo a la integración laboral y al desempeño profesional de estas personas mediante la adaptación al puesto de trabajo y los ajustes razonables.

Es necesario suprimir la causa de extinción contractual automática tras ser reconocida una incapacidad total, absoluta o gran invalidez. Se debe exigir previamente la realización de las adaptaciones precisas en el puesto de trabajo para que pudiera ser desempeñado por el trabajador o estudiar la posibilidad de darle ocupación efectiva en otro puesto adecuado a sus capacidades. Al efecto, el Estado debería generar ayudas e incentivos económicos y profesionales para que la realización de estas adaptaciones y ajustes puedan resultar viables para las empresas.

La clasificación tradicional sobre la incapacidad laboral está claramente obsoleta, especialmente en lo relativo al concepto de “incapacidad total para su puesto de trabajo habitual”. Responde a una clasificación que no se adecúa a la evolución experimentada por la sociedad. Son las limitaciones funcionales y no los diagnósticos, las que consolidan una situación de incapacidad. Solo se protege al trabajador que pasa de una situación de daño sobrevenido en el caso de que se produzca una mejoría y recupere su

capacidad para desempeñar un puesto de trabajo similar al que ocupaba con anterioridad a la situación invalidante, pero no se ampara la situación del trabajador que puede desarrollar un trabajo distinto en la misma empresa, con las adaptaciones precisas.

Por otra parte, queremos señalar que el sistema no ha contribuido a la prevención activa de los accidentes ni ha tutelado adecuadamente la salud y seguridad en el trabajo.

La homogeneidad en las cuotas de las empresas para cubrir los riesgos independientemente de su mayor o menor siniestralidad, dentro del mismo sector productivo, ha desincentivado tradicionalmente la labor preventiva dentro de las empresas. La reciente Orden ESS/256/2018 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 231/2017 de 10 de marzo, introduce un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral. El procedimiento establecido es la creación de un fichero informático para la remisión de los informes-propuesta no vinculantes y de la información sobre los recursos de alzada por las entidades gestoras o mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

El artículo 3 del Real Decreto 231/2017 de 10 de marzo establece un sistema de reducción de cotizaciones en las empresas mediante la creación de un incentivo cuya cuantía será del 5 por ciento de las cuotas por contingencias profesionales de cada empresa correspondientes al periodo de observación prevista en su artículo 5, que se establece en el número de ejercicios naturales consecutivos e inmediatamente anteriores al de la solicitud.

Cuando exista inversión por parte de la empresa en alguna de las acciones complementarias de prevención de riesgos laborales (recursos preventivos propios o ampliación de los existentes, auditorías externas, planes de movilidad vial en la empresa o inversiones en equipos de protección individual que mejoren las condiciones de seguridad y salud) se reconocerá un incentivo adicional del 5 por ciento de las cuotas por contingencias profesionales con el límite máximo del importe de dichas inversiones complementarias.

Esta medida promoverá sin duda el interés de las empresas en la inversión en la prevención de la siniestralidad laboral, pues sus inversiones se verán incentivadas, llegando a cubrir la totalidad de las mismas y por lo tanto mejorará la seguridad laboral de los trabajadores.

Es necesario regular mecanismos que otorguen una adecuada protección y estimulen una vida laboral activa. Las pensiones no pueden constituir el sistema de inserción

socioeconómica de personas con incapacidad más importante de España. Deben revisarse los incentivos y medidas disuasorias derivadas de los regímenes de prestaciones para hacer que el trabajo sea más atractivo mejorando la compatibilidad entre las pensiones y el empleo.

Se debe evitar que los trabajadores afectados de una grave enfermedad se vean obligados a acudir a los tribunales para obtener el reconocimiento de una incapacidad.

Se ve necesaria la creación de una unidad que supervise el proceso de rehabilitación sanitaria, laboral y social.

Es inexcusable que el equipo de valoración de incapacidades cuente con un servicio de readaptación profesional para permitir, en primer lugar, que, previas adaptaciones, la persona conserve su puesto u otro distinto en la misma empresa. En caso de no ser viable, acompañar al trabajador en búsqueda de nuevas alternativas teniendo en cuenta las fórmulas del empleo protegido promoviendo su integración laboral y social, más allá de la situación de “pensionista”.

El INSS debería contar con un equipo de profesionales que se aseguraran de la orientación profesional, formación, colocación y empleo de personas inválidas. Este proceso de readaptación debería comenzar lo antes posible. Cuando el trabajador sufre una enfermedad debería programarse de manera paralela a su rehabilitación clínica la rehabilitación laboral, para reducir las consecuencias negativas y promover su integración laboral o social.

Para asegurar cuanto acaba de referirse, es imprescindible que ambos equipos estén coordinados y formen parte de una misma unidad. Habría que incorporar entre sus profesionales a terapeutas ocupacionales.

La terapia ocupacional es una disciplina desconocida, y por ello, su potencial en el campo de la rehabilitación y de la adaptación en los puestos de trabajo se encuentra infravalorado en España. Estos profesionales cuentan con la formación óptima para poder identificar el mayor nivel de capacidad y funcionalidad en personas con limitaciones funcionales. Actualmente forman parte de los equipos que valoran el grado de dependencia, pero también deberían formar parte de los equipos de valoración de incapacidades del INSS y de los centros base para determinar el grado de discapacidad. En la actualidad participan en los procesos de rehabilitación que llevan a cabo las mutuas, pero su perfil socio-sanitario y su formación en ergonomía les faculta para integrarse en los equipos multiprofesionales que realizan los procesos de adaptación de puestos de trabajo.

En conclusión, es necesario un esfuerzo legislativo y un cambio en el concepto de incapacidad permanente que consiga armonizar las distintas normas que interactúan en los trabajadores que han sufrido un proceso patológico con el resultado de incapacidad sobrevenida.

El infra-reconocimiento de la incapacidad permanente parcial produce la expulsión de trabajadores que por sus conocimientos y experiencia podrían seguir desarrollando una actividad laboral plena. También mejoraría la situación de la Tesorería de la Seguridad Social al producirse un aumento en el pago de las cuotas de los trabajadores que de otra manera se perderían al desaparecer el vínculo laboral.

De la misma manera, tras el reconocimiento de una incapacidad total o absoluta, ya es imprescindible reincorporar a la vida laboral, dentro de lo posible, a un numeroso grupo de trabajadores mediante las políticas de acción positiva dirigidas a personas con discapacidad, esto es, a personas con incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

Para la correcta aplicación de dicha política es imprescindible la actuación de profesionales que no solo evalúen las capacidades laborales de los trabajadores, sino que les habiliten para su reincorporación laboral, siendo una pérdida irreparable para la sociedad el apartar definitivamente a personas que tienen los conocimientos, la experiencia e incluso las habilidades suficientes para continuar aportando su valía a la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MORENO, Ana. “Cambios en el régimen de cotización a la seguridad social de las remuneraciones laborales” en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA J.R. (Dirs.) *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 37/2014*, de 28 de febrero, p. 377. Valladolid, Lex Nova, 2011,.

CARBAJO SOTILLO, María Dolores (Coord.). *Guía de Valoración Profesional*. 3ª edición. Madrid: Instituto Nacional de la Seguridad Social. 2014.

DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS DE APOYO A LA DISCAPACIDAD. *Plan de acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020*, España, Real Patronato sobre Discapacidad, 2014. Págs. 35-42.

GARCÍA HERRERA, Manuel. “Guías de valoración de los requerimientos laborales en la incapacidad laboral: la Guía de Valoración Profesional del INSS, el mercal y la Guía Mejorada del Instituto Biomecánico de Valencia”. *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, vol. 60, nº 1, 2014. Versión on-line USSN 1989-7790.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Pensiones de incapacidad permanente en vigor a 1 de abril de 2018 y a 1 de marzo de 2019. Distribución por regímenes y grados de incapacidad*, España, 2018 y 2019.

RODRÍGUEZ RUIZ, Elva. *Discapacidad por daño sobrevenido y sus efectos en el ámbito jurídico laboral*. Madrid: La Llave. Por más señas, 2016. Págs. 150 y ss.

ROQUETA BUJ, Remedios y FERNÁNDEZ PRATS, Celia. *Incapacidad para trabajar*, Madrid: La Ley Actualidad, 2014. Págs. 121 y ss.

TERRADILLAS GARCÍA, María Jesús (Dir.). *Guía de Valoración de Incapacidad Laboral Temporal para Médicos en Atención Primaria*. 2ª edición. Madrid: Instituto de Salud Carlos III. Escuela Nacional de Medicina del Trabajo, 2015.

María del Mar Rojas Buendía

Doctora en Derecho e Investigadora del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid

**DISCAPACIDAD Y COMUNIDADES INDÍGENAS.
UNA VISIÓN DESDE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS
DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Modelo de Convención y expectativas. Programas de desarrollo. –3. La percepción de la discapacidad entre los pueblos indígenas. El origen, la participación y el desarrollo. –4. Discapacidad en condiciones de pobreza. –5. Análisis sobre las cuestiones clave para las personas indígenas con discapacidad bajo los auspicios de la Convención. –6. Conclusiones. –7. Bibliografía/enlaces.

1. INTRODUCCIÓN

A.- ¿Por qué es importante la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006 (CDPD); y su nuevo modelo de entender la discapacidad?

1.º Porque *promueve, protege y asegura el goce pleno y en condiciones de igualdad* de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con

discapacidad, y el respeto de su dignidad inherente; y porque hace vigente y visible *la diversidad de funcionamiento*, como un *componente actual en nuestras sociedades y comunidades*¹.

2.º Porque aporta un *Modelo Social de Discapacidad en conexión con los Derechos Humanos*. Siguiendo a De Asís, «los derechos humanos deben ser la referencia desde la cual abordar el tema de la discapacidad –no solo desde la conciencia de que las actuales regulaciones jurídicas sobre la materia reflejan esta perspectiva– sino porque los derechos humanos son una serie de instrumentos que manifiestan una determinada concepción de la moralidad pública, y que, en este sentido, constituyen un criterio de legitimación y de justificación»².

3.º Porque la Convención da «*visibilidad*» al colectivo con *discapacidades diversas dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas*. Asunción paralela del *fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, que cuenta con una *herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de las personas con discapacidad*³.

4.º (Desde la perspectiva de nuestra exposición, en su Preámbulo enuncia algunas de las preocupaciones de «(l)os Estados Partes en la presente Convención, [...] p) la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación, (entre otros motivos..., el) *origen nacional, étnico, indígena o social*, [...] t) *Destacando el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza*, [...] u) Teniendo presente que, *para lograr la plena protección de las personas con discapacidad, en particular durante los conflictos armados y la ocupación extranjera*, es indispensable que se den condiciones de paz y seguridad basadas en el pleno respeto de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y se respeten los instrumentos vigentes en materia de derechos humanos, [...] v) *Reconociendo la importancia de la accesi-*

¹ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (13/12/2006), Artículo 1.1. Vid., en relación con Principio General de Accesibilidad (Artículo 9); y Ajustes razonables, como concepto transversal para el goce y ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (Artículo 2).

² DE ASIS ROIG, R., «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder», en *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Campoy Cervera, I. (coord.), Colección Debates del Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», núm. 2, Dykinson, Madrid, 2004.

³ ONU, 5 de febrero de 2013. Vid. E/C.19/2013/6, «Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad, con especial atención a los desafíos que enfrentan respecto del pleno disfrute de los derechos humanos y la inclusión en el desarrollo» (Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 12º período de sesiones, Tema 7 del programa provisional* Derechos humanos, Nueva York, 20-31 de mayo de 2013).

bilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales».)

5.º Y, principalmente, porque apoya políticas basadas en los derechos civiles (desmedicalización y desinstitutionalización), *el apoyo mutuo, la legislación antidiscriminatoria y la participación* en la comunidad bajo un «modelo de vida independiente».

La configuración de los derechos lleva implícita la dimensión de desarrollo social. Esta visión parte del principio de que los derechos civiles y políticos no pueden ejercerse de manera real si estos no se encuentran sustentados en el ejercicio de los derechos económicos y sociales, como el derecho a una educación y a un sistema de salud de calidad, o el acceso a un trabajo digno y suficientemente remunerado. El aspecto del desarrollo social va implícito en la garantía del respeto íntegro de todos los derechos de las personas con discapacidad⁴.

Las personas tienen derechos, medidas exigibles que dotan a las personas de la capacidad y legitimidad suficientes como para poder demandarlos. Así, si estos derechos son garantizados, se convierten en herramientas efectivas para garantizar la igualdad de oportunidades y el desarrollo de las sociedades y comunidades. Por ejemplo, partiendo de considerar que la accesibilidad y los ajustes razonables son elementos transversales a los demás derechos de las personas con discapacidad, y a su disfrute; estos exigen actualmente no solo la eliminación de barreras arquitectónicas y humanas, sino un diseño universal para todos, centrado en el ser humano, para mejorar la «autonomía personal» de este colectivo⁵.

A partir de aquí nos centraremos en el modelo de Convención y en sus expectativas, que pasan por entender la perspectiva enfocada en la relación entre el desarrollo social,

⁴ O'REILLY, A., «El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades», Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007. Disponible en: <http://www.ilo.org/publns> (consulta: 04/2016).

⁵ «Muchos proyectos de desarrollo prevén la construcción de escuelas y de centros de formación profesional, la creación de sistemas de transporte público o la apertura de nuevas fábricas, talleres y oficinas. Si en la planificación de esos proyectos no se integran las necesidades particulares de las personas con discapacidades, se acabará acrecentando su segregación y exclusión y se les negarán las oportunidades a las que tienen derecho. La experiencia en otros ámbitos demuestra claramente que intentar que los edificios ya construidos sean accesibles para las personas con diferentes discapacidades es a la vez difícil y costoso. Por lo tanto, debería prestarse atención a los requisitos de accesibilidad desde las fases iniciales de la construcción. El sistema de los Documentos de Estrategia de Lucha contra la Pobreza en los países de bajos ingresos, que lanzaron el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial debe revisarse para asegurarse de que se tiene debidamente en cuenta las necesidades de las personas con discapacidades que viven en la pobreza», *ibidem*, p. 141.

los derechos humanos y la no discriminación⁶. Concretamente, el Artículo 32 sobre cooperación internacional, promueve que los “programas internacionales de desarrollo” sean inclusivos y accesibles para las personas con discapacidad. Así, se entiende que un programa de desarrollo está específicamente dirigido a las personas con discapacidad (por ejemplo, las mejoras del transporte público y de los servicios sanitarios, la construcción de una escuela, etcétera) cuando tiene en cuenta en su diseño y ejecución la perspectiva de la discapacidad, de manera que sus resultados no prescindan de las personas con discapacidad⁷.

Y, además, haremos nuestras algunas de las preocupaciones que a los Estados Partes en la presente Convención, les hace convenir en el acuerdo de sus postulados: 1) la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación, entre otros motivos, el *origen nacional, étnico, indígena o social*; 2) *el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad vivan en condiciones de pobreza*; 3) *el logro de la plena protección de las personas con discapacidad, en particular durante los conflictos armados y la ocupación extranjera*; y, por último, 4) *la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*.

B.- ¿Por qué es importante articular la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, los Derechos Humanos al Desarrollo y el Convenio núm. 169 (Artículo 7) de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales; con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?

1.º La primera de las razones para relacionar los derechos de las personas indígenas, con la discapacidad, estriba en que dos instrumentos internacionales establecen el marco jurídico, conceptual y político para la protección y promoción de estos *derechos (de las personas indígenas con discapacidad)*. En los artículos 21 y 22 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se hace referencia específicamente a las «personas con discapacidad»; y, en el preámbulo de la

⁶ PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI-CINCA, 2008, p. 260.

⁷ ONU, de 17 de enero 2007. Vid. A/HRC/4/75, «Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad», párr. 41.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se incluye una referencia particular a los «pueblos indígenas»⁸.

2.º Porque además del reconocimiento del derecho de autodeterminación, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas contempla el *reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos en un mundo global*⁹. (Representa identidad, inclusión y empoderamiento).

3.º Porque también los Estados deben promover la participación de las personas con discapacidad pertenecientes a todos los grupos de población, incluidos los que históricamente han sido discriminados o desfavorecidos, como los pueblos indígenas¹⁰. *Y promover políticas sociales (procesos legislativos y estructurales determinados, orientados al reconocimiento de estas personas como sujetos de Derecho)*¹¹.

4.º Porque dentro del carácter universal, indivisible e interrelacionado que la «Agenda» y los «Objetivos de Desarrollo Sostenible» y sus metas, incluidos los medios de implementación, representan; *es necesario empoderar a las personas vulnerables*, entre estas: las personas con discapacidad que viven en la pobreza (más del 80%) y los pueblos indígenas, los niños y jóvenes, etcétera. Y emprender acciones y medidas eficaces, de conformidad con el Derecho Internacional, para fortalecer el apoyo a las personas que viven, por ejemplo, en zonas afectadas por emergencias humanitarias¹².

⁸ En el mismo sentido, «Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad,...», op. cit., p. 4.

⁹ Vid., el artículo de Álvarez Molinero, «El sujeto indígena y el derecho de autodeterminación en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: ¿tienen los pueblos indígenas personalidad jurídica internacional?», en ÁLVAREZ MOLINERO, N., OLIVA MARTÍNEZ, D., ZÚÑIGA GARCÍA FALCES, N. (Eds.), *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Catarata, Madrid, 2009, pp. 213 y ss., la autodeterminación no es consecuencia del reconocimiento de la subjetividad indígena, sino que este resulta de un espacio de autodeterminación real, p. 214; vid. Convención Americana sobre Derechos Humanos, OAS Treaty Series No. 36, 1144 UNTS 123 vig. 18/07/1978, reimpr. Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6 rev. 1 en 25 (1992), art. 21.

¹⁰ ONU, 12 de enero de 2016. Vid. A/HRC/31/62, «Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad».

¹¹ Vid. AVARIA, A., «Políticas Sociales: Exclusión / Inclusión del Mundo Indígena», *Revista Mad*, Facultad de Ciencias Sociales - Universidad de Chile, núm. 8, 2003.

¹² ONU, 18 de septiembre de 2015. Vid. A/70/L.1, «Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio, Proyecto de resolución remitido a la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 por la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones», «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible».

5.º Porque representan la *visibilidad de los pueblos indígenas en materia de educación, el acceso a posibilidades de aprendizaje permanente que les ayuden a adquirir los conocimientos y aptitudes necesarios* para aprovechar las oportunidades que se les presenten y participar plenamente en la sociedad; y, así, la plena realización de sus derechos y capacidades.

6.º Y, por último, porque *se posibilita a los pueblos interesados a ejercitar el derecho de decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo*, si este afecta a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan, y a controlar, su propio desarrollo económico, social y cultural; y a que su participación y cooperación, sea prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Siempre que los proyectos especiales de desarrollo promuevan mejoramiento y los gobiernos velen, siempre que haya lugar, por efectuar estudios, en cooperación con los pueblos interesados, para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deben considerarse criterios fundamentales para la ejecución de estas actividades. Y, los gobiernos deben tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan¹³.

¹³ Vid. Artículo 7, de la Convención de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales; en conexión con, la Declaración del Derecho al Desarrollo, Art. 1, 2, 4, 6, 7 y 8, que reconoce que «(e)l derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo (...). Todos los seres humanos tienen, individual y colectivamente, la responsabilidad del desarrollo (...). Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional (...). Los Estados tienen el deber de adoptar, individual y colectivamente, medidas para formular políticas adecuadas de desarrollo internacional a fin de facilitar la plena realización del derecho al desarrollo (...). Se requieren una acción sostenida para promover un desarrollo más rápido de los países en desarrollo (...). Todos los Estados deben promover el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales y, con ese fin, deben hacer cuanto esté en su poder por lograr el desarme general y completo bajo un control internacional eficaz (...). Los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos (...).».

2. MODELO DE CONVENCIÓN Y EXPECTATIVAS. PROGRAMAS DE DESARROLLO

La Convención Internacional de 2006 es un Tratado de Derechos Humanos, adopta un lenguaje de derechos, establece obligaciones a los Estados Parte e instituye garantías para su cumplimiento¹⁴. A lo largo de la Convención, en primer lugar, *se sugiere a los Estados Partes pautas y medidas a adoptar, para poder garantizar el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad*. Así, por ejemplo, el artículo sobre toma de conciencia, el artículo sobre recopilación de datos y estadísticas, y el artículo sobre cooperación internacional¹⁵.

Para garantizar estos aspectos de desarrollo, los derechos que reconoce la Convención necesitan, para ser efectivos, del *cumplimiento de las obligaciones asumidas con respecto a estas normas por parte de los Estados*. De este modo, por ejemplo, garantizar la toma de conciencia y sensibilizar a la sociedad facilitará el acceso al empleo de las personas con discapacidad. La recopilación y análisis de estadísticas y datos será un elemento esencial para la vigilancia nacional e internacional efectiva respecto de la aplicación de la Convención, y la cooperación internacional podrá garantizar que los fondos que un Estado reciba en dicho marco, no puedan ser utilizados para crear, por ejemplo, una escuela sin tener presente los requisitos de accesibilidad universal.

En segundo lugar, y relacionado con el ejemplo relativo a la cooperación internacional, *los Estados y otros agentes de desarrollo no sólo deben adoptar medidas para iniciar programas de desarrollo apropiados para la discapacidad, sino que esas medidas deben respetar la evolución de los principios y obligaciones de derechos humanos establecidos en virtud de la Convención y la normativa de derechos humanos en general*. La expectativa de la Convención es generar un cambio respecto al modo en que el desarrollo interactúa en la esfera de la discapacidad¹⁶.

Con respecto a esta injerencia positiva, es necesario incorporar una perspectiva de derechos humanos y de discapacidad, a la programación del desarrollo existente, desde la visión que da la Convención. En el párrafo g) del preámbulo, se reconoce la importancia de *incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible*.

¹⁴ Tratado sobre derechos humanos, que establece normas de aplicación general que jurídicamente se encuentran en un ámbito superior a las leyes internas de los países firmantes.

¹⁵ Vid. *El modelo social de discapacidad...* op. cit., pp. 260 y 261.

¹⁶ *Ibidem*, p. 261.

A efectos de promover la Convención, será importante una programación del desarrollo basada en derechos específicos en relación con la discapacidad, pero también será fundamental para comenzar a incorporar los derechos humanos y la discapacidad en una programación del desarrollo más amplia¹⁷.

Para concluir, cualquier tipo de *medida de desarrollo social* adoptada por el Estado, debe garantizar la participación de las personas con discapacidad. Asimismo, los *programas de desarrollo* no deben ser discriminatorios, deben promover la igualdad entre géneros, tener en cuenta la especificidad de los colectivos que la discapacidad abarca, y deben garantizar un diseño y accesibilidad universal en su concreción. También, los programas de desarrollo deben ser supervisados y evaluados, incluso con los mecanismos establecidos en la Convención. Las personas con discapacidad puedan recurrir legalmente según lo previsto, si la implementación de un programa de desarrollo corre el riesgo de violar un derecho reconocido en la Convención.

3. LA PERCEPCIÓN DE LA DISCAPACIDAD ENTRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. EL ORIGEN, LA PARTICIPACIÓN Y EL DESARROLLO

En el informe titulado «*La Situación de los Pueblos Indígenas del Mundo*» solo se indica que las personas indígenas tienen más probabilidades de tener discapacidad, incluidos problemas de salud mental que llevan a que las tasas de suicidio sean más altas¹⁸.

De los 27 Estados que hasta la fecha han presentado sus primeros informes periódicos al Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁹, diez han mencionado a los pueblos indígenas –Argentina, Australia, Costa Rica, Dinamarca, Islas Cook, Kenya, México, Nueva Zelanda, Paraguay y Perú.

Por un lado, en algunas lenguas indígenas, no existe la expresión «personas con discapacidad». También hay lenguas indígenas que utilizan términos muy positivos para referirse a las personas con determinadas discapacidades, por considerar que esas personas poseen dones especiales (por ejemplo, dones otorgados). Cada persona tiene

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Vid. Informe «*La Situación de los Pueblos Indígenas del Mundo*», Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Enero de 2010, disponible en: <http://www.un.org/indigenous> (consulta: 06/2016).

¹⁹ A fecha de 1 de julio de 2008, 29 Estados habían ratificado la Convención y 18 habían ratificado su Protocolo Facultativo. Para conocer los últimos datos sobre la ratificación, pueden consultarse las páginas: <http://www.un.org/spanish/disabilities/>, <http://www.ohchr.org> (consulta: 06/2016).

una función especial en su comunidad, y la discapacidad se considera una diferencia, no una deficiencia²⁰.

Por otro lado, en algunas sociedades indígenas que antes solían tener una actitud más respetuosa hacia las personas con discapacidad, bajo la influencia del colonialismo y el modelo occidental de desarrollo pueden haber generado una actitud más negativa. En ocasiones, este cambio puede haberse hecho más marcado debido a la aplicación del modelo médico o rehabilitador de la discapacidad (ahora obsoleto), centrado en lo que podría denominarse «remediar» a la persona, en lugar de adoptar un enfoque más integral, lo que también reflejaría mejor la cultura anterior de los pueblos indígenas.

En algunos lugares, la percepción de lo que antes se consideraba «un don, una fuente de sabiduría o un contacto positivo con los espíritus o la vida espiritual o filosófica» ha cambiado debido a la desintegración de los sistemas sociales como resultado de la aplicación de un *modelo occidental de desarrollo*.

No podemos obviar el contexto especialmente sensible que constituye los pueblos, por ejemplo, de América Latina cuando nos planteamos la cuestión de la discapacidad en poblaciones y comunidades indígenas y, por esta razón, cabe tener en cuenta algunos aspectos contextuales. Siguiendo la exposición de Ansuátegui, este contexto «especialmente sensible» lo configuran: 1) ámbitos espacio-geográficamente ricos en recursos y cultura; 2) en ellos la población autóctona comparte una especial cosmovisión y vínculo con su entorno; 3) además, se percibe desigualdad socio-económica; 4) son cuna de un pensamiento crítico fuerte que impregna el resto de parcelas vitales (social, política, académica); 5) forman parte de los llamados países emergentes; y, 6) requieren, tras sus crisis políticas y económicas, de importantes reformas estructurales que tardan en llegar, para cimentar sus aún débiles democracias²¹.

Es precisamente el modelo de desarrollo el que nos remite actualmente al pertinente engranaje «discapacidad» y «cooperación» a un desarrollo sostenible. Tras entender el concepto *desarrollo* en este contexto, como aquel reconocido durante un período de tiempo, en virtud del cual una comunidad experimenta cambios cuantitativos y cualitativos en sus condiciones políticas, económicas, sociales y culturales originarias, *como*

²⁰ McDOUGALL, J., *Where the River Flows: Aboriginal People with Disability, A Literature Review: Focus on Employment*, Recursos Humanos y Desarrollo de Competencias del Canadá, Dirección General de Asuntos Indígenas, octubre - 2006, pp. 31 y 32.

²¹ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Derechos Humanos y Empresa en el Contexto de la Internacionalización», *Políticas Públicas 2012, Revista Interdisciplinaria del Centro de Políticas para el Desarrollo*, Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago de Chile, Volumen 5, Núm. 1, pp. 4 y 5.

*un proceso dinámico de transformación y adaptación*²² estructural general progresivo, por medio del cual el protagonismo de las sociedades y los sistemas legales proveniente de cualquier orden se modifica. Este cambio no se origina básicamente a partir de este último y de sus organismos, sino que requiere de las estrategias reguladoras necesarias de la *cooperación entre seres humanos* encaminada a optimizar la calidad de sus vidas²³.

Estos aspectos que, junto a otros, contribuyen a configurar la idea de *desarrollo humano sostenible* versus *desarrollo sostenible* únicamente considerado acontece: 1° sobre la base de la satisfacción de las *necesidades humanas*; 2° a partir de la intervención de los *derechos humanos* individuales y colectivos en las relaciones que tienen lugar tanto en situaciones de cooperación como de conflicto; y, 3° desde la perspectiva sistémica de la *calidad de vida*. Algunos datos identifican que:

1.° Las personas con discapacidades conforman *uno de los grupos más marginados del mundo*. Estas personas presentan peores resultados sanitarios, obtienen resultados académicos más bajos, participan menos en la economía y registran tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidades.

2.° Las personas indígenas, agregados los afrodescendientes, en el caso de América Latina (se estima en la región entre 40 y 50 millones de indígenas y más de 150 millones de afrodescendientes), han logrado importantes conquistas nacionales e internacionales en lo que respecta al reconocimiento de sus derechos: respeto a sus lenguas y culturas, superación de toda forma de discriminación racial o lingüística, comprensión de la interculturalidad como problemática que afecta no sólo a los grupos indígenas sino a toda la sociedad, apoyo y desarrollo de la educación intercultural bilingüe, et- cétera. Pero, se da la paradoja de que estos documentos se puedan llegar a identificar con la realidad, pues la discriminación de *origen nacional, étnico, indígena o social* persiste²⁴.

²² «L'adaptation efficiente est une nécessité fondamentale du processus d'évolution, notamment pour pouvoir transmettre au mieux ses gènes, son savoir, ses outils, à ses descendants»; vid. CARL, M., *Le grand livre de l'éco-humanisme* («Discours sur l'éco-humanisme et sur la philosophie de l'évolution»), e-Book (L'Édition Alternative Internationale), Paris, 2009, p. 45; vid., también, «Caring for the Earth: summary of a world strategy for sustainable living» (IUCN-UNEP-WWF), en Health Promotional International, Oxford University Press, Vol. 7, N.º 2, print. in Great Britain, 1992 ; sobre el proceso de adaptación en la economía sostenible como producto del desarrollo sostenible, pp. 135 y ss.

²³ «Le partage des ressources, la coopération, la limitation raisonnable des prélèvements et des impacts, l'harmonisation relationnelle, ne sont pas seulement des préceptes éthiques, ce sont des nécessités incontournables pour la survie de l'humanité moderne»; vid. *Le grand livre...*, op. cit., p. 17.

²⁴ TORRES, R. M.^a, «Mujeres, indígenas y discapacitados», 2010. Disponible en: <http://www.fronesis.org/> (consulta: 05/2016).

3.º Actualmente *las personas están en situación de discapacidad por la sociedad*, no solo por su estado físico y/o mental.

4.º Más de 1.000 millones de personas en el mundo entero viven con alguna forma de discapacidad. *Casi 93 millones de las mismas son niños*.

5.º Las mujeres con discapacidad representan las tres cuartas partes del total de personas con discapacidad en países de *renta media y baja*, y el 10% de la población total de mujeres (OMS), de ellas se estima que entre el 65% y el 70% *viven en zonas rurales*.

6.º Los obstáculos se pueden superar si los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales, los profesionales y las personas con discapacidad y sus familias trabajan en colaboración. El *Informe mundial sobre discapacidad* publicado por la OMS/ Banco Mundial nos muestra el camino que debe seguirse²⁵.

Siguiendo este Informe, lo primero consiste en traducir sus «recomendaciones» a «medidas» a adoptar por las diferentes partes interesadas. Así pues, los «gobiernos»: 1) pueden advertir sobre la coherencia de leyes y políticas existentes respecto a la CDPD y asegurar los mecanismos de su cumplimiento y aplicación coercitiva; 2) pueden identificar lagunas y obstáculos y planificar la adopción de medidas para superarlos; 3) formular una estrategia y un plan de acción nacional sobre discapacidad, estableciendo responsabilidades en los distintos sectores y mecanismos de coordinación, vigilancia y comunicación entre ellos; 4) regular la prestación de servicios y asegurar su cumplimiento; 5) asignar recursos públicos suficientes a los servicios y financiar de forma apropiada la aplicación de la estrategia y el plan de acción nacionales sobre discapacidad; 6) fijar normas nacionales de accesibilidad y asegurar su cumplimiento en los nuevos edificios, en el transporte y en la información y comunicación; 7) introducir medidas para asegurar que las personas con discapacidad estén protegidas contra la pobreza y se beneficien adecuadamente de los programas convencionales de mitigación de la pobreza; 8) incluir la discapacidad en los sistemas nacionales de recopilación de datos y presentar datos desglosados por discapacidad; 9) emprender campañas de comunicación y sensibilización para aumentar el conocimiento y la comprensión públicos de la discapacidad; y, por último, 10) establecer mecanismos para que las personas con discapacidad y terceras partes presenten denuncias sobre cuestiones de derechos humanos y sobre leyes que no se aplican o cumplen.

²⁵ Vid. «Resumen. Informe Mundial sobre la Discapacidad», OMS – Banco Mundial, 1911, pp. 23-25.

Y son prioridades de los «organismos de las Naciones Unidas y las organizaciones de las Naciones Unidas para el desarrollo» incluir la discapacidad en los programas de ayuda para el desarrollo, utilizando un enfoque de doble vía (reglamentación y medidas no discriminatorias y protectoras), intercambiando información y coordinando acciones con el fin de acordar prioridades en las iniciativas para adquirir aprendizaje y reducir la duplicación de esfuerzos. Así como proporcionar asistencia técnica a los países para que generen capacidad y refuercen las políticas, sistemas y servicios existentes; por ejemplo, compartiendo prácticas y contribuir al desarrollo de metodologías de investigación (comparables internacionalmente), introduciendo periódicamente datos pertinentes sobre discapacidad en las publicaciones estadísticas²⁶.

Por su parte, «las comunidades» pueden: 1) poner en entredicho y mejorar sus propias creencias y actitudes; 2) promover la inclusión y participación de las personas con discapacidad en la comunidad; 3) asegurar que los entornos comunitarios (como escuelas, áreas recreativas y centros culturales) sean accesibles para las personas con discapacidad; y, por último, 4) oponerse a la intimidación y violencia contra las personas con discapacidad.

4. DISCAPACIDAD EN CONDICIONES DE POBREZA

Hemos anunciado ya, que las personas con discapacidad presentan tasas más altas de pobreza²⁷. La Organización Mundial de la Salud (OMS) revela que las personas con discapacidad pueden sufrir costes complementarios debido a la necesidad de asistencia personal, atención médica o dispositivos auxiliares. Estos gastos elevados suponen más pobreza en las personas con discapacidad y sus familias que en las personas sin discapacidad con unos ingresos similares; carestía que se agrava en los países en los

²⁶ La Cooperación Española trabaja en el seno de la Unión Europea para alinear sus actuaciones a los contenidos señalados en la Estrategia Europea de Discapacidad, cuyo fin general es «capacitar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación en la economía y en la sociedad europea», y mantiene un Convenio Marco de colaboración con Organizaciones especializadas en la ‘discapacidad’ (Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), la Fundación ONCE para la Solidaridad de las Personas Ciegas de América Latina (FOAL), la Fundación ONCE para la Cooperación e Inclusión de las Personas con Discapacidad y el Comité Español de Representes de Personas con Discapacidad (CERMI), «con el fin de promover el enfoque de discapacidad en las políticas, programas de cooperación internacional para el desarrollo, y el fortalecimiento y cohesión de los movimientos sociales de la discapacidad desde un enfoque basado en derechos humanos»), vid. Portal Web de AECID-Cooperación Española «Por la inclusión de personas con discapacidad», <http://www.aecid.es> (consulta: 05/2016).

²⁷ Vid. World Health Survey. Geneva, World Health Organization, 2002–2004. Disponible en: <http://www.who.int/health-info/survey/en/> (consulta: 06/2016).

que las personas con discapacidad han de afrontar unos ingresos bajos, en comparación con las personas sin discapacidad (con una diferencia del 50% mayor en gasto sanitario).

La posible inseguridad alimentaria, las condiciones deficientes de vivienda, incluso la falta de acceso a agua potable y salubridad, y el acceso deficiente a atención de salud; además de una deficitaria posesión de bienes, en relación con las personas y familias sin una discapacidad; son condiciones que se agudizan cuando se cruzan otras variables, como la pertenencia a pueblos indígenas, las cuestiones de género, las guerras y/o conflictos armados y el desempleo, todas ellas condiciones sociales discriminatorias. Por ejemplo, «las mujeres de todo el mundo multiplican la exclusión a la que les condena la pobreza por el hecho diferencial de ser mujeres, y la discriminación se agrava más si se es negra o indígena, y más aún si tiene una discapacidad»²⁸. Existe un fuerte vínculo entre la pobreza y la pertenencia a determinados grupos étnicos, arraigado tan endémicamente en América Latina y el Caribe; que hacen que la discapacidad aparezca asociada a grupos de exclusión, ya que las condiciones de escasez, complejas de revertir²⁹, suelen atraer más altos índices, entre otros factores, de enfermedad, produciéndose una triple barrera de exclusión³⁰. Esos otros factores son, aparte de los niveles más altos de pobreza, a la «mayor exposición a la degradación ambiental; el impacto de grandes proyectos, como los de construcción de represas o explotación minera; y el mayor riesgo de ser víctimas de la violencia, entre otras»³¹.

Por otra parte, el factor educativo va a ser uno de los elementos que más contribuya o no a perpetuar la pobreza. En un sentido negativo, su deficiencia ayuda a aumentar

²⁸ «La mayoría de los países de América Latina y el Caribe presentan un índice de feminidad de la pobreza superior a 1,0212, aunque los valores más altos se dan en Argentina, Chile, Uruguay, la República Bolivariana de Venezuela, Costa Rica, Panamá y República Dominicana, y se han agravado en Chile y Uruguay en los últimos años», vid. RIBOTTA, S., «Pobreza, hambre y justicia en América Latina y el Caribe. Debatiendo sobre la justicia mientras 53 millones de latinoamericanos sufren hambre», *Revista Electrónica Iberoamericana*, Centro de Estudios de Iberoamérica, Vol. 4, n.º 1, 2010, p. 165. Disponible en: <http://www.urjc.es/ceib> (consulta: 05/2016).

²⁹ «En América Latina, las estadísticas de que se dispone sobre siete países (Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá y Uruguay) muestran que la tasa de discapacidad es mayor entre las personas indígenas que entre el resto de la población. Sin embargo, en el Brasil y Colombia la tasa es menor entre los niños indígenas. En el caso de las personas de 19 o más años de edad, en los siete países hay más personas indígenas que no indígenas con discapacidad, y la diferencia es considerable en los casos de Costa Rica y el Uruguay», vid. «Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad...», op. cit., p. 3.

³⁰ Ribotta habla de «vencer la doble barrera de exclusión calificada», vid. *Ibidem*, p. 166; vid., también, Véase, entre otros, BANCO MUNDIAL, *Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina: 1994-2004*, Palgrave MacMillan, New York, 2006.

³¹ «Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad,...», párr. 7, op. cit., p. 4.

la visibilización de la exclusión social, laboral y la falta de oportunidades y de participación social, en que se encuentra la población con discapacidad. Una desigualdad que, al mismo tiempo, «no afecta por igual en las áreas rurales que en las urbanas, ni a hombres y mujeres, ni tampoco a personas negras o indígenas»³². Y, en un sentido positivo, una educación inclusiva (Artículo 24 CDPD) contribuye al empoderamiento de la población con discapacidad y a su posible participación en la aplicación de políticas y programas futuros, que pueden tener un efecto importante en las sociedades, eliminando la escasez de la pobreza y su estigma³³.

Finalmente, el Informe Mundial sobre Discapacidad aporta su 6.^a *Recomendación sobre la importancia de «proporcionar financiación suficiente» y sostenible de los servicios prestados por el sector público*, para asegurar que lleguen a todos los beneficiarios y con buena calidad. A través, por ejemplo, de medidas que mejoren su prestación mediante la adjudicación a contratistas externos, reforzando los acuerdos entre los sectores público y privado y delegando el control de los presupuestos a las personas con discapacidad para que compren directamente la asistencia que necesitan. Y, *sobre la importancia de «mejorar la asequibilidad» de los bienes y servicios para las personas con discapacidad y compensar los costes adicionales asociados a la discapacidad*, teniendo en cuenta la ampliación de la cobertura de los seguros sanitarios y sociales –para asegurar que las personas pobres y vulnerables con discapacidad se beneficien de redes de protección social orientadas a la pobreza– y la introducción de exenciones de honorarios, tarifas reducidas de transporte y reducciones en los impuestos y aranceles sobre importaciones de productos médicos duraderos y tecnologías auxiliares³⁴.

En el año 2000, un informe señalaba que más de 40 de los 189 Estados miembros de Naciones Unidas habían adoptado algún tipo de legislación antidiscriminatoria con relación a las personas con discapacidades³⁵.

³² Vid. «Pobreza, hambre y justicia en América Latina y el Caribe...», op. cit., p. 169.

³³ En igual sentido, el párr. 23 «(e) necesario empoderar a las personas vulnerables» y párr. 25, con respecto a una educación de calidad, inclusiva e igualitaria: «si se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, deben tener acceso a posibilidades de aprendizaje permanente que las ayuden a adquirir los conocimientos y aptitudes necesarios para aprovechar las oportunidades que se les presenten y participar plenamente en la sociedad», de la Nueva Agenda, vid. en «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», op. cit., pp. 7 y 8.

³⁴ Vid. «Resumen. Informe Mundial sobre la Discapacidad», Recomendación 6.^a, op. cit., p. 21.

³⁵ DEGENER, T., QUINN, G.. «A survey of international, comparative and regional disability law reform», documento presentado en el simposio «From principles to practice» («De los principios a la práctica»), Washington, DC, 22-26 Oct., 2000.

Las normas antidiscriminatorias implican la necesidad de medidas específicas, por ejemplo, en materia laboral, para promover el empleo de las personas con discapacidad. Esta legislación establece que las personas con discapacidades son capaces de competir por empleos, en igualdad de condiciones que las demás personas, por sus propios méritos, siempre y cuando el entorno no los discrimine por su discapacidad. Su capacidad de participar activamente en diferentes ámbitos, por ejemplo, en el mercado de trabajo, la educación, la vida familiar, el ocio, la cultura y el deporte en condiciones de igualdad con los demás requiere no solo en eliminar numerosas barreras estructurales, físicas y actitudinales humanas que influyen en numerosos aspectos de la vida; sino en crear un *diseño universal para todos*, centrado en el ser humano, para mejorar la *autonomía personal* de este grupo humano.

La inclusión de las personas con discapacidad en todo tipo de asuntos, y no solo en los procesos relacionados específicamente con la discapacidad, permite contribuir a la eliminación directa de esas barreras y evitar crear otras nuevas. Su inclusión activa supone una llamada de atención clara a los responsables políticos y la sociedad en su conjunto: el mensaje consiste en advertir que *las personas con discapacidad son titulares de derechos capaces de participar e intervenir de forma significativa en todos los niveles de la sociedad*³⁶.

5. ANÁLISIS SOBRE LAS CUESTIONES CLAVE PARA LAS PERSONAS INDÍGENAS CON DISCAPACIDAD BAJO LOS AUSPICIOS DE LA CONVENCIÓN

Lo que pareciera ser un contenido (la discapacidad) transversal a otros ámbitos; depende desde qué enfoque o contexto se analice, para que se interprete como un elemento que contribuye al «derecho a vivir con dignidad» o un «imperativo humanitario» de personas especialmente vulnerables en situaciones de emergencia y crisis. Ambas vertientes se ven reflejadas en este epígrafe, a partir de la lectura y reflexión del «Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad, con especial atención a los desafíos que enfrentan respecto del pleno disfrute de los derechos humanos y la inclusión en el desarrollo», realizado por Cunningham y Kanyinke Sena³⁷; y en el que se inspira este epígrafe.

³⁶ Vid. «Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad», párr. 31, op. cit., p. 10.

³⁷ Miembros del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, en su 12.º período de sesiones, Nueva York, 20 a 31 de mayo de 2013.

1. Libre determinación:

Las personas indígenas con discapacidad tienen el mismo derecho que los demás miembros de los pueblos indígenas a beneficiarse de la libre determinación. Por lo tanto, este derecho colectivo debe ser tomado en cuenta al elaborar todas las políticas y diseñar y prestar los servicios necesarios.

A la luz de la Convención, las personas indígenas con discapacidad deben gozar de los mismos derechos y oportunidades que las demás personas indígenas de sus comunidades.

2. Participación en la adopción de decisiones y las consultas:

Es responsabilidad de los Estados y de los pueblos indígenas asegurar que las personas indígenas con discapacidad no son discriminadas por su discapacidad. Para ello, es fundamental el derecho a participar en la adopción de decisiones y las consultas. Se necesita prestar más apoyo a las organizaciones que les representan y en las cuales participan, y celebrar consultas con ellas; además de favorecer su accesibilidad³⁸.

Sobre la participación en decisiones que afectan a sus vidas (artículo 4, párr. 3) y artículo 29 de la Convención, y artículo 33, párr. 3) y artículos 18 y 19 de la Declaración), y *sobre el derecho a participar en la vida política y pública* (por ejemplo, artículo 29 y el séptimo párrafo del preámbulo de la Convención y artículos 5 y 11 de la Declaración). En el artículo 20 de la Declaración se aborda el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales.

3. Discriminación (discriminación doble y múltiple):

Adquiere diversas formas, incluidas formas directas e indirectas de discriminación. Para las personas indígenas con discapacidad, un problema fundamental es la discriminación respecto de la disponibilidad y calidad de los servicios, en comparación con otras personas con discapacidad, y la discriminación que tiene que ver con la consideración de inferioridad en sus propias comunidades. Esto conlleva a una escasa consideración de sus necesidades, sus capacidades y su contribución al desarrollo de sus comunidades. La discapacidad incluso tiene un efecto sobre la identidad³⁹.

³⁸ Algunos ejemplos, según un Informe, «ninguno de los edificios públicos de la Nación Navajo era totalmente accesible para las 40.000 personas con discapacidad que se estimaba que vivían en la reserva de esa Nación», en «Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad...», párr. 26, op. cit., p. 8.

³⁹ «Por ejemplo, quizás un niño indígena no pueda asistir a la escuela porque las instalaciones no son accesibles o porque no hay instrucción disponible en su lengua indígena», en *ibidem*, párr. 30, p. 9.

4. Acceso a la justicia:

Los pueblos indígenas desconfían del sistema de justicia formal.

La experiencia de las personas con discapacidad con respecto a ese sistema suele ser negativa, debido a que este se ha estructurado sin tener en cuenta sus necesidades. El sistema general de justicia tiene que ser accesible para las personas con discapacidad y tener en cuenta también las necesidades de las personas indígenas con discapacidad.

Cabe destacar tres supuestos de acceso a la justicia, los tres son problemáticos:

a) Garantizar la accesibilidad en los sistemas tradicionales de justicia. Por ejemplo, que las personas indígenas que sean sordas puedan comunicarse en lengua de signos, que los locales sean accesibles y que la información esté disponible en formatos alternativos⁴⁰.

b) Las mujeres indígenas víctimas de violación afrontan la indiferencia y la inacción, lo que a menudo conduce a que los casos no se denuncien, e incluso en ocasiones promueve el matrimonio forzado.

c) Las personas con discapacidad (en particular, las personas con discapacidad intelectual y psicosocial) suelen ser representativas o están vinculadas a la idea de instituciones penitenciarias y otros tipos de centros de detención, situación relacionada con la falta de acceso a la justicia.

5. Educación, lengua y cultura:

Aunque la Convención establece en el artículo 24, obligaciones con respecto a la educación de las personas con discapacidad, la Declaración estipula que los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación. Sin embargo, a las/os niñas/os indígenas con discapacidad se les suma tener que enfrentar obstáculos adicionales a las dificultades para acceder a una educación apropiada dentro de sus comunidades. Es tal la falta de apoyo Estatal y el desconocimiento, que los padres no priorizan la educación de sus hijos con discapacidad y no llegan a escolarizarles⁴¹.

⁴⁰ Ejemplo en *ibíd.*, párr. 31, p. 9.

⁴¹ En otras latitudes del mundo, por ejemplo, en Bali, en Indonesia, el acceso de las niñas/os con discapacidad a la educación no existe para la mayoría de ellos. Su situación se asume con resignación tanto por parte de la sociedad como del gobierno local. De esta forma lo habitual es que no acudan al colegio, y en la mayoría de

Sin embargo, según la Convención, todas/os las/os niñas/os con discapacidad tienen derecho a formar parte del sistema educativo general, lo cual requiere que se realicen ajustes razonables. En el caso de los niñas/s indígenas con discapacidad que viven en sus comunidades, el sistema educativo indígena debe proporcionarles el apoyo necesario⁴².

6. Acceso a la salud:

Las personas con discapacidad se enfrentan a dificultades para acceder a los servicios de salud. Esto reduce su esperanza de vida, tanto por problemas de salud relacionados con la discapacidad, como por otros problemas no asociados⁴³.

Las personas con discapacidad tienen un nivel de acceso a los servicios de salud inferior que el resto de la población, y más necesidades insatisfechas, lo que hace que su salud sea peor y su esperanza de vida, menor⁴⁴.

Existe una dependencia mutua entre la salud y otros factores, como la pobreza, el analfabetismo, la marginación, la degradación ambiental y la (falta de) libre determinación, la discapacidad, etcétera. Los pueblos indígenas tienen poco acceso a los sistemas de salud pública, y por otra parte, no se reconoce ni se presta apoyo a los propios sistemas de salud de los pueblos indígenas⁴⁵.

El derecho a la libre determinación en relación con la salud implica crear condiciones para la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en el diseño y la gestión de los sistemas de salud, lo que requerirá prestar la debida atención a la situación de las personas indígenas con discapacidad; que incluye la cuestión de «cómo obtener consentimiento previo e informado para cualquier intervención en el ámbito de la salud»⁴⁶.

los casos se les mantiene en sus casas sin darles la oportunidad de formarse, relacionarse con colectivos de similares características, o de integrarse en su sociedad. A partir de la información facilitada por la ONGD «Kupu-Kupu», disponible en: <http://www.yamp.com/KupuKupu> (consulta: 02/2010).

⁴² Myrna Cunningham y Paul Kanyinke Sena, miembros del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, en su 12.º período de sesiones, Nueva York, 20 a 31 de mayo de 2013, alertan sobre el lenguaje de signos; «el contacto con un lenguaje de señas más extendido o la dispersión de la comunidad de personas sordas puede poner en peligro o hacer desaparecer el lenguaje de señas tradicional»; vid. en «Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad...», párr. 36, op. cit., pp. 10 y 11.

⁴³ Vid. «Resumen. Informe Mundial sobre la Discapacidad», op. cit.

⁴⁴ Vid. Informe «La Situación de los Pueblos Indígenas del Mundo», op. cit.

⁴⁵ Vid., en el capítulo sobre salud, escrito por Myrna Cunningham, en *ibidem*.

⁴⁶ Vid., párr. 38, en «Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad...», op. cit., p. 12.

El derecho a la salud, que ha de vincularse no solo al reconocimiento de la diversidad cultural, étnica y lingüística de los pueblos indígenas, sino también al derecho a vivir en hábitats saludables y al derecho a la tierra⁴⁷.

Si hablamos en términos de habilitación y rehabilitación de la discapacidad, en el contexto particular de los pueblos indígenas, el artículo 26 de la CDPCD debe interpretarse conducente a la adopción de iniciativas de «rehabilitación comunitaria», centradas en fomentar la participación y la inclusión de las personas indígenas con discapacidad, concebidas por los pueblos indígenas culturalmente y con la participación activa de personas indígenas con discapacidad.

¿Por qué la *rehabilitación basada en la comunidad (RBC)*? Se debe a tres factores: 1) la escasa capacidad del sector salud para resolver el problema de las personas con discapacidad mediante las modalidades asistenciales vigentes; 2) la falta de equidad; y, por último, 3) el acentuado desequilibrio entre la oferta y la demanda⁴⁸.

La rehabilitación basada en la comunidad, es el conjunto de procesos y resultados que, fundamentalmente apoyado por las organizaciones comunitarias, emplea tecnologías apropiadas, sencillas y accesibles, y hace uso racional de los recursos disponibles para disminuir los efectos de la discapacidad⁴⁹. La *rehabilitación extendida en la comunidad*, es el conjunto de actividades que se originan en una institución de rehabilitación que trata de hacer tomar conciencia sobre la discapacidad a la comunidad, pero que no la incorpora en el proceso de planificación. La participación social es el mecanismo esencial en la aplicación de la RBC⁵⁰.

«En relación con la rehabilitación, la comunidad es el grupo social que habita un área geográfica definida, comparte la misma cultura y tradiciones, y depende política y administrativamente de una misma autoridad. Quedan comprendidos en este concepto todos los recursos de la comunidad, cualquiera sea el sector al que pertenezcan»⁵¹.

⁴⁷ Vid., el capítulo sobre medio ambiente donde se expone «la conexión espiritual, cultural, social y económica de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y su tradición de derechos colectivos a la tierra, que difieren de los modelos predominantes de propiedad individual sobre la tierra, privatización y desarrollo que, con frecuencia, terminan por privar a los pueblos indígenas de sus tierras»; en Informe «La Situación de los Pueblos Indígenas del Mundo», op. cit.

⁴⁸ AMATE, E. A. (Ed.), «La rehabilitación basada en la comunidad. Principios básicos y fundamentos», en *Discapacidad: lo que todos debemos saber*, Washington, D.C.: OPS, 2006, pp. 85-95.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 88.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Organización Panamericana de la Salud (OPS), *Capacitando a la persona con discapacidad en su comunidad*, Washington, DC: OPS, 1988, (Documento de trabajo).

7. *Nivel de vida adecuado:*

A menudo las personas indígenas con discapacidad carecen de los conocimientos necesarios para ganarse la vida: programas de empleo, cursos de capacitación para el empleo y programas de transición al mundo laboral. Existe un círculo vicioso de discapacidad y pobreza, que el hecho de vivir en zonas principalmente rurales lo agrava.

Por otra parte, a menudo, el desconocimiento por parte de las personas indígenas con discapacidad o el escaso aprovechamiento de las pensiones de apoyo a la discapacidad, disponibles, inciden en su bajo poder adquisitivo.

La falta de igualdad de acceso de las personas indígenas con discapacidad (de forma particular, las mujeres) a la tierra, a los recursos naturales y al capital incide, en el derecho a la libertad y la seguridad y a la movilidad personal, entre otros derechos, en relación con la autonomía individual como principio general de la CDPCD, párrafo n), del preámbulo, y el artículo 3. Esta falta de igualdad de acceso, frecuentemente, se ve supeditada a las barreras físicas existentes en el entorno de sus comunidades, lo que conduce a la dependencia y la pobreza y/o, en algunas ocasiones, el cambio de sus formas de vida y/o el desarraigo de sus comunidades (p.ej.: debido a la permanecer en sus hogares o el abandono de sus comunidades para trasladarse a zonas urbanas).

8. *Vivir en la comunidad:*

Frente a la institucionalización de la persona con discapacidad, el artículo 19 de la CDPCD garantiza el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad⁵². Rara vez proveen servicios públicos dis-

⁵² Volvemos a R. de Asís, para decir que, en este caso (garantizar el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad), «(v)alorar la libertad de elección implica valorar su uso (autonomía) y su posibilidad (independencia)» (p. 16) ; «(l)a libertad de elección constituye un presupuesto de cualquier reflexión moral. Se trata de la capacidad de elección propia de la condición humana, que encuentra limitaciones sobre todo en lo que se refiere al medio social y cultural histórico en el que se desarrolla. En cualquier caso, debe ser contemplada como un aspecto formal que no se refiere a elecciones concretas y que posee un valor que se proyecta en todos los seres humanos de forma igual, por lo que incluso hace abstracción de ese marco social y cultural (p. 15); en el camino hacia el logro de una vida humana digna, que es algo que se desarrolla en el «marco moral público» –siguiendo a este autor–, existe un núcleo básico de los derechos, en cuanto figuras con relevancia ética, en el que estos se insertan, que constituye este marco y que está «compuesto por cinco ideas: libertad de elección, autonomía individual, independencia, satisfacción de necesidades básicas y consecución de planes de vida», vid. p. 16, en DE ASÍS ROIG, R., «Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos», VLEX, disponible en: <http://vlex.com/vid/discapacidad-derivadas-38859693> (consulta: 05/2016).

ponibles para las personas indígenas con discapacidad, profesionales indígenas, con el mismo enfoque cultural que la persona indígena con discapacidad o *la comunidad tampoco puede proveer de esos apoyos y servicios*.

Las repercusiones de las antiguas prácticas de separación de las comunidades siguen afectando a muchas personas indígenas con discapacidad, ya sea directa o indirectamente, por esta última razón. Las personas indígenas con discapacidad viven en hogares compartidos en los que no reciben apoyo para participar en la vida comunitaria, y en los que el personal tampoco recibe apoyo para adquirir conocimientos necesarios para facilitar esa participación. Los Estados deben proporcionar recursos para fomentar la capacidad de las comunidades.

9. Población indígena con discapacidad:

Los datos revelan que *las niñas y las mujeres con discapacidad* están expuestas a un mayor riesgo de violencia que las niñas y las mujeres sin discapacidad⁵³ y que las mujeres indígenas son muy vulnerables a ser víctimas de la violencia sexual. La situación de las niñas y mujeres indígenas con discapacidad varía de una comunidad a otra, y se enfrentan al problema de la violencia en diferentes contextos (en el hogar, también en las escuelas, las instituciones residenciales y en el contexto de los servicios para las personas con discapacidad) contrario al espíritu de los artículos 14 a 17 y 25 de la CDPCD. Incluso han de enfrentar formas adicionales de discriminación, por ejemplo, restricciones de la capacidad jurídica y la falta de un sistema jurídico accesible⁵⁴.

Los niños y niñas con discapacidad siguen corriendo un alto riesgo de ser separados de sus familias e internados en instituciones o adoptados por familias no indígenas, debido la falta de apoyo y servicios para las familias que tienen hijos indígenas con discapacidad⁵⁵. Se trata de los pueblos indígenas que sufren el «trauma intergenera-

⁵³ ONU, 30 de marzo de 2012. A/HRC/20/5, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, «Estudio temático sobre la cuestión de la violencia contra las mujeres y las niñas y la discapacidad».

⁵⁴ Vid., párrs. 49-51, en «Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad,...», op. cit., pp. 15 y 16.

⁵⁵ En algunos lugares como América del Norte se están tomando medidas para crear sistemas de prestación de servicios dirigidos por los pueblos indígenas. Un ejemplo es el de Manitoba (Canadá): «el modelo incluye un centro de recursos de las Primeras Naciones para la discapacidad, centros regionales, unidades de terapia móviles, apoyo basado en la comunidad, recursos y equipamiento, así como actividades de formación y fomento de la capacidad para las Primeras Naciones en cooperación con las universidades locales, y aplica un enfoque gradual en el que la prestación de servicios va pasando a manos de las Primeras Naciones a medida que estas van obteniendo los recursos y la capacidad necesarios. (...) Los niños y niñas indígenas con discapacidad no tendrían que abandonar sus hogares ni que separarse de sus familias para acceder a los servicios, (...) podrían (...) mantener su cultura, y (...) conservar su lengua. En estos momentos el modelo es (ó)lo un plan y no ha sido aplicado», en *ibidem*, p. 15.

cional» causado, entre otras cosas, por la asimilación forzada y la separación de los hijos de sus familias, por no tener en cuenta el interés superior del niño⁵⁶.

Los artículos 7 y 10 de la CDPCD protegen el derecho a la vida de los niños y niñas con discapacidad. Las costumbres deben ser respetadas, siempre y cuando no violen las normas internacionales de derechos humanos; y oficialmente, cada vez se reconoce más que las instituciones indígenas son responsables oficiales del registro de los nacimientos⁵⁷.

10. Situaciones de emergencia y reducción del riesgo de desastres:

Las personas indígenas con discapacidad pueden sufrir una mayor exposición a las emergencias, que el artículo 11 de la CDPCD señala como emergencias naturales y provocadas por el hombre; porque a menudo, los pueblos indígenas viven en zonas que se encuentran en una situación especial de riesgo resultado del cambio climático, la militarización y el conflicto armado y los efectos de las industrias extractivas. Ante estas situaciones y con respecto a las personas con discapacidad son necesarias en general, y en el caso de formar parte de pueblos indígenas, en particular, aumentar la resiliencia procurando la participación plena de la persona indígena con discapacidad.

Los reasentamientos deben tener lugar «con el consentimiento pleno, libre, previo e informado de los pueblos indígenas y, en los casos de desastres naturales u otras emergencias, deben tener en cuenta a las personas con discapacidad»⁵⁸. Paralelamente, «las medidas de reducción del riesgo de desastres y emergencias deben tener en cuenta la situación de las personas indígenas con discapacidad»⁵⁹. A este respecto, el Marco

⁵⁶ AGNU - «Convención sobre los Derechos del Niño», 20 de noviembre de 1989: Article 3 (Best interests of the child): «The best interests of children must be the primary concern in making decisions that may affect them. All adults should do what is best for children. When adults make decisions, they should think about how their decisions will affect children. This particularly applies to budget, policy and law makers», which relates to Article 12 (Respect for the views of the child): «When adults are making decisions that affect children, children have the right to say what they think should happen and have their opinions taken into account»; Article 23 (Children with disabilities): «Children who have any kind of disability have the right to special care and support, as well as all the rights in the Convention, so that they can live full and independent lives»; and finally, Article 25 (Review of treatment in care): Children who are looked after by their local authorities, rather than their parents, (...). Their care and treatment should always be based on “the best interests of the child”. (see Guiding Principles, Article 3); «A summary of the rights under the Convention on the Rights of the Child», UNICEF, (consulta: 10/2012).

⁵⁷ Vid., párrs. 46-48, en «Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad...», op. cit., pp. 14 y 15.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 53, p. 16.

⁵⁹ «A este respecto, el Marco de Acción de Hyogo, que hace referencia a los ‘discapacitados’, afirma claramente que la información debe incorporar los conocimientos tradicionales y autóctonos pertinentes y el pa-

de Acción de Hyogo, que hace referencia a los ‘discapacitados’, afirma claramente que la información debe incorporar los conocimientos.

6. CONCLUSIONES

1. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supone, tal y como hemos visto, un *cambio de paradigma en el trato de las personas con discapacidad*: de una perspectiva médica se pasa a un enfoque de derechos humanos, que vela por que las personas con discapacidad tengan acceso y puedan participar en las decisiones que influyen en su vida y, así, solicitar reparación en caso de que se violen sus derechos.

2. La Convención no establece en principio nuevos derechos humanos, sino que *aclara las obligaciones jurídicas de los Estados de respetar y velar por el disfrute de todos los derechos humanos por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones; definiendo además ciertos aspectos, como la accesibilidad, la inclusión, la participación y la no discriminación*, para garantizar, en el contexto de las personas con discapacidad, su disfrute. Los conceptos de *ajuste razonable y diseño universal* aclaran mejor cómo deben cumplirse determinadas obligaciones.

3. La Convención supone una mejora respecto de los mecanismos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos: *crea no solo el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, que vigila la aplicación y examina los informes periódicos recibidos (de los Estados Partes), *también convoca reuniones periódicas de los Estados Partes para examinar la aplicación*. La Convención también *describe las medidas que los Estados Partes deben adoptar para aplicar y vigilar el cumplimiento de la Convención en el nivel nacional y reconoce la importancia de la cooperación y la asistencia internacionales*.

4. Hay que tener en cuenta que *las características de la discapacidad varían según el contexto en que se encuentre su población*, y están influidas por las tendencias en los problemas de salud, factores ambientales y de otra índole, como los accidentes, las catástrofes naturales, los conflictos armados, los hábitos alimentarios, etcétera.

trimonio cultural, y adaptarse a los distintos tipos de destinatarios, teniendo en cuenta los factores culturales y sociales»; vid., *ibíd.*, pp. 16 y 17. Asimismo, anexo 3 de la Declaración de Yogyakarta sobre la Reducción del Riesgo de Desastres en Asia y en el Pacífico de 2012, aprobada en la quinta Conferencia Ministerial de Asia sobre la Reducción del Riesgo de Desastres, celebrada en octubre de 2012 en Yogyakarta (Indonesia), mencionado en nota al pie de pág. núm. 13, en *op. cit.*

7. BIBLIOGRAFÍA/ENLACES

AECID-Cooperación Española «Por la inclusión de personas con discapacidad», <http://www.aecid.es> (consulta: 05/2016).

ÁLVAREZ MOLINERO, N., «El sujeto indígena y el derecho de autodeterminación en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: ¿tienen los pueblos indígenas personalidad jurídica internacional?», en ÁLVAREZ MOLINERO, N. OLIVA MARTÍNEZ, D., ZÚÑIGA GARCÍA FALCES, N. (Eds.), *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Catarata, Madrid, 2009.

AMATE, E. A. (Ed.), «La rehabilitación basada en la comunidad. Principios básicos y fundamentos», en *Discapacidad: lo que todos debemos saber*, Washington, D.C: OPS, 2006.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Derechos Humanos y Empresa en el Contexto de la Internacionalización», *Políticas Públicas 2012, Revista Interdisciplinaria del Centro de Políticas para el Desarrollo*, Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago de Chile, Volumen 5, n.º 1

AVARIA, A., «Políticas Sociales: Exclusión / Inclusión del Mundo Indígena», *Revista Mad*, Facultad de Ciencias Sociales - Universidad de Chile, n.º 8, 2003.

CARL, M., *Le grand livre de l'éco-humanisme* («Discours sur l'éco-humanisme et sur la philosophie de l'évolution»), e-Book (L'Édition Alternative Internationale), París, 2009, p. 45; vid., también, «Caring for the Earth: summary of a world strategy for sustainable living» (IUCN-UNEP-WWF), en *Health Promotional International*, Oxford University Press, vol. 7, n.º 2, print. in Great Britain, 1992.

CUNNINGHAM, M., KANYINKE SENA, «Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad, con especial atención a los desafíos que enfrentan respecto del pleno disfrute de los derechos humanos y la inclusión en el desarrollo» (Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 12º período de sesiones, Tema 7 del programa provisional* Derechos humanos, Nueva York, 20-31 de mayo de 2013).

DE ASÍS ROIG, R., «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder», en *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Campoy

Cervera, I. (coord.), Colección Debates del Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», n.º 2, Dykinson, Madrid, 2004.

DE ASÍS ROIG, R., «Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos», VLEX, disponible en:
<http://vlex.com/vid/discapacidad-derivadas-38859693> (consulta: 05/2016).

DEGENER, T., QUINN, G. «A survey of international, comparative and regional disability law reform», documento presentado en el simposio «From principles to practice» («De los principios a la práctica»), Washington, DC, 22-26 Oct., 2000.

McDOUGALL, J., *Where the River Flows: Aboriginal People with Disability, A Literature Review: Focus on Employment*, Recursos Humanos y Desarrollo de Competencias del Canadá, Dirección General de Asuntos Indígenas, octubre - 2006.

O'REILLY, A., «El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades», Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007. Disponible en:
<http://www.ilo.org/publns> (consulta: 04/2016).

ONGD «Kupu-Kupu», disponible en: <http://www.yamp.com/KupuKupu> (consulta: 02/2010).

PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI-CINCA, 2008.

RIBOTTA, S., «Pobreza, hambre y justicia en América Latina y el Caribe. Debatendo sobre la justicia mientras 53 millones de latinoamericanos sufren hambre», *Revista Electrónica Iberoamericana*, Centro de Estudios de Iberoamérica, vol. 4, n.º 1, 2010, p. 165. Disponible en: <http://www.urjc.es/ceib> (consulta: 05/2016).

TORRES, R. M.^a, «Mujeres, indígenas y discapacitados», 2010. Disponible en:
<http://www.fronesis.org/> (consulta: 05/2016).

TEXTOS INTERNACIONALES

- AGNU, 13 de septiembre de 2007. *Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas*.
- Informe «La Situación de los Pueblos Indígenas del Mundo», Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Enero de 2010, disponible en: <http://www.un.org/indigenous> (consulta: 06/2016).
- Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 53 (A/61/53), primera parte, cap. II, secc. A.
- AGNU, 13 de diciembre de 2006. *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Sobre Estados que lo han ratificado, en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/> ;<http://www.ohchr.org> (consulta: 06/2016)
- AGNU, 20 de noviembre de 1989. *Convención sobre los Derechos del Niño*.
- AGNU, 4 de diciembre. *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*.
- OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OAS Treaty Series No. 36, 1144 UNTS 123 vig. 18/07/1978, *reimpr.* Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6 rev. 1 en 25 (1992).
- OIT, 27 de junio de 1989. *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*.
- Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas – Cuadernos de Legislación Indígena, <http://www.cdi.gob.mx>
- OMS – BANCO MUNDIAL, 1911. «Resumen. Informe Mundial sobre la Discapacidad».
- BANCO MUNDIAL, *Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina: 1994-2004*, Palgrave MacMillan, New York, 2006.
- OMS, World Health Survey. Geneva, World Health Organization, 2002–2004. Disponible en: <http://www.who.int/health-info/survey/en/> (consulta: 06/2016).

- ONU-Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Material de Promoción, Serie de Capacitación Profesional N.º 15, Nueva York y Ginebra, 2008.
- ONU, 12 de enero de 2016. A/HRC/31/62, «Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad».
- ONU, 18 de septiembre de 2015. A/70/L.1, «Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio, Proyecto de resolución remitido a la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 por la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones», «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible».
- ONU, 5 de febrero de 2013. E/C.19/2013/6, «Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad, con especial atención a los desafíos que enfrentan respecto del pleno disfrute de los derechos humanos y la inclusión en el desarrollo» (Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 12º período de sesiones, Tema 7 del programa provisional* Derechos humanos, Nueva York, 20-31 de mayo de 2013).
- ONU, de 17 de enero 2007. A/HRC/4/75, «Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad».
- ONU, 30 de marzo de 2012. A/HRC/20/5, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, «Estudio temático sobre la cuestión de la violencia contra las mujeres y las niñas y la discapacidad».
- OPS. Organización Panamericana de la Salud (OPS), *Capacitando a la persona con discapacidad en su comunidad*, Washington, DC: OPS, 1988, (Documento de trabajo).
- UNICEF. «A summary of the rights under the Convention on the Rights of the Child», UNICEF, http://www.unicef.org/crc/files/Rights_overview.pdf (consulta: 10/2012).

José Luis Quintana Cortés

Socio de Rodríguez Castaño Abogados

Antonio Ramón Rodríguez Castaño

Socio director de Rodríguez Castaño Abogados

Letrado del Tribunal de Cuentas en excedencia

LA RESERVA DE CONTRATOS PARA CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Regulación de los contratos reservados. –3. Análisis de los contratos reservados desde la perspectiva de los centros especiales de empleo. 3.1. Obligatoriedad de la reserva. 3.2. Efectividad y cumplimiento de la reserva. 3.3. Beneficiarios de la reserva. Especial referencia a la limitación a los centros especiales de empleo. 3.4. Acreditación del carácter de centro especial de empleo de iniciativa social. 3.5. Aplicación de la reserva. Preparación y adjudicación de los contratos reservados. 3.6. Subrogación en el personal por los centros especiales de empleo. –4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La contratación pública representa en la Unión Europea entre el 15% y el 20% del Producto Interior Bruto (PIB), por lo que no podemos desdeñar su papel como instrumento estratégico para conseguir objetivos propios de las políticas sociales y medioambientales.

En los últimos años, la Unión Europea, de cuyas directivas es deudora nuestra normativa en la materia, ha realizado un importante proceso de revisión y actualización del régimen jurídico de la contratación pública tratando de incrementar la eficiencia del gasto público, de facilitar el acceso de las PYMEs a las licitaciones o de que los

poderes adjudicadores hagan uso de la contratación para alcanzar objetivos de las políticas sociales¹.

De esta forma, la contratación pública tiene que utilizarse para alcanzar objetivos sociales, como son el acceso al mercado laboral y el fomento del empleo de las personas con discapacidad, máxime cuando en la actualidad en España solo una de cada cuatro personas con discapacidad está ocupada².

Uno de los instrumentos recogidos en la legislación para la consecución del objetivo social de inserción laboral de las personas con discapacidad o en situación de exclusión social, son los contratos reservados, que determinan que a una licitación únicamente puedan concurrir y por tanto resultar adjudicatarios, operadores económicos con un marcado carácter social y que tengan entre sus objetivos la inserción laboral de personas con dificultades de acceso al mercado de trabajo.

Estamos ante una medida de discriminación positiva amparada por los principios y mandatos constitucionales recogidos en los artículos 1.1, 10, 9.2 y 14. Además, en el caso de las personas con discapacidad debe también atenderse a la obligación de los poderes públicos, recogida en el artículo 49 CE, de realizar políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, a los que deben prestar la atención especializada que requieran y ampararles para el disfrute de los derechos reconocidos en el Título I de la CE entre los que se encuentra el derecho al trabajo (artículo 35 CE)³.

¹ En este sentido, puede atenderse a lo dispuesto en el considerando (2) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Asimismo, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas incorpora entre sus objetivos la promoción de prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales.

Por lo que se refiere a los derechos de las personas con discapacidad, el considerando (3) de la Directiva señala que: “[a] aplicar la presente Directiva debe tenerse en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en particular en relación con la elección de medios de comunicación, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato”.

² Dato obtenido del Informe 4, 2019, del Observatorio sobre Discapacidad y mercado de trabajo en España: <http://www.odismet.es/es/informes/informe-4-del-observatorio-sobre-discapacidad-y-mercado-de-trabajo-de-la-fundacin-once/33/>

³ Existe una numerosa doctrina del Tribunal Constitucional que sostiene que este principio permite un tratamiento diferenciado ante situaciones de hecho desiguales. En este sentido, puede citarse la STC 128/1987, de 16 de julio, que afirma que: “la actuación de los Poderes Públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados

2. REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS RESERVADOS

La normativa comunitaria reguló por primera vez los contratos reservados en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Esta disposición fue transpuesta al ordenamiento español en la Disposición adicional séptima de la Ley 30/2007⁴ que disponía el carácter voluntario de la reserva – “*podrá reservarse*” – a favor de centros especiales de empleo –tanto a los de iniciativa empresarial como a los de iniciativa social pues entonces no existía en nuestro ordenamiento la última categoría– y en el marco de programas de empleo protegido.

Posteriormente, en las llamadas “*directivas de cuarta generación*”, la Directiva 2014/24/UE⁵ disciplina los contratos reservados en el artículo 20⁶: “*Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos*”.

Este artículo debe ser interpretado principalmente a la luz del Considerando (36) de la citada Directiva, de tal forma que: “*[e]l empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente*

en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas”.

⁴ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en el texto, Ley 30/2007).

⁵ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE contiene la regulación de los contratos reservados (en el texto, Directiva 2014/24/CE).

⁶ En idéntico sentido se pronuncia en su artículo 24 la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido”.

La anterior regulación fue transpuesta en España mediante la Ley 31/2015⁷. Tras su aprobación, la reserva pasó de ser una posibilidad, como se había fijado en la Ley 30/2007 y había pasado al Texto Refundido de 2011⁸, a una obligación, al incluirse el mandato de que “[m]ediante Acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes (...)”. También, se extendió la reserva a las empresas de inserción; y, se introdujo la posibilidad de que la misma tuviere lugar no solo en contratos sino también en lotes.

Actualmente, la regulación de los contratos reservados se encuentra recogida en la Disposición adicional cuarta de la LCSP⁹, como una excepción a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia según el artículo 132 LCSP, ya que “[e]n ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta”¹⁰.

El tenor literal de la Disposición adicional cuarta de la LCSP es el que sigue:

⁷ Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, en el texto como Ley 21/2015.

⁸ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en todo el texto como LCSP).

¹⁰ Sorprende que el legislador español no haya incluido la regulación de los contratos reservados en el articulado como hace la Directiva 2004/24/CE. Además, no es este el contenido que deben tener las disposiciones adicionales conforme a lo establecido en la directriz 39 del Anexo de la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa.

“1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100¹¹.

En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

El Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado.

2. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición.

¹¹ Destáquese que el establecimiento de los porcentajes mínimos de reserva también puede referirse a la fijación a la ejecución de contratos en el marco de programas de empleo protegido. En este sentido, debe hacerse referencia en nuestro ordenamiento a los enclaves laborales que se regulan en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

3. En los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva que establece esta disposición adicional no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta Ley, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente”.

Esta disposición adicional cuarta se completa con lo dispuesto en el artículo 99.4 LCSP, en relación con la división en lotes de los contratos, que establece la posibilidad de reservar alguno o algunos de los lotes para centros especiales de empleo¹² o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la comentada disposición adicional.

Finalmente, si bien no va a ser objeto de análisis en este estudio, debe aludirse a la existencia de otra reserva en la disposición adicional cuadragésima octava, que transpone literalmente el artículo 77 de la Directiva 2014/24/CE. Posibilidad de reservar determinados servicios culturales, sociales y de salud a las entidades que cumplan los requisitos que señala y con una duración máxima del contrato adjudicado de tres años.

3. ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS RESERVADOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

3.1. Obligatoriedad de la reserva

La LCSP mantiene como ocurría en el Texto Refundido de 2011, tras la reforma operada por la Ley 31/2015, la obligatoriedad de la reserva, de tal modo que *“mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva”*. Es decir, se obliga a todas las administraciones territoriales a aprobar porcentajes mínimos de reserva que garanticen su aplicación en todos los poderes adjudicadores de sus sectores públicos como después se expondrá.

Debe destacarse que de la lectura de la disposición y, en concreto del mandato citado, se infiere que la reserva no se concibe en términos restrictivos. En la misma no

¹² Obsérvese que el artículo 99.4 LCSP hace referencia a los centros especiales del empleo sin aludir a la iniciativa social. No obstante, esto no puede llevar a equívocos, ya que dispone que la reserva sea de conformidad con la disposición adicional cuarta y en ella los beneficiarios son los centros especiales de empleo de iniciativa social.

se recogen excepciones en cuanto a tipos de contrato, cuantía o procedimientos de adjudicación. Tan solo se establece la necesaria existencia de un porcentaje mínimo anual reservado que deberá cumplirse.

A este respecto, deben realizarse las siguientes consideraciones:

- No existe en la norma que viene comentándose mención alguna que permita sostener que los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administración pública no están obligados a reservar un porcentaje mínimo de contratos. Es más, en el tercer párrafo del primer apartado de la disposición, se establece para el caso en que la AGE no dictase el acuerdo correspondiente, que el mínimo legal establecido debe ser cumplido por todos los órganos de contratación del sector público estatal.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la LCSP recoge un enfoque estratégico de la contratación pública para la consecución de objetivos sociales, medioambientales y laborales del que no exime a estos poderes adjudicadores (artículo 1.3 LCSP).

- La LCSP ha introducido una importante novedad para el caso en que no se apruebe el Acuerdo de Consejo de Ministros que fije el porcentaje mínimo de reserva aplicable en el sector público estatal. No obstante, esto no es de aplicación ni a las comunidades autónomas ni a las entidades locales puesto que este inciso no tiene carácter básico de conformidad con lo dispuesto en la Disposición final 1ª de la LCSP.

Así, si no se hubiese aprobado en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva.

Transcurrido, el 9 de marzo de 2019, un año desde la entrada en vigor de la LCSP, y no habiéndose aprobado el referido acuerdo, actualmente el porcentaje mínimo de reserva aplicable es el del 7 por ciento sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio 2018.

Con respecto a lo anterior, debe precisarse que la LCSP introduce cierta confusión al hablar de importe, concepto genérico no definido, cuando en el resto del texto los términos utilizados son los de valor estimado, presupuesto base de licitación y precio. Además, las dudas aumentan si se atiende al apartado IV de la EM LCSP que afirma que “[a]simismo, se han revisado a efectos de su homogeneización las diversas expresiones que se utilizaban en el texto refundido anterior para referirse al valor de los contratos, por ejemplo «cuantía» o «importe del contrato», reconduciéndose en la mayor parte de los casos al concepto de «valor estimado» del contrato, que resulta ser el correcto. Este concepto queda perfectamente delimitado en la nueva Ley, al igual que lo están el de «presupuesto base de licitación» y el de «precio del contrato», evitándose, de esta forma, cualquier posible confusión entre ellos”, pues, como se va a exponer, atender al valor estimado no resulta correcto.

A este respecto, debe añadirse que tanto para el cálculo del porcentaje de reserva mínimo del ejercicio anterior y el cumplimiento de la misma en el año en curso tienen que utilizarse sobre variables homogéneas.

Dado lo anterior, se considera que debe tomarse como referencia el presupuesto base de licitación, ya que si escogiese los valores estimados se generarían importantes distorsiones como consecuencia de que este responde a estimaciones realizadas por el órgano de contratación con objeto de definir el precio máximo que puede alcanzar el contrato. Tampoco sería correcto tomar el precio, pues aunque para el cálculo de la reserva no habría problemas, sí que existirían estos en cuanto a la planificación y control de su cumplimiento.

En definitiva, se entiende que si por “importe” entendemos el presupuesto, resulta sencillo tanto la concreción del porcentaje mínimo de reserva, como el control de su efectividad del cumplimiento y la planificación del mismo desde un primer momento.

- Hay que preguntarse qué ocurre en los supuestos en que no siendo de aplicación la legislación básica aludida, una comunidad autónoma o una entidad local no hayan fijado un porcentaje mínimo de reserva.

En primer lugar, la no existencia de este acuerdo, desde luego no exime del cumplimiento de la obligación de reservar y no impide la convocatoria de estos contratos. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia en su Resolución 67/2018, de 3 de septiembre de 2018 ha afirmado que: “llegar a una conclusión de que mientras

no existan esos acuerdos a los que se refiere la disposición adicional cuarta no se pueden hacer estas reservas de contratos daría lugar a una interpretación contraria a lo que este TACGal considera que era intención del legislador. Recordar, en este punto, que el legislador de lo que se preocupa es de que exista un mínimo, esto es, que haya licitaciones con esta reserva, por lo que hacerlas, aunque no haya el acuerdo de fijación de este mínimo, solo puede redundar cara al cumplimiento de esta disposición, no a su vulneración, sin perjuicio de lo conveniente que existan estos acuerdos, adaptados además a este nuevo marco normativo”. No obstante, sin el acuerdo es complicado que se garantice el cumplimiento, ya que se desconoce qué porcentaje mínimo hay que reservar.

3.2. Efectividad y cumplimiento de la reserva

La disposición adicional cuarta LCSP establece que en el acuerdo en que se fije el porcentaje de reserva mínima se establezcan también las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento. Este mandato que ya se contenía en el Texto Refundido de 2011, difiere a los acuerdos en concreto el establecimiento de medios para asegurar el cumplimiento de la reserva. En este sentido, es imprescindible que en ellos se instrumenten medios específicos para la publicidad del total de contratos reservados en un determinado ejercicio, así como de los instrumentos de planificación y control de la reserva establecida. Asimismo, puede ser conveniente que se cree donde tengan participación los centros especiales de empleo de iniciativa social y las empresas de inserción que faciliten el control y la publicidad.

A este respecto, los centros especiales de empleo están obligados a llevar a cabo una labor constante de control, en la que deberán observar tanto los contratos adjudicados en el ejercicio anterior para el cálculo de la reserva y las licitaciones reservadas en el ejercicio en curso. Para ello podrán utilizar además de los medios de publicidad establecidos en la LCSP, la posibilidad de ejercitar el derecho de acceso a la información pública en los términos recogidos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno o la normativa autonómica o local equivalente.

Si bien con carácter básico se ha fijado supletoriamente para el sector público estatal un porcentaje mínimo de reserva si no se aprueba el acuerdo de Consejo de Ministros que debe fijar el porcentaje mínimo de reserva, para las comunidades autónomas y las entidades locales encontramos el problema de que si no se dicta este acto, como ya se ha apuntado, no se sabrá cuál es el porcentaje mínimo que se debe cumplir, con la consiguiente incerteza. Frente a esta situación, los centros especiales de empleo pue-

den solicitar a dichas administraciones, sobre la base del derecho de petición, que cumplan el mandato legal dictando el acuerdo que garantice la efectividad de la reserva. Si tal pretensión es desestimada en vía administrativa, deben acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para que sea esta la que obligue a la administración a cumplir con su deber.

Preocupa y genera no pocos interrogantes el hecho de que no se establezcan consecuencias jurídicas en los casos de incumplimiento del porcentaje mínimo de reserva fijado. ¿Qué ocurre si el sector público de una de estas administraciones no lo cumple? Es decir, verificado el incumplimiento al finalizar un año, ¿qué compensación deben recibir los beneficiarios de la reserva? Así se propone que bien en el desarrollo reglamentario, en futuras modificaciones de la LCSP o en los acuerdos por los que se fije el porcentaje se refiera que el no cumplimiento de este dará lugar al incremento de la reserva mínima para el año siguiente en el porcentaje incumplido.

Una vez establecido el porcentaje mínimo de reserva y verificado el incumplimiento, los centros especiales de empleo pueden intimar a los poderes adjudicadores incumplidores conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa reclamando el cumplimiento de la obligación establecida. Y si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación no se hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no se hubiera llegado a un acuerdo deberá deducirse un recurso contencioso-administrativo.

3.3. Beneficiarios de la reserva. Especial referencia a la limitación a los centros especiales de empleo

El origen inmediato de la disposición adicional cuarta LCSP, como se ha expuesto, se encuentra en el artículo 20 de la Directiva 2014/18/CE. Sin embargo, debe reconocerse que los Estados Miembros gozan de discrecionalidad¹³ para la regulación de la reserva en sus ordenamientos.

De conformidad con lo anterior, el legislador español ha pasado de la voluntariedad a la obligatoriedad de la reserva, como acaba de exponerse, y ha concretado a qué operadores económicos con una función social se restringen las licitaciones en los contratos reservados sin que esto pueda ser merecedor de reproche alguno, ya que el

¹³ Recuérdese que el artículo 288 del dispone que: “[l]a directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

mencionado artículo 20 no contiene un mandato claro e incondicionado¹⁴ al establecer solo una posibilidad que deja un amplio margen a la hora de su transposición. A este respecto, resulta clarificadora la Resolución 100/2018, de 13 de agosto, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi afirma que: *“la opción de no incorporar este contenido [es decir, el del artículo 20 de la Directiva 2014/18/CE] (que supone una excepción al principio general del libre acceso a la contratación de todos los operadores económicos capacitados con independencia de su forma o características legales u organizativas) no hubiera merecido los reproches o consecuencias jurídicas de una transposición incorrecta”*.

En consecuencia, el legislador gozaba de discrecionalidad para definir a qué *“talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas con discapacidad o desfavorecidas”* limitaba la reserva y ha optado por hacerlo a los centros especiales de empleo de iniciativa social y las empresas de inserción.

El legislador ha limitado así la reserva en favor de los centros especiales de empleo de iniciativa social dejando fuera a los de iniciativa empresarial. En este contexto, la LCSP ha introducido en la Disposición Final decimocuarta los requisitos que debe cumplir un centro especial de empleo para ser de iniciativa social, al añadir un apartado 4 al artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y que dispone que: *“[t]endrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a so-*

¹⁴ Los tribunales administrativos de recursos contractuales con ocasión del análisis del efecto directo de la Directiva 2014/24/CE y de la Directiva 2014/23/CE aprobaron en su reunión de 1 de marzo de 2016 el documento *“Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”*, en el que con respecto al artículo 20 de la Directiva 2014/18/CE consideraron que *“[a]l igual que en el caso del artículo 24 de la Directiva de Concesiones, este precepto, en cuanto contempla la posibilidad de reservar el derecho a licitar a determinados entes por la función social que desempeñan, no establece un mandato claro e incondicionado, por lo que carece de efecto directo, si bien su contenido está parcialmente recogido en la Disposición adicional quinta del TRLCSP”*.

ciudades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social”.

El hecho de que la reserva se haga únicamente en favor de los centros especiales de empleo de iniciativa social y no de todos los centros especiales de empleo, como ocurría en la Ley de 2007, es una decisión del legislador, dentro del ámbito de libertad que tenía en la transposición, que tiene su fundamento en una creciente tendencia acogida de que instrumentos como los contratos reservados benefician a entidades que no buscan un beneficio empresarial y tienen la obligación de reinvertir los beneficios, incrementando así el valor social y el impacto buscado en la mejora del acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad¹⁵.

Asimismo, conviene destacar que a las empresas de inserción no se les exige expresamente la iniciativa social, ya que conforme a los artículos 5 y 6 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, estas deben estar promovidas en al menos un 51% por entidades sin ánimo de lucro, incluidas las de derecho público, las Asociaciones sin fines lucrativos y las Fundaciones, cuyo objeto social contemple la inserción social de personas especialmente desfavorecidas.

A pesar de lo anterior, la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE) ha puesto en dudas que la limitación a los centros de iniciativa social

¹⁵ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido excepciones al principio de libre competencia a favor de entidades sin ánimo de lucro. Primeramente, la STJUE de 17 de junio de 1997, asunto Sodemare (C-70/95) consideró que en el caso de contratos realizados en el marco de la seguridad social podía verse limitado el principio de competencia en favor de entidades sin ánimo de lucro por ser estas las operadoras idóneas para cumplir con las finalidades sociales del sistema, en cuanto que no tenían obligación de obtener beneficios.

También cabe aludir a las Sentencias de 11 de diciembre de 2014, asunto Spezzino (C-113/2013), y de 28 de enero de 2016, asunto Casta (C-50/2014), en las que no se consideraron contrarios a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios la adjudicación de contratos públicos de manera directa y sin publicidad a favor de Cruz Roja Italia, siempre que la prestación contribuyese a una finalidad social no lucrativa y a la consecución de objetivos de las políticas públicas como puede ser la solidaridad.

sea compatible con la normativa comunitaria. De esta forma, ha recurrido instando la nulidad de varios pliegos de contratos reservados fundando su pretensión en que la reserva del contrato a los centros especiales de empleo de iniciativa social dejando fuera a los de iniciativa empresarial entra en contradicción con el artículo 20 de la Directiva 2014/24/CE, provocando un daño directo a la libre competencia, la interdicción de la no discriminación y, facilitando el fraude en la contratación. El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales ha desestimado en las Resoluciones 860/2018, de 1 de octubre de 2018 y 914/2018, de 11 de octubre, dos de estos recursos aduciendo que:

- el artículo 20 de la Directiva 2014/24/CEE y el 24 de la Directiva 2014/23/CEE carecen de efecto directo, y el legislador gozaba de libertad para cumplir el mandato contenido en el acervo comunitario concretando los *“los talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de las personas con discapacidad o desfavorecidas”* en los centros especiales de empleo de iniciativa social y las empresas de inserción.
- No se contraviene el principio de libre competencia en las licitaciones públicas ya que *“[e]n este caso, lo único que se hace es especificar una categoría determinada de operadores económicos con carácter social que pueden acceder al contrato reservado. Ello no quita que se aplique la libre competencia entre ellas, quedando abierta la licitación a cualquier empresa que cumpla las condiciones al igual que en cualquier licitación ordinaria. Además, las condiciones de solvencia técnica y económica, y el resto que se establezcan en los pliegos deben seguir cumpliéndose como en cualquier otro procedimiento”*.

En ambos casos, el TACRC concluye que: *“no podemos aceptar la ilegalidad de la cláusula del cuadro de características del pliego impugnado pues no hace sino acogerse a los nuevos predicamentos que para los beneficiarios de los contratos reservados contempla la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP, en esencia, el requisito de que dichos CEE han de ser de iniciativa social para redundar en la protección de las políticas a favor de la integración y el derecho al trabajo de las personas con discapacidad (artículo 43 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad)”*.

Finalmente, se deniega el planteamiento de una cuestión prejudicial por considerar que la normativa española acoge el espíritu de la directiva, sin que existan dudas de interpretación o contravención de la normativa española frente a la comunitaria¹⁶.

¹⁶ También se han resuelto con idéntico resultado por los tribunales autonómicos de recursos contractuales recursos especiales en materia de contratación en los que CONACE plantea las pretensiones descritas. A

A la vista de lo anterior, parece que se está ante una cuestión pacífica y resuelta en nuestro ordenamiento.

3.4. Acreditación del carácter de centro especial de empleo de iniciativa social

El carácter de centro de empleo de iniciativa social, al igual que el de empresa de inserción, es una condición legal de aptitud y no un requisito de solvencia.

Lo anterior tiene una importante consecuencia como es que si los anteriores operadores quieren concurrir a una determinada licitación agrupados en una unión temporal de empresas, todos los integrantes deben tener la condición legal requerida en el contrato reservado sin que puedan ser de aplicación las normas contenidas en la LCSP relativas a la acumulación (artículos 69 y 75 LCSP). Esto es, una unión temporal, por ejemplo, entre un centro social de empleo de iniciativa social y uno de iniciativa empresarial sería excluida por no poseer el último la condición legal de aptitud requerida.

En este sentido, debe aludirse a que los centros especiales de empleo que concurren a una licitación reservada deberán acreditar su iniciativa social, es decir además de la calificación e inscripción en el Registro de Centros del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), o, en su caso, en el correspondiente de las administraciones autonómicas, deben demostrar que:

- (a) son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social;

- (b) en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social.

este respecto, véanse la Resolución 108/2018, de 15 de noviembre de 2018, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, la Resolución 100/2018, de 13 de agosto, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi o la Resolución 202/2018, de 10 de octubre de 2018, del Tribunal Catalán de contratos del Sector Público.

Esto es así porque salvo en contadas excepciones en las que en la inscripción el registro se hace referencia a la iniciativa social, como ocurre por ejemplo en la Comunidad Valenciana tras la reciente aprobación del Decreto 227/2018, de 14 de diciembre, del Consell, por el que se regula la calificación e inscripción de los centros especiales de empleo en el Registro de centros especiales de empleo de la Comunitat Valenciana, la inscripción en el SPEE o equivalente solo confirmará que es un centro especial de empleo –la normativa estatal es bastante anterior a la introducción de la categoría de centros especiales de empleo de iniciativa social.

En esos supuestos, los pliegos deberán exigir para acreditar la capacidad, es decir la iniciativa social del centro especial de empleo, bien una declaración responsable o bien copia los estatutos y demás documentación que permita verificar quienes son sus promotores y cómo se reinvierten sus beneficios.

En relación con esta cuestión, con el objeto de evitar fraudes y reducir la burocracia, debe procederse a la adaptación de la normativa de registros de centros especiales de empleo a la nueva realidad creada por la Disposición final decimocuarta de la LCSP. Así, en estos registros los centros especiales deben ser inscritos y calificados como de iniciativa social o empresarial.

3.5. Aplicación de la reserva. Preparación y adjudicación de los contratos reservados

La característica esencial de los contratos reservados es que la licitación se restringe a los centros especiales de empleo de iniciativa social y a las empresas de inserción.

En la analizada disposición adicional cuarta no existe ningún límite en cuanto a la aplicación de la reserva a cualquiera de los tipos contractuales recogidos en la LCSP, así podrá reservarse, por ejemplo, desde un contrato de obras a un contrato de concesión de servicio. Tampoco existe ninguna restricción en relación con la aplicación de la reserva a cualquier objeto contractual o sector de actividad.

No obstante lo anterior, para que la reserva pueda cumplir su finalidad, los poderes adjudicadores deben realizarla en aquellos contratos, actividades y sectores en los que los centros especiales de empleo de iniciativa social y las empresas de inserción desarrollan sus actividades y cuentan con experiencia y solvencia, evitando con esto que las licitaciones reservadas puedan quedar desiertas.

En este contexto, se hace imprescindible que los actores públicos contratantes conozcan las actividades llevadas a cabo por los beneficiarios de la reserva para evitar

que puedan quedar desiertos determinados contratos que hayan sido reservados en sectores en los que no existan centros especiales de empleo o empresas de inserción¹⁷. Así, debe fomentarse un diálogo continuado entre estos operadores y las organizaciones que los aglutinan y los poderes adjudicadores para que la finalidad de la reserva se cumpla.

También, los actores públicos deben explotar para conseguir los objetivos de la reserva la posibilidad de reservar lotes en los contratos. De tal forma que dividiendo en lotes un contrato reserven aquel en el que existan centros especiales de empleo o empresas de inserción para licitar y resultar adjudicatarios.

La LCSP tampoco establece los procedimientos a través de los cuales pueden ser adjudicados los contratos reservados. De tal modo que estos podrán, cumpliendo las disposiciones de la ley, adjudicarse por cualquiera de los establecidos, es decir, desde un contrato menor a un acuerdo marco.

Es evidente que la reserva no eximirá del cumplimiento de ninguno de los requisitos para la preparación y adjudicación del contrato. Así, el desarrollo de las licitaciones será exactamente igual al de cualquier otro procedimiento de contratación.

Debe aludirse a las siguientes peculiaridades establecidas en la disposición adicional cuarta:

(i) es imprescindible que en el anuncio de licitación se haga referencia a la reserva del contrato y a la disposición adicional cuarta de la LCSP.

(ii) como dispone la disposición adicional comentada en su apartado 3, en los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva no procederá la exigencia de la garantía definitiva referida en el artículo 107 LCSP, salvo en aquellos casos en los que por motivos excepcionales, el órgano de contratación lo considere necesario y lo justifique motivadamente en el expediente de contratación.

Por los que se refiere a los pliegos que han de regir la contratación, si bien no se establece en la normativa ninguna peculiaridad, se considera conveniente que se haga referencia a:

¹⁷ Obsérvese que los contratos reservados cuyas licitaciones resulten desiertas computarán para el cumplimiento del porcentaje mínimo de reserva que se haya fijado, si bien no servirán para conseguir los objetivos pretendidos con la reserva que ha de ser en última instancia lo que se persiga.

(i) el medio a través del cual debe acreditarse que se es un centro especial de empleo de iniciativa social en los términos referidos anteriormente.

(ii) al convenio colectivo que debe aplicarse. El artículo 122 LCSP dispone que los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben incluir *“la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación¹⁸”*. En el siguiente apartado se analizarán los problemas existentes con la subrogación del personal y la aplicación de los convenios.

(iii) La no exigencia de garantía definitiva, como ya se ha expuesto. A contrario sensu deberá incluirse la necesidad de prestar dicha garantía en aquellos casos excepcionales en los que el órgano de contratación lo considere necesario.

3.6. Subrogación en el personal por los centros especiales de empleo

Como es sabido, y se infiere del primer inciso del artículo 130.1 LCSP, los nuevos adjudicatarios de un servicio que ya venía prestándose por otro contratista deben subrogarse como empleador en las relaciones laborales de los trabajadores cuando lo imponga una norma legal, un convenio colectivo, o un acuerdo de negociación efectiva con eficacia general.

La LCSP ha previsto qué ocurre con la subrogación del personal de un centro especial de empleo cuando se licite y adjudique a otra empresa el contrato¹⁹. Así, el artículo 130.2 LCSP dispone que cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un centro especial de empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato siempre que lo disponga una ley, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva con eficacia general.

¹⁸ Los centros especiales de empleo se rigen por el convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad y la relación laboral existente entre las personas con discapacidad y los centros especiales de empleo es una relación laboral de carácter especial que se rige por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los “minusválidos” (sic) que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

¹⁹ Esta cuestión había sido zanjada jurisprudencialmente por la Sala 4ª del Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias 4 de octubre de 2011, 26 de enero de 2012, 7 de julio de 2013 en contratos de limpieza. Nuestro Alto Tribunal sostiene que aquí ha de regir el criterio funcional determinando la aplicación de la norma convencional de las empresas de limpieza, que impone la subrogación, pues esta y no otra es la actividad desempeñada por los trabajadores, teniendo cualquier empresa que subrogarse en los contratos, aunque se trate de

No obstante, la LCSP no resuelve el supuesto contrario. ¿Qué ocurre cuando el nuevo adjudicatario es un centro especial de empleo y viene obligado a subrogarse como empleador en relaciones laborales de personas sin discapacidad? Esto plantea notables problemas ya que la obligación de subrogarse en el personal del anterior contratista puede determinar que el centro especial de empleo vea alterado el porcentaje de personas con discapacidad, y pueda llegar a incumplir los requisitos establecidos para ser considerado como tal por el artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/2013.

A ello debe sumarse que aunque los centros especiales de empleo se rijan por el convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad que posibilita que se limite la subrogación del personal sin discapacidad al límite del 30%²⁰, el Tribunal Supremo ha sostenido que si el centro concurre a un contrato en cuyo sector de actividad el convenio aplicable impone la subrogación está incluyendo su actividad en un ámbito distinto del que le es propio y deberá estar a las normas de dicho ámbito, subrogándose en el personal (STS de 7 de febrero de 2012).

Lo anterior determina que los centros especiales de empleo cuando quieran ser licitadores de un contrato reservado de servicios, como puedan ser de limpieza o jardinería, en los que los convenios colectivos obligan a la subrogación del personal, que venía prestándose por una empresa, deba prestar especial atención a la alteración del porcentaje de personas con discapacidad que tiene empleadas puesto que, conforme a la jurisprudencia citada, deberá subrogarse en el personal del anterior contratistas. Esto podrá determinar que las licitaciones de estos contratos reservados queden desiertas. En definitiva, la solución actualmente aconsejable es que la reserva se realice en la licitación de nuevos servicios en aquellos casos en que sea preceptiva la subrogación del personal.

Además, el problema expuesto, genera otro inconveniente que es que aunque un centro especial de empleo resulte adjudicatario de uno de estos contratos, esto no tendrá porque redundar directamente en la creación de puestos de trabajo para personas con discapacidad pues estará obligado a subrogarse en el personal del anterior contratista.

un centro especial de empleo. Además se descarta que la discapacidad pueda suponer una de discriminación a los trabajadores por lo que no debe tener consecuencias en la subrogación.

²⁰ Artículo 27.5 del XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad registrado y publicado por la Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo (BOE núm. 243, de 9 de octubre de 2012).

4. BIBLIOGRAFÍA

- ABOGACÍA DEL ESTADO, *Memento práctico Contratación Pública 2018-2019*. 1ª Edición. Madrid. Francis Lefevre. 2018.
- MENDOZA JIMÉNEZ, Javier, *La contratación pública responsable: una propuesta para su implementación*. Tesis doctoral, Universidad de La Laguna, 2018.
- MENDOZA JIMÉNEZ, Javier, *Guía rápida sobre contratos reservados. ¿Qué son? ¿Cómo se aplican?*, Gobierno de Canarias, 2018.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario y VÁZQUEZ GARRANZO, Javier (coordinadores), *Comentarios a la Ley de contratos del sector público adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*. 1ª Edición. Madrid. Wolters Kluwer. 2018.
- SANJURJO GONZÁLEZ, Carmen y RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón, *Los aspectos sociales en la contratación pública: guía práctica para entidades del Tercer Sector Social*. 1ª Edición. Madrid. Ediciones Cinca/CERMI. 2018.
- RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (Director), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. 1ª Edición. Cizur Menor. Thomson Reuters. 2018.

TRABAJOS FIN DE MÁSTER^(*)

Laura Marín Cáceres

Doctora en Derecho.

Profesora Departamento de Derecho Civil y Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Jaén

////////////////////////////////////

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE: LAS CLÁUSULAS SOCIALES, ¿MECANISMO PARA CONSEGUIR EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD?

Extracto y adaptación del Trabajo Fin de Máster: 4ª Edición del Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia.

SUMARIO DEL TFM: Capítulo I: De la contratación pública sostenible a la contratación pública responsable. 1. Planteamiento general. 2. Nociones sobre cláusulas éticas, cláusulas ecológicas y ambientales. 3. Las cláusulas sociales: concepto, dimensión, alcance y finalidad. 4. Conclusiones finales. –Capítulo II: El impulso de la normativa internacional como motor de inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública. 1. Evolución y situación actual de la legislación internacional en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación: a) Los tratados internacionales sobre derechos humanos bajo los auspicios de Naciones Unidas. Especial referencia a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. b) El principio de no discriminación en la Unión Europea. 2. El Derecho de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública: las Directivas como instrumento para el desarrollo del mercado interior. 3. Las cláusulas sociales en los tratados comerciales. 4. Consideraciones finales. –Capítulo III: Eficiencia social como objetivo básico de la contratación pública. La nueva Ley de Contratos del Sector

^{*} Selección de los Trabajos Fin de Máster de la IV edición del Máster de Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y de la Fundación Derecho y Discapacidad.

Público: un nuevo avance a la inclusión. 1. Introducción. 2. La dimensión social e inclusiva de la Ley de Contratos del Sector Público a través de un posible acuerdo dispositivo. 3. Consideraciones finales. –Conclusiones. –Bibliografía. Recursos electrónicos. –Referencias. –Jurisprudencia.

SUMARIO DEL ARTÍCULO: Introducción. –1. Noción de cláusula social y justificación de la incorporación de las cláusulas sociales a la contratación pública. –2. La dimensión social e inclusiva de la LCSP. –Conclusiones. –Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El Trabajo Fin de Máster que se presenta tiene como finalidad general determinar cuál es el impacto real de la vigente Ley 9/2017, de 8 de marzo, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) que, fuera de plazo, ha transpuesto las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23 y 2014/24 de 26 de febrero sobre contratación pública y adjudicación de contratos de concesión, en relación al compromiso adquirido de utilizar la contratación pública como instrumento para implementar políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y, en especial si ha supuesto un avance en el obligado respeto a los derechos de las personas con discapacidad.

Para ello, se estructura en tres capítulos. El primero, con carácter general e introductorio que define las cláusulas ambientales, éticas y sociales como parámetros necesarios para una contratación pública responsable. Un segundo capítulo que, centrado ya en la cuestión social, aborda su tratamiento desde lo general, mediante la perspectiva de los derechos humanos con especial mención a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por ser el Tratado que revoluciona el tratamiento jurídico de, por y para las personas con discapacidad, desterrando el procedimiento asistencial, vulnerador de derechos, para consagrar la igualdad ante la ley como el único camino posible para conseguir la inclusión efectiva. Además, un recorrido por la normativa europea como impulsora directa de la naturaleza instrumental de la contratación pública. Por último, el tercer capítulo, se centra en la Ley 9/2017, recorriendo los principales artículos que de manera preceptiva o facultativa permiten que la contratación pública adquiera el carácter de social y responsable. Por la extensión de la norma y su complejidad se confecciona para el análisis normativo, un acuerdo que con naturaleza dispositiva puede convertirse en una guía para una contratación comprometida con las personas con discapacidad.

Finaliza el trabajo con unas consideraciones personales a modo de conclusión sobre lo tratado en los capítulos precedentes, así como, anexos de bibliografía referenciada y utilizada y de referencia normativa.

No obstante, esta publicación, que trae causa del citado Trabajo Fin de Máster, ha requerido de una labor de reestructuración y síntesis del contenido para adaptarlo a las páginas recomendadas. Por ello, se ha optado por reproducir en el sumario la estructura completa del TFM con el objetivo que el lector tenga conocimiento exacto del contenido del trabajo y, para la publicación realizar un resumen tanto de las ideas básicas y principales estructuradas en dos apartados y conclusiones, así como de la bibliografía y la referencia normativa.

1. NOCIÓN DE CLÁUSULA SOCIAL Y JUSTIFICACIÓN DE LA INCORPORACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El concepto de cláusula social se ha recogido en numerosas publicaciones tanto a nivel normativo como doctrinal, como criterio o estipulación que se incluye en los procesos de contratación pública en virtud de la cual se asume el compromiso de cumplir con determinados objetivos de política sociolaboral. De esta manera se impulsan objetivos beneficiosos para toda la sociedad. La inclusión de cláusulas sociales fomenta la incorporación al empleo de personas con discapacidad y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, la calidad y estabilidad en el empleo, la protección del medio ambiente, la incorporación de principios de consumo ético, sostenible y responsable y la accesibilidad y diseño para todos. No obstante, las cláusulas sociales a las que alude el trabajo son las disposiciones que pueden ser incluidas en los contratos públicos con el objetivo de contrarrestar las desventajas reales de las personas con discapacidad en el ámbito sociolaboral y garantizar la igualdad de trato y no discriminación.

La vigente Ley 9/2017, tiene un reconocimiento expreso a las características sociales de los contratos en su art. 145.2 que dispone: “la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

[...] Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de las personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social ; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que

se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato [...]”. La utilización estratégica de la contratación pública se convierte en el principal eje con base en el tenor literal del art. 1.3 LCSP. Por ello, la inclusión de criterios de adjudicación de carácter social en los apartados 2 y 6 del art. 145 LCSP es más exhaustiva que en la Directiva 2014/24/UE. El apartado 6º del citado art. coincide con el art. 67 de la Directiva, si bien añade la norma española, en su apartado a), una referencia a “formas de producción, prestación y comercialización medioambiental socialmente sostenibles y justas” y un amplio catálogo no cerrado de características ambientales y sociales a las que podrán referirse los criterios de adjudicación.

Sea cual fuere la definición que utilicemos de cláusula social, uno de los aspectos más relevantes en relación con las mismas es el carácter obligatorio o potestativo en su aplicación por parte de los órganos de contratación. Sería conveniente que la incorporación de las cláusulas sociales tuviese siempre carácter obligatorio y por tanto fuesen vinculantes para las partes. Se refiere a ello MEDINA ARNÁIZ (2017), cuando reclama que “pasen a formar parte del contrato mediante su incorporación a los pliegos teniendo en cuenta que la LCSP establece que son obligaciones del contratista cumplir durante todo el periodo de ejecución contractual, las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación (art. 35.1.n); cumplir con las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial aplicable (art. 122.2) y cumplir con las obligaciones que resulten de aplicación de la normativa y de los convenios colectivos en materia medioambiental, social y laboral (art. 120)”. La necesaria inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública podría fundamentarse en la eterna dicotomía entre Economía y Ética hasta en el significado de los valores consagrados en el art. 1 de la Constitución Española (CE) que configuran al Estado como social o en el art. 10 de nuestra norma suprema, sin embargo, la realidad es que las

¹ El derogado art. 150 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, establecía los criterios de valoración de las proposiciones y de la oferta económica más ventajosa refiriéndose a las cláusulas sociales como las “vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar”.

modificaciones en nuestro Derecho interno sobre contratos públicos se deben, sin duda alguna, al impulso que con distinta intensidad provocan las Directivas de la Unión Europea que se suceden desde 1971 y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Especialmente, a partir de las Directivas del año 92 se plasma la idea que la contratación pública es el instrumento idóneo para materializar otras políticas públicas como la social y con clara preponderancia la ambiental. La idea fundamental se resume en: la contratación pública ya no es un fin en sí mismo sino un instrumento o medio por el cual no solo se consigue el objeto del contrato sino otros objetivos como son los sociales, ambientales o de innovación. En palabras de MESTRE DELGADO (2018) “ya no existe solo un interés público concretado en que la Administración obtenga las mejores prestaciones en las mejores condiciones posibles, sino que además ese resultado debe obtenerse respetando los intereses, también dignos de protección pública, del mercado en que actúan los empresarios. Y en particular, mediante la utilización transversal de la contratación pública para canalizar otras políticas”. Por tanto, sumamos a los criterios básicos que deben presidir la contratación pública: calidad/precio, imparcialidad, transparencia e igualdad, los criterios ambientales, éticos y sociales con el objetivo de conseguir un Administración eficiente, concienciada con el medio ambiente, la integración social, la igualdad entre hombres y mujeres, que procure un crecimiento sostenible, innovador y todo de manera transparente. Así, por un lado, está claro el objetivo (Administración eficiente, concienciada con el medio ambiente, integración social...) y, por otro, el marco jurídico aplicable pues el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y la obligación de los poderes públicos de proporcionarlo se recoge en el art. 45 CE y es un tema recurrente en la agenda de los Estados, prueba de ello son los tratados internacionales firmados al respecto. Se debe de luchar contra la corrupción mediante la inclusión de cláusulas éticas como indica el art. 1 LCSP, en el mismo sentido que la Directiva 2014/24 de la que trae causa y por supuesto, cumplir el art. 49CE, y para ello, incluir principios en virtud de los cuales se incorporen al contrato aspectos de política social bien como criterio de adjudicación, como criterio cualitativo o como criterio de ejecución. El impulso definitivo de utilizar la contratación pública como medio de integrar aspectos sociales se produjo con las Directivas del 2004, por ello, ya encontrábamos consideraciones de tipo social y ambiental en las derogadas leyes 30/2007 y 3/2011 sobre Contratos del Sector Público y con la cuarta generación de directivas en el 2014, estas últimas transpuestas por la Ley 9/2017 que seguidamente paso a analizar.

2. LA DIMENSIÓN SOCIAL E INCLUSIVA DE LA LCSP

La contratación pública constituye un instrumento idóneo para conseguir objetivos sociales, ambientales e innovadores. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos

del Sector Público, permitía a los órganos de contratación el establecimiento de condiciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral (art. 102). El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 que sustituyó a la Ley del 2007, introdujo en la contratación pública consideraciones de tipo social y ambiental, bien como condiciones especiales de ejecución o como criterios para valorar las ofertas. La nueva Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público por el que se transponen al Ordenamiento Jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 (LCSP), vino a dar cumplimiento a lo establecido por la UE. No obstante, y en base a este extenso título, parece ser que la transposición de las Directivas es el único motivo de promulgación de la Ley y, sin embargo, ya en su Preámbulo la justifica por “entre otras razones”, en el papel clave que desempeña la contratación pública para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador garantizando la eficiencia en el gasto público, en la necesidad de lograr una mayor transparencia en la contratación pública, así como una mejor relación calidad-precio. 347 artículos, 52 disposiciones finales, cinco transitorias, una disposición derogatoria y 11 finales, junto con un Preámbulo y cinco anexos forman la nueva LCSP, derogando el Real Decreto Legislativo 3/2011, de Contratos del Sector Público, de 14 de noviembre. Es una norma extensa, compleja, en ocasiones con complicada redacción y con constantes remisiones a otros artículos de la norma e incluso a otras leyes. Esto ha provocado que haya una ingente cantidad de información pre y post norma que, en mi opinión, más que aclarar produce el efecto contrario.

No obstante, es preciso añadir que la contratación pública no es la única vía de provisión de servicios sociales por el sector público. La gestión de los servicios puede ser una gestión directa, a través de recursos propios, una gestión indirecta, con fundamento en la LCSP y una gestión indirecta mediante la acción concertada, lo que se denomina “concierto social”. Formas de gestión que se desprenden del tenor literal de las Directivas 2014/23; 2014/24 y 2014/25² así como de la disposición adicional cuadragésimo

² Cons.54 (2014/23): “Los Estados miembros y las autoridades públicas siguen siendo libres de prestar ellos mismos estos servicios o de organizar los servicios sociales sin asignar concesiones”; Cons.114 (2014/24) y 120 (2014/25) se pronuncia en los mismos términos: “Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios”.

novena de la LCSP³. Por consiguiente, lo primero que debería hacer la Administración Pública es estudiar cuáles son las circunstancias y los servicios que se deben prestar y decidir la mejor vía para ello, siempre presentes los principios de la Administración y el objetivo relación calidad-precio en el que se encuentran inmersos los aspectos sociales, ambientales e innovadores y, por tanto, los concernientes a los derechos de las personas con discapacidad.

Cualquier Administración Pública o entidad del sector público, sujeta al marco normativo de la LCSP puede plasmar su convencimiento y apoyo a la contratación pública responsable asumiendo, entre otros, el deber de incorporar de manera transversal y preceptiva criterios sociales. Obligación que se introduce como novedoso mandato imperativo en el art. 1.3 y se refuerza por la disposición 28.2. Además, mediante el análisis, planificación y preparación anticipada de los contratos de manera responsable (arts. 28 y 134 LCSP) se favorece la inclusión de criterios sociales adecuados a las características del contrato. Realizando consultas preliminares del mercado por el poder adjudicador, donde juegan un papel predominante los movimientos asociativos. La consulta preliminar va a permitir que posteriormente se prepare correctamente la licitación, se ejecute el objeto del contrato y se consigan otros propósitos. En la medida de lo posible se ha de utilizar el contrato menor (art. 118 LCSP) y/o las invitaciones para solicitar ofertas a entidades sin ánimo de lucro, de economía social y a empresas socialmente responsables. Analizar la idoneidad del contrato y su sector de actividad con la finalidad de ser calificada la licitación como reservada para Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción (Disposición adicional 4ª LCSP) o para empresas y entidades de Economía Social (Disposición adicional 48ª). Mantiene la incorporación expresa de las prohibiciones de contratar a empresas de 50 o más trabajadores que no cumplan el requisito de al menos el 2% de sus empleados sean trabajadores con discapacidad de conformidad con el art. 42 Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad. La acreditación del cumplimiento de la cuota se hará constar en una declaración responsable conforme al art. 140 LCSP. Se supera la tradicional selección de la oferta económica más ventajosa, sustituyéndola por mejor relación calidad-precio. En este sentido, el tenor literal del art. 145.2 LCSP establece que “la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a los criterios económicos y cualitativos. Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor

³ Disposición adicional cuarenta y novena de la Ley 9/2017: *Legislación de las Comunidades Autónomas relativa a instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social*. “Lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”.

relación calidad-precio podrán incluir aspectos sociales [...] podrán ser: [...] la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias [...]. Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina [...]”. Los órganos de contratación pueden establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato y en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución. Las consideraciones de tipo social que pueden introducirse estarán en relación a hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción y eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado (art. 202 LCSP). Una vez que formen parte del contrato se les exigirá por igual a todos los subcontratistas que participen en la ejecución. Además, garantizar la accesibilidad a las personas con discapacidad como indican los arts. 93, 126 y la Disposición Adicional 18ª que obligan a los órganos de contratación a que en los pliegos de licitación en las fases de licitación se cumplan los requisitos de accesibilidad universal. Por último, pero de gran importancia, la AP debe realizar un efectivo control del cumplimiento de los criterios sociales. De nada serviría realizar un perfecto procedimiento respetuoso con la Ley y comprometido socialmente y no verificar el cumplimiento de las cláusulas sociales incorporadas por parte de la AP. LCSP faculta al órgano de contratación a establecer sanciones e incluso la potestad para rescindir el contrato en caso de incumplimiento (art. 202.3; 122.3, 211 y art. 192). Para esta fase de control se pueden incluir verificadores específicos para cada cláusula conforme a los arts. 201 y 210 LCSP.

CONCLUSIONES

El estudio de la Ley 9/2017 ha sido un camino tortuoso, pero al mismo tiempo un reto y una puerta abierta al conocimiento de una materia de suma importancia. Superada esta primera apreciación y en relación al objeto del trabajo concluyo:

PRIMERA: Un Estado social y democrático de Derecho necesita una Administración comprometida, responsable y consciente donde el índice-precio no debe funcionar como único criterio. La Administración Pública utiliza la contratación pública como instrumento de cambio y la inclusión de cláusulas ecológicas, sociales y éticas forman parte inherente de los contratos como medio para avanzar en política social. Detrás de los cambios se encuentran los movimientos sociales. Por ello, la Administración siempre debe dialogar con el Tercer sector.

SEGUNDA: Entender como cláusula social la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social como requisito de admisión, como criterio de puntuación o como exigencia de ejecución. No se trata de Economía, no se trata de Ética, es una exigencia jurídica.

TERCERA: Las Naciones Unidas continúa como organización supranacional de reconocimiento, protección y garantía de los derechos humanos incluidos en estos los de las personas con discapacidad. Prueba de ello es que la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad ha revolucionado el concepto de discapacidad y la visión de la misma. Este tratado internacional, con valor jurídico vinculante, obliga a todos los poderes del Estado al reconocimiento de una misma capacidad jurídica para todos. En este sentido, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para que el derecho a la igualdad y no discriminación sea una cuestión no solo de Derecho sino hecho.

CUARTA: La ahora Unión Europea permaneció ajena en sus orígenes a las cuestiones sociales. En el continuo proceso de integración se van incorporando objetivos para combatir la exclusión social y la discriminación. Preocupación que traslada al ámbito de la compra pública utilizando como instrumento a la Directiva pues, responde claramente a una finalidad armonizadora. Se suceden las Directivas sobre contratación pública desde los años 70 pero será con la tercera generación de Directivas (2004) con las que la UE precisa las posibilidades que ofrece la contratación para integrar aspectos sociales. Por ello, ya encontrábamos consideraciones de tipo social y ambiental en las ya derogadas leyes sobre contratos del sector público, Ley 30/2007 y RDL 3/2011.

QUINTA: La transposición de las Directivas de 2014 es uno de los motivos de promulgación de la LCSP. No podría ser la única razón pues la transposición ha llegado fuera de plazo y no hubiese necesitado una nueva Ley, ya que la elección del instrumento jurídico de transposición es una facultad de cada Estado miembro. Así, dispone entre “otras razones”, el papel clave de la contratación pública para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador que garantiza la eficiencia del gasto público bajo el paraguas de la transparencia y la mejor relación calidad-precio.

SEXTA: Centrándome en el articulado dirigido a conseguir una contratación pública responsable referir solo a aquellos aspectos de la LCSP que merecen una mención especial, bien por su meritorio contenido o por su contenido mejorable. Esto último, lo mejorable, con posibilidades infinitas. Sin embargo, considerar que la medida de lo propuesto debe ser jurídicamente posible y realistamente realizable. En este sentido, resulta de máximo interés la posibilidad de planificar anticipadamente la contratación pública del ejercicio y realizar consultas preliminares del mercado. Las consultas preliminares permiten visionar que se necesita y cómo se necesita desde la perspectiva de los agentes sociales comprometidos, en nuestro caso con la discapacidad. La ley establece la obligación de anunciar las consultas y sus aspectos más significativos. Lo mejorable sería modificar el concepto posibilidad de la consulta por obligatoriedad de la misma.

Sería conveniente, para la correcta aplicación de los contratos reservados que las Administraciones Públicas y las entidades públicas confeccionasen listados de los Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción y Empresas de Economía Social para cotejar el propio objeto contractual y su sector de actividad con aquellos productos y servicios que ofertan dichas empresas. Esta iniciativa permitiría también promocionar la Economía circular. En relación a ello, la disposición adicional cuarta establece con carácter imperativo que la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades Locales están obligadas a fijar un porcentaje mínimo de sus contratos públicos, que deberán calificar como reservados y ser adjudicados a CEE y EEII. En este caso, no hace mención expresa de las entidades del sector público, por lo que en sentido literal y conforme al ámbito subjetivo descrito en el art. 3.1c), por ejemplo, las Universidades no estaría obligadas. Sin embargo, si se quiere aplicar de modo coherente la Ley y comprometerse con la contratación pública responsable, sería conveniente que todas estas entidades aplicasen con obligatoriedad la reserva.

SÉPTIMA: Respecto a la apreciación de las prohibiciones de contratar a los que incumplan la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad y/o la elaboración de planes de igualdad, se establece que las circunstancias se aprecian y aplican directamente por el órgano de contratación, lo que proporciona la competencia necesaria para excluir a una empresa. La cuestión relevante es que el art. 71.1 d) establece que se acreditará el cumplimiento mediante declaración responsable, que no acredita solo manifiesta. La cuestión no es baladí, sabemos que en demasiadas ocasiones se cumple la cuota de reserva solo para poder concurrir a la licitación. En consecuencia, se propone, en respeto a la norma, requerir la declaración responsable en el momento de presentación de las ofertas por las empresas licitadores y posteriormente, tras adjudicar el contrato y con carácter previo a su formalización la acreditación fehaciente del cumplimiento.

OCTAVA: En base al tenor literal del art. 145 relativo a los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, podemos resumir como novedades:

-Establece un listado abierto y amplio, con temáticas y aspectos concretos susceptibles de ser incluidos entre los criterios de adjudicación. No caben interpretaciones restrictivas en cuanto a los criterios de adjudicación de carácter social, lo relevante es que se aplican de manera transversal (art.1 LCSP).

-Se supera la vinculación directa al objeto del contrato por la vinculación con la propia prestación contractual y el concepto de oferta económica más ventajosa por la mejor relación calidad-precio.

-La Ley señala que siempre que sea posible se dará preponderancia a los criterios objetivos frente a los subjetivos, pero esto no es un mandato, no es exclusividad ni tampoco una ponderación determinada. Lo que ocurre es que en la práctica suelen ser preferentes los criterios objetivos, entendiendo que para evitar posibles recursos pues en la utilización de criterios subjetivos es necesario un conocimiento especializado en la materia social que se trate, mientras que los criterios objetivos se evalúan de manera automática.

NOVENA: La LCSP deja fuera de toda duda la posibilidad y la legalidad de incorporar condiciones especiales de ejecución de los contratos de tipo social, ético y medioambiental. El art. 202 presenta un listado de temas extenso, pero no cerrado y como novedad la obligación de señalar al menos una condición especial. Teniendo en cuenta este carácter obligatorio, siendo una magnífica herramienta para adoptar políticas de responsabilidad social que beneficien de manera efectiva a las personas, hay que incorporar condiciones sociales siendo prudentes, es decir, ni las que sean de muy fácil cumplimiento ni las que sean desproporcionadas en relación a las características del contrato. Y por supuesto, imprescindible verificar su cumplimiento.

DÉCIMA: La última fase del procedimiento debe ser el control del cumplimiento de los criterios sociales y aquí la Ley tiene un importante escollo que salvar, en el sentido que se ha podido ser un órgano de contratación más que respetuoso, comprometido socialmente durante todo el procedimiento y en cambio no verificar el cumplimiento de las cláusulas sociales incorporadas. La Ley faculta, pero no obliga a establecer sanciones. Desde mi modesta opinión, las sanciones suelen ser el mecanismo disuasorio más efectivo teniendo en cuenta que el problema de la corrupción no es la inexistencia de leyes sino como la sociedad la soporta y la mantiene.

UNDÉCIMA: Por último, hay que finalizar con la pregunta que contiene el título del trabajo, si la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública ¿es el mecanismo para conseguir la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad? La Ley de Contratos del Sector Público no ha innovado especialmente en relación a la discapacidad por varios motivos. Por un lado, es una Ley nada ambiciosa pues, aunque no transpone en tiempo la normativa europea tampoco utiliza ese tiempo para mejorar o ampliar dicha regulación en relación a la protección de los derechos de las personas con discapacidad pues reproduce la Directiva de 2014. Por otro lado, la gran mayoría de las previsiones ya estaban recogidas en otros cuerpos legales, por tanto, habría que preguntarse si este nuevo cuerpo normativo era necesario o bastaba con reformar el existente en materia de contratación pública. Además, su falta de ambición es patente al incluir entre las posibles condiciones especiales de ejecución “hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad” y no por restarle importancia a este gran tratado sino todo lo contrario, su aplicación jurídicamente vinculante está fuera de toda duda. No se pueden negar las novedades y mejoras de la Ley, pero muchas son facultativas y las otras sujetas a la facultad de control del órgano de contratación. Por tanto, se necesitará para hacer efectivo el cumplimiento y garantía del principio de igualdad y no discriminación, grandes dosis de compromiso por parte de la Administración Pública, sistemas eficaces de control a las empresas, acciones judiciales y participación activa del Tercer Sector.

BIBLIOGRAFÍA

CASARES MARCOS, A.,: “Comercio justo y fomento de la contratación pública sostenible”, *Contratación Administrativa Práctica*, Núm. 123, 2013, Sección Reflexiones, Enero-Febrero, (La Ley 19095/2012).

CEBRIÁN SALVAT, M.A. : “Las cláusulas sociales en los tratados comerciales”, en GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ M.M., (Dir.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, 2017, Navarra.

CERMI: *Los aspectos sociales en la contratación pública*, Colección Inclusión y Diversidad, Núm.21, 2018.

GALLEGO CÓRCOLES, I.,:

- “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Nueva Época*, Núm.4, enero-diciembre 2017.

- “La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación”, en GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., (dirs.) *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Navarra, 2017.

GARCÍA BLANCO, JESÚS.M., “Consideraciones de tipo social y ambiental” en MESTRE DELGADO, J.F. y MANENT ALONSO, L., (dirs), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017*, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GUTIÉRREZ HURTADO, F.J. y LOBEJÓN HERRERO, L.F., “Cláusulas sociales, comercio internacional y derechos laborales. La perspectiva de los países subdesarrollados”, *Revista de Economía Crítica*, Núm. 7, 2009.

JUAN GÓMEZ, M.: “Breve estudio sobre la incorporación de cláusulas sociales y mediambientales en la contratación pública actual”, *Contratación administrativa práctica*, Núm. 155, Sección reflexiones, mayo-junio, 2018, (La Ley 3305/2018).

LOPEZ DONAIRE, M^aB., “Preparación del contrato” en MESTRE DELGADO, J.F. y MANENT ALONSO, L., (dirs), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017*, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LOYA, M. Y SAMANIEGO, M.:

- “Novedad normativa: el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, Volumen II, 2017.

- “Novedad normativa: La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, Volumen III, 2018.

MEDINA ARNÁIZ, T.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo” en GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ M.M., (Dirs.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Navarra, 2017.

MESTRE DELGADO, J.F.:

- “La incidencia de la Jurisprudencia comunitaria sobre algunos de los aspectos básicos del Derecho Público interno”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, Núm 22, enero-abril, 1988.

- “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental” en AAVV, *Homenaje al profesor Sebastián Martín –Retortillo*, Real 2003, Núm.291.

- “Las principales novedades de la Ley de contratos del sector público”, en MESTRE DELGADO, J.F. y MANENT ALONSO, L., (dirs), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- “El tratamiento jurídico de la discapacidad en la Ley de contratos del sector público”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, Volumen III, 2018.

MOLINA NAVARRETE, C.: “Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: “Las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, Núm. 302, 2018.

MUÑOZ MACHADO, S., MESTRE DELGADO, J.F. y ÁLVAREZ GARCÍA, V.: “La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar”, en MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L. Y GONZÁLEZ SEARA, L. (Dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*”, Civitas, Madrid, 2000.

ORTIZ VIDAD, M.D., “Las cláusulas sociales en el Derecho de la Unión Europea en materia de contratación” en GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., (dirs.) *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Navarra, 2017.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA DIGITAL

-DE LORENZO GARCÍA, R. :“Hacia un nuevo Derecho de la Discapacidad: Delimitación, configuración y contenidos” Ponencia presentada en el *I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad*, 17/11/2017. Disponible en <http://congreso.fderechoydiscapacidad.es/materiales-ponencias/>.

-GIMENO FELIÚ, J.M., “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones”, disponible en <http://www.obcp.es>.

-MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J. (2015): “El sistema español de contratación pública” *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*. Núm. 1, disponible en <http://www.liberlex.com>.

REFERENCIAS

A.- DOCUMENTOS DEL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS Y DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES REGIONALES

NACIONES UNIDAS

Asamblea General de Naciones Unidas

-La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979.

-Resolución de 10 de diciembre de 1984, A/RES/39/46, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

-Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

-Resolución de 18 de diciembre de 1990, A/RES/45/158, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

-Resolución de 4 de marzo de 1994, A/RES/48/96, Declaración sobre las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

-Resolución de 13 de diciembre de 2006, A/RES/61/106, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad

-CRPD/C/11/4, de 25 de noviembre de 2013, Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la Ley.

Organización Internacional del Trabajo

-Convenio 94 OIT, relativo a las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas. Ginebra, 32ª 1952

UNIÓN EUROPA

Tratados

-Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutiva de la Comunidad Europea de 13 de diciembre de 2007 (DOUE 17 de diciembre de 2007).

-Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE de 7 de junio 2016).

Reglamentos

-Reglamento (CE) nº 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) (DOCE, Núm. 114, de 24 de abril de 2001).

Directivas

-Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro.

-Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

-Directiva 71/304/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales.

-Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

-Directiva 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros.

-Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios

-Directiva 2004/17/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales.

-Directiva 2014/23 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DOUE 28 de marzo de 2014).

-Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. (DOUE 28 de marzo 2014).

-Directiva 2014/25 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. (DOUE 28 de marzo de 2014).

Decisiones

-Decisión del Consejo, de 26 de julio, de creación de un Comité consultivo para los contratos públicos de obras (DOCE, Núm. 185, de 16 de agosto de 1971).

Comunicaciones e informes

-Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo “Nuestro Futuro en Común” o *Informe Brundtland*, Documento A/42/427 de 4 de agosto de 1987.

-Libro Verde “La Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro” Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996.

-Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública elaborado a partir del SEC (2010) 1258 final, de 19 de octubre de 2010.

-Comunicación (2010) 2020 final denominada Estrategia Europea 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

-Comunicación (2010) 636 final, Estrategia Europea sobre Discapacidad (2010-2020): Un compromiso renovado para una Europa sin barreras para las personas con discapacidad.

-Comunicación interpretativa sobre legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos 2011.

-Libro Verde Sobre la modernización de la política de contratación de la Unión Europea-Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente (COM (2011) 15 final, 27 de enero de 2011).

-Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE COM (244) 38, Bruselas 3 de febrero de 2014.

CONSEJO DE EUROPA

-Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

-Recomendación del Consejo de la OCDE C (596)39 Final de 20 de febrero de 1996 sobre la mejora de la eficiencia de las políticas nacionales de protección del medio ambiente.

B.- SISTEMA NACIONAL

Actos legislativos

-Constitución Española de 6 de diciembre de 1978 (BOE, Núm. 311, 29 de diciembre de 1978).

-Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE, Núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

-Ley 30/2007, de 30, de Contratos del Sector Público (BOE, Núm. 261, de 31 de octubre de 2007).

-Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción (BOE, Núm. 299, de 14 de diciembre de 2007)

-Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE, Núm. 96, de 21 de abril de 2008).

-Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE, Núm. 97, de 22 de abril de 2008).

-Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad BOE, Núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

-Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE, Núm. 276, de 16 de noviembre de 2011).

-RD Leg.1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social (BOE, Núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).

-Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público por el que se transponen al Ordenamiento Jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 (BOE, Núm. 272, de 9 de noviembre de 2017).

Documentos

-RD 2.273/1985 de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de “Minusválido” (sic). (BOE, Núm. 294, de 9 de diciembre de 1985).

-RD 364/2005, de 8 de abril por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad (BOE, Núm. 94, de 20 de abril de 2005)

C.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

-Sentencia del TJUE, (de 12 de noviembre de 1969), caso Stauder.

-Sentencia del TJUE de 14 de mayo de 1970, caso Nold.

-Sentencia de 5 de abril de 1979 caso Ratti.

-Sentencia TJUE (de 17 de septiembre de 2002), caso Concordia Bus Finland OY AB y Helsigin Kaupunki).

Adrián Elizalde Berruezo

Egresado del IV Máster de Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia/UIMP y FDyD

DERECHO A LA IGUALDAD EN RELACIÓN CON LAS ENFERMEDADES POCO FRECUENTES

SUMARIO: 1. Presentación e introducción. –2. Concepto de enfermedades raras o poco frecuentes, necesidades sociosanitarias derivadas de las mismas y limitación de su regulación. 2.1. Concepto y características de las enfermedades raras. 2.2. Desarrollo programático y escasa incidencia normativa. 2.3. Aspectos sanitarios y sociosanitarios de los afectados por enfermedades raras. –3. Discapacidad y enfermedades raras. –4. Igualdad y enfermedades raras. –5. Conclusiones. –6. Bibliografía.

I. PRESENTACIÓN E INTRODUCCIÓN

El objeto del estudio que se pretende es el análisis del grado de igualdad y equidad en el ejercicio de los derechos que son propios de cada individuo por el mero hecho de serlo, respecto a personas con enfermedades poco frecuentes, en particular en relación con el reconocimiento y consideración de la situación de discapacidad desde el prisma de las definiciones y ámbito de aplicación de lo dispuesto en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad.

2. CONCEPTO DE ENFERMEDADES RARAS O POCO FRECUENTES, NECESIDADES SOCIOSANITARIAS DERIVADAS DE LAS MISMAS Y LIMITACIÓN DE SU REGULACIÓN

2.1. Concepto y características de las enfermedades raras

En primer lugar, en relación con las enfermedades raras o poco frecuentes que centran el interés principal del presente estudio, cabe destacar que enfermedades raras, minoritarias, huérfanas o enfermedades poco frecuentes son aquellas enfermedades con peligro de muerte o de invalidez crónica que tienen una prevalencia menor de 5 casos por cada 10.000 habitantes. Esta definición fue la adoptada por el «Programa de Acción Comunitaria sobre Enfermedades Raras 1999-2003»¹ y es utilizada también por la Agencia Europea del Medicamento (EMA) para la declaración de medicamentos huérfanos, así como por la gran mayoría de los Estados Miembros.

Aunque es difícil precisar el número de Enfermedades Poco Frecuentes, se estima que podría oscilar entre 6.000 y 8.000, si bien tan solo unas 100 se acercan a las cifras de prevalencia que establecen el límite para considerar una enfermedad como poco frecuente². A pesar de tratarse de enfermedades poco prevalentes de forma aislada, en su conjunto forman una gran cifra ya que afectan a un 5-7% de la población de países desarrollados, lo que supone en el caso de España más de 3 millones de personas afectadas.

A pesar de constituir un grupo muy heterogéneo de entidades clínicas, las enfermedades poco frecuentes en ocasiones comparten algunas características³:

- En general, son enfermedades hereditarias que habitualmente se inician en la edad pediátrica.
- Tienen carácter crónico, en muchas ocasiones progresivo, contando con una elevada morbi-mortalidad y alto grado de discapacidad.
- Son de gran complejidad etiológica, diagnóstica y pronóstica.
- Requieren un manejo y seguimiento multidisciplinar.

¹ COMISIÓN EUROPEA. DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Dirección F - Salud Pública, UNIDAD F4 - ENFERMEDADES POCO COMUNES, TRANSMISIBLES Y EMERGENTES. *Programa de Acción Comunitaria sobre Enfermedades Raras 1999-2003*. Recuperado de: ec.europa.eu/health/archive/ph_overview/previous.../rare.../raredis_wpgm99_es.pdf

² https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/Education_AboutRareDiseases.php?lng=ES.

³ Federación Española de Enfermedades Raras (FEDER), 2009. *Estudio de situación de Necesidades Sociosanitarias de las personas con Enfermedades Raras en España (Estudio ENSERio)*. Recuperado de: <https://enfermedades-raras.org/index.php/publicaciones-y-estudios/publicaciones-de-feder>.

Así las cosas, se podría concluir que las enfermedades raras son enfermedades de baja prevalencia y de alto nivel de complejidad. Por lo general, son enfermedades debilitantes a largo plazo e, incluso, potencialmente mortales (el 50% de los afectados por enfermedades raras tienen un pronóstico vital de riesgo). Asimismo, es destacable que el 65% son graves y altamente discapacitantes y la mayoría de ellas son de carácter genético (80%), aunque no exclusivamente todas, así como que dos de cada tres enfermedades aparecen antes de los dos años de vida⁴.

Igualmente, debe resaltarse que en la mayoría de las enfermedades raras se desconocen datos precisos sobre su frecuencia real, debido a la práctica inexistencia de sistemas de notificación de casos, tanto a escalas nacionales como internacionales. Es reducido el número de enfermedades que disponen de un mínimo de conocimiento científico. Asimismo, es de destacar que cinco nuevas patologías son descritas cada semana en el mundo, de las cuales el 80% son de origen genético. El 20% restante se deben a causas infecciosas (bacterianas o virales), alérgicas, degenerativas o proliferativas⁵.

Las enfermedades raras pueden afectar a cualquier persona y pueden manifestarse a cualquier edad; presentan una amplia diversidad de alteraciones y síntomas que varían no sólo de una enfermedad a otra, sino también de un paciente a otro que sufre la misma enfermedad en diversidad de grado de afección y de evolución.

2.2. Desarrollo programático y escasa incidencia normativa

A los efectos de contextualizar programática y normativamente la situación y desarrollo de la atención en la actuación respecto a las enfermedades raras que ha venido existiendo tanto en el plano comunitario como en el nacional, teniendo en cuenta la base ya establecida, a continuación se realiza un acercamiento a tal realidad.

En el ámbito europeo, el Programa de Acción Comunitaria sobre las Enfermedades Poco Comunes (1999-2003), supuso el punto de partida para la adopción de medidas en torno a estas patologías, una de cuyas primeras actuaciones fue el desarrollo de un

⁴ CARRIÓN TUDELA, JUAN y MAYORAL RIVERO, ESTRELLA, 2017. *El Trabajo Social en las Enfermedades Raras. Enfoque Teórico y Práctico*. Recuperado de <https://enfermedades-raras.org/index.php/publicaciones-y-estudios/publicaciones-de-feder>.

⁵ Federación Española de Enfermedades Raras (FEDER), 2009. Estudio de situación de *Necesidades Sociosanitarias* de las personas con *Enfermedades Raras en España* (Estudio ENSERio). Recuperado de: <https://enfermedades-raras.org/index.php/publicaciones-y-estudios/publicaciones-de-feder>.

reglamento sobre medicamentos huérfanos⁶. Posteriormente, la Unión Europea (UE) ha continuado trabajando en este ámbito, estableciendo objetivos y áreas prioritarias de actuación o recomendaciones para los Estados miembros.

Uno de los principales problemas de las enfermedades raras es la dificultad de encontrar un tratamiento adecuado y fármacos eficaces para la mayoría de estas enfermedades con tan poca prevalencia. El coste de desarrollo de un medicamento es elevado y prolongado en el tiempo. Por ello, la aprobación del Reglamento del Parlamento Europeo en 1999 sobre medicamentos huérfanos permitió definir el término de Medicamento Huérfano (MH), como aquel destinado a la prevención, diagnóstico o tratamiento de una afección que ponga en peligro la vida o conlleve una invalidez grave y crónica que no afecte a más de 5/10.000 individuos, y que sea difícil comercializarlo por falta de perspectivas de venta una vez en el mercado. La aprobación de este Reglamento, que tiene por objeto establecer incentivos para el desarrollo y la comercialización de estos medicamentos, ha supuesto un avance en términos terapéuticos.

En 2006 se publicó en España normativa que, sin ser específica para las enfermedades raras, sí que tiene especial repercusión en ellas: la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Dentro del sector sanitario, se incluye a las enfermedades raras como una prestación de carácter universal inscrita en la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud (RD 1030/2006). Al mismo tiempo, se establece el procedimiento para la designación y acreditación de los centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud (RD 1302/2006). Ello hace que las enfermedades raras figuren entre las patologías cuya prevención, diagnóstico o tratamiento se realiza mediante técnicas, tecnologías o procedimientos incluidos en la cartera de servicios de centros, que, por su baja prevalencia, concentran los casos para su adecuada atención. Todo ello sin dejar de contemplar la atención continuada del paciente en el/los centro/s sanitarios que le correspondan por proximidad.

⁶ *Reglamento (CE) n° 141/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1999, sobre medicamentos huérfanos*. Recuperado de: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-80074>

En abril de 2006 la Federación Española de Enfermedades Raras (FEDER) presentó una Ponencia en el Senado sobre análisis y propuestas desde los afectados con el objetivo de comprometer a los grupos parlamentarios y a los miembros de la Ponencia a poner en marcha un Plan Nacional de Enfermedades Raras, que favoreciera la creación de centros de referencia y el acceso a los medicamentos huérfanos, entre otras medidas. En febrero del 2007 por Acuerdo del Pleno del Senado se aprobó el Informe de la Ponencia que realizó un estudio para analizar la situación de las personas con enfermedades raras. Dicho estudio estaba especialmente centrado en las medidas sanitarias, educativas y sociales que contribuyeran a un adecuado tratamiento de los enfermos y de sus condiciones de vida⁷.

Siguiendo la línea de trabajo iniciada en 1999 en Europa, en el año 2008 se puso en marcha el Proyecto Europeo para el Desarrollo de Planes Nacionales de enfermedades raras, con el que se trata de proporcionar a los Estados miembros herramientas para el desarrollo de planes o estrategias para el abordaje de las enfermedades raras englobadas en un marco común.

En 2009 se aprobó la primera Estrategia en Enfermedades Raras del Sistema Nacional de Salud⁸. En ella se contemplaban una serie de líneas estratégicas, objetivos y recomendaciones, que contribuirían a mejorar la calidad de las intervenciones y resultados de los servicios y de la atención sanitaria. Este documento constituyó un instrumento para la puesta en marcha de acciones en función de los recursos disponibles y en el ámbito de las competencias de las Comunidades Autónomas. Estos objetivos y recomendaciones fueron redefinidos en 2014 a la luz de los nuevos conocimientos y los datos aportados en su seguimiento y evaluación.

Pero más allá de tales planes, estrategias y programas, que, por otro lado, han resultado no extensamente desarrollados o implantados en la práctica –no en vano, tales estrategias repiten gran parte de los objetivos que ya venían teniendo a lo largo de periodos precedentes dado que no se han cumplido–, no existe desarrollo ni aplicación

⁷ Boletín General del Senado Núm. 659. Ponencias de Estudio. *Acuerdo del Pleno del Senado por el que se aprueba el Informe de la Ponencia de estudio encargada de analizar la especial situación de los pacientes con enfermedades raras y, especialmente, las medidas sanitarias, educativas y sociales que contribuyan a un adecuado tratamiento de los enfermos y de sus condiciones de vida, aprobado por la Comisión conjunta de la Comisión de Sanidad y Consumo y de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales en su reunión del día 18 de diciembre de 2006 (543/000016)*

⁸ *Estrategia aprobada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 3 de junio de 2009.* Recuperado de: <https://enfermedades-raras.org/images/doc/obser/2009%20-%20Estrategia%20Nacional%20de%20Enfermedades%20Raras.pdf>

normativa si no es la tangencial, sobre el ámbito específico de las enfermedades raras con la casi única excepción que supone el mencionado Reglamento de medicamentos huérfanos aprobado en el ámbito europeo. Ello supone que no exista una verdadera norma con rango de ley que reconozca, regule y desarrolle los derechos subjetivos y la garantía y efectividad del ejercicio de los mismos de las personas que padecen tales enfermedades raras en atención a las consecuencias directas que sobre la vida diaria y en su interrelación con la sociedad tienen tales personas, algunas de las cuales se estudian a continuación.

2.3. Aspectos sanitarios y sociosanitarios de los afectados por enfermedades raras⁹

En el presente apartado se identifican los principales problemas que existen desde el punto de vista de los afectados, especialmente en el ámbito sanitario así como su repercusión social. Así, tales problemas son:

- Ausencia de registros de pacientes y contacto de los mismos lo que supone una limitación de la información sobre su situación y estado de opinión desde el punto de vista sanitario.
- Insatisfacción con la atención sanitaria recibida.
- Falta de información y coordinación de los profesionales sanitarios lo que produce la imposibilidad de transmitirla a sus usuarios.
- Carencia o tardanza excesiva de diagnóstico clínico.
- Afectación que a nivel sociológico y psicológico tal situación tiene en los afectados.
- Carencia o indebida aplicación del tratamiento, lo que acarrea costes económicos y provoca desplazamientos territoriales.

De este modo, en lo que a la concreción de la atención sanitaria y sociosanitaria de las enfermedades raras se refiere, es importante señalar que un 47,3 % de los usuarios del Servicio Nacional de Salud con enfermedades poco frecuentes se encuentran insatisfechos con la atención sanitaria recibida, fundamentalmente por el desconocimiento de la enfermedad por parte de los profesionales sanitarios, por la inadecuación de los tratamientos prescritos, por la descoordinación entre servicios sanitarios y entre administraciones o por los desplazamientos que hay que realizar para recibir el tratamiento

⁹ Federación Española de Enfermedades Raras (FEDER), 2009. *Estudio de situación de Necesidades Sociosanitarias de las personas con Enfermedades Raras en España (Estudio ENSERio)*. Recuperado de: <https://enfermedades-raras.org/index.php/publicaciones-y-estudios/publicaciones-de-feder>.

que se necesita. Con carácter general, los profesionales médicos que se enfrentan a tal tipo de enfermedades cuentan con cierto grado de miedo y desesperanza como consecuencia de la imposible o difícil curación que presentan las mismas, así como por la necesaria dedicación y tiempo que se les debe prestar, el cual escasea en la actuación sanitaria de forma prevalente.

Por lo que respecta al diagnóstico de tales enfermedades raras, el 87,66% del total de afectados dispone de un diagnóstico confirmado, mientras que el 9,36% dispone de un diagnóstico aún pendiente de confirmación y el 3% ni siquiera cuenta con diagnóstico alguno.

Teniendo en cuenta tal información individualmente considerada, podría determinarse que un porcentaje elevado de las personas afectas por enfermedades raras cuentan con un diagnóstico de tal enfermedad lo que les permitiría a priori alcanzar dos objetivos fundamentales: acceder a la información y seguimiento de tal enfermedad así como a los medicamentos para paliarla en caso de que éstos existiesen; y a poder realizar una valoración con el EVI de la Comunidad Autónoma correspondiente para determinar, en su caso, el tipo y grado de discapacidad que les afectaría, tal y como se desarrollará en el siguiente apartado.

Sin embargo, tal lectura dista mucho de la realidad. Por un lado, de los datos indicados se desprende que uno de cada diez afectos no cuentan con un diagnóstico confirmado y que el 3% ni siquiera cuenta con diagnóstico. Así, el 12,34% no cuenta con el punto de partida diagnóstico lo que supone que o bien, directamente no puede acceder a tratamientos ni atención médica adecuada desde el punto de vista sanitario y que, lo que es igual de importante, tampoco puede acceder al reconocimiento de su posible discapacidad por no contar con el mismo.

Pero es que, además, se debe tener en cuenta que tales datos señalados no reflejan con certeza la realidad por cuanto el principal problema para la identificación de enfermedades raras y de las personas afectadas por éstas, es la ausencia de registros estandarizados y bases de datos en los que se puedan recoger con lo que a menudo solamente se puede trabajar con previsiones y estimaciones en cuanto a las cifras.

De este modo, la muestra sobre la que se desprenden los datos referidos se basa en personas que tienen conciencia de padecer una enfermedad rara y se encuentran estructurados, asociados o han transmitido tal información a algún sistema de registro. Sin embargo, si es así, es evidente que un gran porcentaje de las mismas ya sabe que se encuentra afecta por una enfermedad rara, y por tanto, parece lógico pensar, asimismo, que para tener tal conocimiento en la mayoría de los casos cuentan con el diagnóstico clínico y éste ha determinado que se trata de una enfermedad rara.

Tal conclusión significa que ese 12,34% de personas sin diagnóstico o con diagnóstico sin confirmar, debe considerarse mucho más elevado ya que un porcentaje muy relevante de las personas con enfermedades raras no diagnosticadas no se encuentran registradas como tales de forma obvia, ni han pasado a formar parte del tejido asociativo referente a cualquiera de las enfermedades poco frecuentes.

Por ello debe considerarse que la ausencia de acceso y de protección sanitaria siquiera no en un primer momento pero sí en términos de seguimiento y tratamiento, así como el acceso a los recursos, protección y medidas de acción positiva que puedan existir resultan totalmente ajenos a un porcentaje muy elevado de personas que se encuentran afectadas por una enfermedad rara y que, en muchos de los casos ni siquiera lo saben.

Es más, tal situación de ausencia de diagnóstico o de confirmación del mismo, así como la demora en el mismo (que en un porcentaje elevado de los casos tarda en producirse más de 10 años) no solamente crea tales relevantes desigualdades, ausencia de oportunidad y de equidad en general, sino que tiene igualmente, consecuencias muy peyorativas para los afectados y sus familias desde un punto de vista psicológico y sociológico ya que tal falta de diagnóstico genera situaciones de agobio y estrés, así como incertidumbre sobre la situación médica de la persona en cuestión, y una importante impotencia que crece exponencialmente durante todo el proceso. De igual modo, tal realidad supone que los tratamientos indicados por los facultativos sean incorrectos o no se suministren con la posología adecuada (el 42,68% de los pacientes así lo consideran), además de las consecuencias económicas que el acceso a algunos de estos medicamentos minoritarios conlleva.

3. DISCAPACIDAD Y ENFERMEDADES RARAS

El artículo 49 de la Constitución Española establece:

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con dis-

capacidad y de su inclusión social (R. D. Leg. 1/2013 o LGDPD, en adelante)¹⁰, indica en su Exposición de Motivos:

“Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como el disfrute de los recursos y servicios disponibles para toda la población y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad.

El anhelo de una vida plena y la necesidad de realización personal mueven a todas las personas, pero esas aspiraciones no pueden ser satisfechas si se hallan restringidos o ignorados los derechos a la libertad, la igualdad y la dignidad. Este es el caso en que se encuentran aún hoy mujeres y hombres con discapacidad, quienes, a pesar de los innegables progresos sociales alcanzados, ven limitados esos derechos en el acceso o uso de entornos, procesos o servicios que o bien no han sido concebidos teniendo en cuenta sus necesidades específicas o bien se revelan expresamente restrictivos a su participación en ellos.

Existe, pues, un variado y profuso conjunto de impedimentos que privan a las personas con discapacidad del pleno ejercicio de sus derechos y los efectos de estos obstáculos se materializan en una situación de exclusión social, que debe ser inexcusablemente abordada por los poderes públicos.

El impulso de las medidas que promuevan la igualdad de oportunidades suprimiendo los inconvenientes que se oponen a la presencia integral de las personas con discapacidad concierne a todos los ciudadanos, organizaciones y entidades, pero, en primer lugar, al legislador, que ha de recoger las necesidades detectadas y proponer las soluciones y las líneas generales de acción más adecuadas. Como ya se ha demostrado con anterioridad, es necesario que el marco normativo y las acciones públicas en materia de discapacidad intervengan en la organización social y en sus expresiones materiales o relacionales que con sus estructuras y actuaciones segregadoras postergan o apartan a las personas con discapacidad de la vida social ordinaria, todo ello con el objetivo último de que éstas puedan ser partícipes, como sujetos activos titulares de derechos, de una vida en iguales condiciones que el resto de los ciudadanos.”

¹⁰ Boletín Oficial del Estado. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

De este modo, desde la propia intencionalidad y contextualización del marco normativo de referencia que recoge los derechos de las personas con discapacidad desde el punto de vista del “modelo social”, ya se establece de forma clara y sin mucho género de dudas que en el objetivo de la creación de tal base legislativa y de su contenido en forma de derechos subjetivos, reclamables y accionables, se encuentra el fin primordial de lograr la igualdad de oportunidades y el respeto a la dignidad personal en las interrelaciones sociales de las personas con discapacidad en los distintos ámbitos y entornos existentes. Ello con base en el cumplimiento del mandato y reconocimiento existente en los artículos 9, 10 y 14 a través del cumplimiento del artículo 49 todos ellos de la Constitución Española, es decir, el cumplimiento del principio y derecho fundamental a la igualdad en todos sus ámbitos y vertientes¹¹ que se desarrollará en el apartado siguiente.

A partir de ahí, el contenido efectivo de la Ley, desarrolla una serie de derechos y garantías tendentes a la consecución de la finalidad de la interacción lo más plena y efectiva posible de las personas con discapacidad en la sociedad y en todas las actividades que como consecuencia de tal interacción, estas personas lleven a cabo en su día a día garantizando su efectivo cumplimiento.

Pero a los efectos de definir y limitar quiénes son los sujetos o, dicho de otro modo, cuál es el ámbito de aplicación subjetiva del catálogo de derechos, medidas y garantías reconocidos en este cuerpo normativo desde el prisma de un “modelo social” de la discapacidad y del reconocimiento que se lleva a cabo por parte de la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad, los primeros artículos de la Ley, regulan una serie de definiciones, inicialmente en su artículo 2, y de forma más concreta en cuanto a lo que aquí nos ocupa respecto al reconocimiento de la situación de discapacidad, en su artículo 4.

Pues bien, en tal sentido, el artículo 4 de la Ley establece en su apartado 1 que:

“1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”

¹¹ CABRA DE LUNA, MIGUEL ÁNGEL y ARENAS ESCRIBANO, FERNANDO, 2015. *Comentarios al texto Refundido de la Ley general de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.*

Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo indica:

“2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.”

Es decir, la propia Ley establece como titulares de los derechos que en ella se contienen a las personas que se encuentren dentro del ámbito del apartado 1, que refiere como personas con discapacidad al albur de lo dispuesto al efecto en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aquellas que cuentan con “deficiencias” previsiblemente definitivas que supongan una barrera en su interacción social, y que, además de estos casos, también se considerarán como tales a aquellas personas que cuenten con un certificado de discapacidad con grado superior al 33 % reconocido, personas con incapacidad permanente reconocida y pensionistas de clases pasivas.

Teniendo en cuenta lo expuesto, a priori tal reconocimiento supondría que las personas afectadas por enfermedades poco frecuentes y que no contasen con un diagnóstico o este no estuviese confirmado o fuese definitivo (que como se ha indicado en el apartado anterior es un número importante de tales afectados), si tuviesen deficiencias que además se puedan prever definitivas y que sería objetivamente valorable que las mismas afectarían en su interacción con la sociedad, se deberían considerar titulares y beneficiarios de los derechos, acciones y medidas establecidas en el indicado Texto Refundido.

Sin embargo, y he aquí lo que me parece uno de los aspectos fundamentales de las reflexiones que quiero plasmar y trasladar con el presente estudio, de forma que resulta absolutamente paradójica, se intenta aunar la definición que la meritada Convención de la ONU regula como persona con discapacidad¹² en contraposición con los límites

¹² Martínez-Pujalte, Antonio Luis; Fernández Orrico, Francisco Javier; López-Veiga Brea, Jorge; De Asís, Rafael; Mora González, Vicente; Cabra de Luna, Miguel Ángel; Miranda Erro, Javier; Álvarez Ramírez, Gloria; de Lorenzo García, Rafael 2016. *Anales de Derecho y Discapacidad*. MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO-LUIS, 2015. *Derechos Fundamentales y discapacidad*. Recuperado de: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/02/14.pdf>

y ámbitos estrictos de reconocimiento administrativo de esta condición que mantenía la regulación normativa española y que no se ha visto reformada en sus términos, de tal forma que sigue existiendo el mismo procedimiento, pautas y baremo de reconocimiento, valoración y graduación de la discapacidad y especialmente, lo que es más importante de validación o reconocimiento “legal” u “oficial” de tal situación, permaneciendo vigente y siendo de plena aplicación el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad¹³ (si bien con modificaciones operadas en el mismo que no afectan al aspecto fundamental antes indicado). Es decir, en atención a lo indicado parece que en la LGDPD se contempla, una definición y consideración de persona con discapacidad, que, sin perjuicio del establecimiento de un adecuado procedimiento y parámetros de valoración de la misma, cohabitaría con otra situación de reconocimiento de discapacidad, cual es la reconocida al albur del Real Decreto 1971/1999, de los reconocimientos de incapacidad permanente y pensionistas de clases pasivas, lo que vendría determinado por esa partícula de adición (“además”) con la que comienza el apartado 2 del artículo 4.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad por cuanto en el mismo artículo 4, en su apartado 3 se establece:

“3. El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.”

De igual modo, el artículo 12.2 igualmente de la LGDPD indica:

“2. Los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad son los órganos encargados de valorar y calificar las situaciones de discapacidad, para su reconocimiento oficial por el órgano administrativo competente.”

Teniendo en cuenta lo anteriormente indicado, resulta evidente que a pesar de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la LGDPD, para tener en cuenta el reconocimiento, valoración y grado de discapacidad ésta se remite de forma exclusiva a los órganos y

¹³ Boletín Oficial del Estado. *Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y clasificación del grado de minusvalía.*

procedimientos administrativos regulados reglamentariamente que no son otros que los indicados en el ya precitado Real Decreto 1971/1999, con lo que está reduciendo la validez de la discapacidad en los términos reconocidos por este Reglamento. Pues bien, en lo esencial que a estos efectos resulta de interés, cabe destacar que dentro de las características y exigencias para el reconocimiento y calificación de la discapacidad, es requisito sine qua non el hecho de que la persona solicitante del reconocimiento de discapacidad cuente con un diagnóstico médico definitivo y la determinación clara de la enfermedad que le afecta y que le causa las “deficiencias” que motivarían tal reconocimiento de discapacidad, así como que hayan sido aplicadas las medidas terapéuticas pertinentes y tal diagnóstico debe estar documentado. Así, el Anexo I.A, Capítulo 1, punto 1º establece:

“1º El proceso patológico que ha dado origen a la deficiencia, bien sea congénito o adquirido, ha de haber sido previamente diagnosticado por los organismos competentes, han de haberse aplicado las medidas terapéuticas indicadas y debe estar documentado.”

De este modo, en definitiva, de todo lo anteriormente expuesto a la conclusión a la que se puede llegar no es otra que:

1. No se respetan las disposiciones legales que en cuanto a definición de situaciones protegidas y sujetos titulares de los derechos relativos a igualdad, no discriminación y previsiones de protección social se establecen tanto en la Convención de la ONU como en la propia Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (siendo que en el seno de la misma ya se produce la contradicción en los términos que utiliza). Esto provoca, además de un incorrecto cumplimiento normativo desde el punto de vista formal, a nivel práctico, una consecuencia tan relevante como que mientras que en términos objetivamente razonables cualquier afectado por una enfermedad poco frecuente que presentase “deficiencias” a nivel físico, psíquico o sensorial que le afectase en su interrelación con la sociedad, debería ser sujeto titular de los derechos, medidas y actuaciones previstas en el R. D. Leg. 1/2013, esto no se produce.
2. De hecho, con la remisión a los establecimientos reglamentariamente dispuestos al efecto lo que se hace es crear una limitación evidente y determinante a los derechos que al colectivo de afectados por enfermedades raras les serían propios en un porcentaje importante. Así, el requisito de que para poder valorar la existencia de discapacidad se exija necesariamente la existencia de un diagnóstico determinado y documentado y la aplicación de terapias a tal enfermedad supone

que al menos el indicado 12,34% (porcentaje que debe considerarse más elevado por lo ya razonado en el apartado anterior) de personas que no cuentan con un diagnóstico confirmado o que ni siquiera tienen uno, a pesar de que en muchos de los casos presenten “deficiencias” que les supongan barreras limitativas en su interacción con la sociedad, no se les reconoce la existencia de discapacidad alguna. A ello habría que añadir la incidencia que pueda tener el hecho de que a un porcentaje tan elevado como el reflejado en el apartado anterior no se le estén aplicando las medidas de tratamiento o terapéuticas adecuadas o ni siquiera se le estén aplicando medida alguna, con lo que respecto a estas personas podría ocurrir que, por parte de los Equipos de Valoración de la discapacidad consideren que aun a pesar de contar con diagnóstico, todavía no han sido aplicadas las medidas terapéuticas indicadas y pertinentes para la enfermedad de que se trate con lo que tampoco se consideren aptos para la valoración de su discapacidad.

Por último, y como prueba de lo anteriormente relatado, también considero relevante destacar un breve apunte en términos estadísticos respecto de los afectados por enfermedades raras que al poseer diagnóstico han podido acceder a la valoración de la discapacidad pero muestran insatisfacción con la calificación de ésta. Así, El 35,1% de los encuestados¹⁴ con valoración están insatisfechos con el grado de discapacidad reconocido.

El principal argumento esgrimido acerca de la insatisfacción con el grado de discapacidad recibido, se refiere al desconocimiento generalizado de esas enfermedades raras por parte de los evaluadores, repercutiendo negativamente en su diagnóstico y en la valoración final de su discapacidad. De hecho, dentro de las enfermedades raras, aquellas que reciben un grado más alto de discapacidad resultan ser precisamente las que, aun siendo poco frecuentes, cuentan con mayor prevalencia, ya que los órganos de valoración tienen más información sobre los síntomas y limitaciones que tales enfermedades producen por ser más conocidas.

Con todo ello, resulta fundamental indicar que se debe cumplir lo legalmente previsto en cuanto a la consideración de discapacidad de una persona a la luz de lo dispuesto tanto en la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad como en la LGDPD.

¹⁴ Federación Española de Enfermedades Raras (FEDER), 2009. *Estudio de situación de Necesidades Socio-sanitarias de las personas con Enfermedades Raras en España (Estudio ENSERio)*. Recuperado de: <https://enfermedades-raras.org/index.php/publicaciones-y-estudios/publicaciones-de-feder>.

Así, una de las propuestas de resolución sería que si solamente mantenemos como referencia para la consideración de la existencia de discapacidad lo dispuesto en el Real Decreto 1971/1999, se debe modificar su contenido con el objetivo de adaptarlo a la definición legal de persona con discapacidad. De este modo, la modificación planteada lo sería en el sentido de no exigir la existencia de un diagnóstico médico confirmado y documentado ni la aplicación de todas las medidas terapéuticas indicadas, sino que el requisito de partida exigiese la presentación de deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales previsiblemente definitivas que supusieran barreras en su interacción social, simplemente, y que a partir de ahí se aplicasen los baremos establecidos en los Anexos de tal Real Decreto para determinar el grado de discapacidad.

La otra opción posible, aunque de resultado similar sería que se mantuviese tal norma, pero que se crease un Reglamento destinado a consignar las características establecidas en la Convención para considerar que una persona tiene discapacidad, de tal modo que se crearían dos vías de reconocimiento de discapacidad, que no son otras que las mismas dos vías reguladas en los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la LGDPD, con lo que de las dos formas se podría considerar que existe una situación de discapacidad.

De las dos fórmulas, particularmente me inclinaría por la primera, ya que con esa modificación reglamentaria se estaría cumpliendo de forma adecuada con el mandato legal previsto al efecto y no se crearía bicefalia alguna en el reconocimiento de la discapacidad (como sí que podría ocurrir en el segundo supuesto), lo que conllevaría que personas afectadas con enfermedades raras sin diagnóstico pero con deficiencias que limitan su interacción con la sociedad, pudiesen acceder al reconocimiento de los derechos, medidas y actuaciones previstas para fomentar la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad, por cuanto también deberían ser considerados como tales al contar con los requisitos subjetivos previstos para tal calificación.

4. IGUALDAD Y ENFERMEDADES RARAS

El escenario expuesto supone una relevante desigualdad y una situación discriminatoria debido a que limita el acceso a los derechos y garantías establecidos para las personas con discapacidad a un número considerable de afectados por una enfermedad rara, a pesar de que muchos de ellos encajarían en la definición legal de persona con discapacidad, lo que impide por un lado el desarrollo de tales personas en condiciones de igualdad de oportunidades, no les hace beneficiarios de medidas de acción positiva para evitar tal desigualdad respecto al resto de la sociedad y supone una discriminación

indirecta en relación con otras personas diagnosticadas con enfermedades “comunes” e incluso respecto a otros afectados con enfermedades raras que han obtenido un diagnóstico y un tratamiento.

En relación con esto, en cuanto al ámbito de nuestra Constitución se refiere, su texto concibe la igualdad como la base de toda su construcción. Así, tal importancia se manifiesta:

a) como un valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1), que informa todo el ordenamiento positivo.

b) Del mismo modo, el artículo 14 consagra el derecho a la igualdad formal, excluyendo toda clase de discriminación.

c) En tercer lugar el art. 9.2 CE recoge la igualdad substancial o material, como mandato dirigido a los poderes públicos para la remoción de todos aquellos obstáculos que impidan su realización.

Este mandato constitucional no se agota con la interdicción de las discriminaciones, sino que va más allá: faculta y exige, principalmente, a los poderes públicos a que promuevan las condiciones y remuevan los obstáculos para que la igualdad sea real y efectiva.

Así las cosas, la igualdad se configura en nuestra Carta Magna tanto como un valor superior como con la naturaleza de un derecho fundamental, lo que pone de relieve la extraordinaria relevancia que como base y pilar esencial tanto del Ordenamiento Jurídico como de la configuración social tiene tal igualdad en sus diversas vertientes¹⁵.

Tal derecho se viene a reconocer de forma reiterada en la propia LGDPD, ya inicialmente como motivo y finalidad de este cuerpo normativo, reflejada así en su propia exposición de motivos según lo indicado en el apartado anterior.

En relación con el cumplimiento de este objetivo prioritario, el artículo 1 de la Ley, establece como objeto de la misma “*a) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las*

¹⁵ NÚÑEZ MARTÍNEZ, MARÍA ACRACIA. *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional – 2009*

NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA CARMEN. *La igualdad como Derecho Fundamental y su protección general en las leyes actuales.*

personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.”

A continuación, el artículo 2 de la indicada Ley se dedica a definir conceptos básicos en relación con la igualdad (tanto formal como material) y no discriminación de forma específica relacionados con los motivos de discapacidad. Así lleva a cabo la definición de conceptos desde el indicado prisma, tales como discapacidad, igualdad de oportunidades, discriminación, acoso, medidas de acción positiva, ajustes razonables, accesibilidad universal, vida independiente o inclusión social

En este sentido, y ya dentro de lo que podríamos considerar como contenido “práctico” o de reconocimiento de derechos dentro de la Ley, su artículo 7 se dedica a reconocer el derecho a la igualdad, indicando:

“1. Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

2. Para hacer efectivo este derecho a la igualdad, las administraciones públicas promoverán las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo en todos los ámbitos de la vida.

3. Las administraciones públicas protegerán de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de igualdad entre mujeres y hombres, salud, empleo, protección social, educación, tutela judicial efectiva, movilidad, comunicación, información y acceso a la cultura, al deporte, al ocio así como de participación en los asuntos públicos, en los términos previstos en este Título y demás normativa que sea de aplicación.”

Nótese de forma particular que en el contenido de ese artículo se establece el ámbito de la salud como uno de los prioritarios en los que las Administraciones Públicas deben adoptar las medidas necesarias y centralizar sus esfuerzos para poder alcanzar la referida igualdad. Así, a continuación, y dentro del ámbito de la salud, la Ley lleva a cabo un efectivo reconocimiento de la protección de ésta, la asistencia farmacéutica y la creación de las políticas, acciones y red de recursos necesarios para la prevención y evitación del empeoramiento de la salud o grado de discapacidad (artículos 10, 11 y 9).

De este modo, el hecho de que no se esté respetando en relación con las enfermedades raras, la consideración de situación de discapacidad reflejado en el apartado anterior, así como la ausencia normativa en este ámbito específico y los graves problemas que a nivel de información, formación y registros sobre enfermedades raras y pacientes que las padecen existe según lo desarrollado, hace que respecto a este concreto colectivo, no se cumplan las previsiones de igualdad de trato y la aplicación de las medidas correctoras tendentes a conseguirla establecidas en la Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad y el acceso a recursos públicos para paliar tal situación.

De forma muy particular, supone una desigualdad flagrante y una consecuencia peyorativa de una magnitud considerable la ausencia o no reconocimiento en el acceso a la protección de la salud en los términos establecidos en el R.D. Leg. 1/2013, a los recursos farmacológicos y su cobertura según lo también dispuesto en esta Ley ni a la prevención y evitación de empeoramiento de la salud o grado de discapacidad regulado en tal cuerpo normativo. Tales aspectos son identificados, según se ha indicado en el apartado 2.3 como carencias y necesidades que los afectados por enfermedades raras consideran fundamentales cubrir y solucionar ya que se identifican como problemas principales para poder gozar de un mejor estado de salud y que suponga un mayor nivel de igualdad desde el punto de vista sociosanitario.

5. CONCLUSIONES

Las conclusiones alcanzadas se han ido recogiendo y detallando a lo largo del estudio a modo de síntesis en cada uno de los apartados o subapartados. No obstante, y sin perjuicio de ello, conviene realizar una breve síntesis de las mismas a efectos clarificadores. Así:

1. Desde el punto de vista sociosanitario de atención a personas con enfermedades raras se identifican que existe un elevado grado de desinformación sobre las enfermedades, sus características y diagnóstico, formas de tratarlas, recursos existentes para poder paliarlas, protocolos de actuación y coordinación de todos los agentes implicados. Tal situación conlleva graves consecuencias sociosanitarias, desde el agravamiento de la enfermedad y sus consecuencias, a situaciones de estrés, impotencia, secuelas psicológicas, falta de integración y participación social y aislamiento. Así, se identifica como fundamental propuesta de mejora y resolución de tal ámbito el hecho de la existencia de una red consolidada de información a todos los niveles correctamente registrada y parametrizada, llevando a cabo, a partir de esta base una investigación avanzada

con una fuerte implicación y apuesta en ella de todos los agentes, especialmente los poderes públicos.

2. La indebida aplicación de las previsiones legales referentes a la consideración de la existencia de una situación de discapacidad, ahonda y profundiza el deficiente acceso y disfrute del derecho a la protección de la salud y del derecho a la igualdad de un porcentaje relevante de personas afectadas por enfermedades raras. Así, el hecho de que según lo indicado en el punto anterior, en muchos de los casos no se cuente con un diagnóstico adecuado o directamente no se cuente con ninguno, y no se apliquen los tratamientos y medidas terapéuticas adecuadas al efecto, provoca que a pesar de que la persona en cuestión cuente con los requisitos objetivamente razonables para considerar que tiene discapacidad y por tanto pueda acceder a la protección y consideraciones legales y prácticas que ésta conlleva, por mor de lo dispuesto en un Reglamento que no se ha modificado al efecto, no cuenta con tal reconocimiento y acceso con lo que se produce una doble desigualdad y discriminación, por cuanto si ya las personas a las que se les reconoce una discapacidad no se encuentran en un plano de igualdad en su interacción social aún con la aplicación de ajustes razonables y medidas de acción positiva tendentes a lograrlo, en este caso ni siquiera podrían acceder a las mismas a pesar de contar con los requisitos para ello, en contraposición con otras personas con enfermedades raras (incluso con la misma enfermedad), que por el hecho de haber sido correctamente diagnosticados cuentan con tal calificación de discapacidad reconocida. A los efectos de solventar esta situación se propone la revisión y modificación del Real Decreto 1971/1999 para adaptarlo a las exigencias, características y dicción concreta relativa a la definición de personas con discapacidad establecida tanto en la Convención como en la LGDPD.

6. BIBLIOGRAFÍA

- o CARRIÓN TUDELA, JUAN y MAYORAL RIVERO, ESTRELLA, (2017). *El Trabajo Social en las Enfermedades Raras. Enfoque Teórico y Práctico*. Recuperado de: <https://enfermedades-raras.org/index.php/publicaciones-y-estudios/publicaciones-de-feder>. Consultado el: 4 de julio de 2018
- o CARRIÓN TUDELA, JUAN; ECHANDI GARCÍA HERRERA, LUJÁN; BAÑÓN HERNÁNDEZ, ANTONIO M.; PASTOR SELLER, ENRIQUE. (2015). *La fuerza del movimiento asociativo*. Recuperado de: <https://enferme->

dades-raras.org/phocadownload/OBSER/La_fuerza_del_movimiento_asociativo-2015.pdf.

Consultado el: 12 de julio de 2018

- o CABRA DE LUNA, MIGUEL ÁNGEL y ARENAS ESCRIBANO, FERNANDO, (2015). *Comentarios al texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social*.
- o GÓMEZ LUENGO, S., ARANDA JAQUOLOTO, M. T. y DE LA FUENTE SÁNCHEZ, M. (2001): *Enfermedades raras: Situación y demanda sociosanitarias. Observatorio de la discapacidad. IMSERSO*.
- o MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO-LUIS, (2015). *Derechos Fundamentales y discapacidad*. Recuperado de: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/02/14.pdf>
- o Martínez-Pujalte, Antonio Luis; Fernández Orrico, Francisco Javier; López-Veiga Brea, Jorge; De Asís, Rafael; Mora González, Vicente; Cabra de Luna, Miguel Ángel; Miranda Erro, Javier; Álvarez Ramírez, Gloria; de Lorenzo García, Rafael 2016. *Anales de Derecho y Discapacidad*.
- o MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO-LUIS, 2015. *Derechos Fundamentales y discapacidad*. Recuperado de: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/02/14.pdf>
Consultado el: 5 de julio de 2018
- o NÚÑEZ MARTÍNEZ, MARÍA ACRACIA (2009). *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.
- o NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA CARMEN. *La igualdad como Derecho Fundamental y su protección general en las leyes actuales*. Recuperado de: <https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/preguntas-y-respuestas/igualdad-de-oportunidades-no-discriminacion-y-accesibilidad-universal>.
Consultado el: 22 de junio de 2018
- o Boletín General del Senado Núm. 659. Ponencias de Estudio. *Acuerdo del Pleno del Senado por el que se aprueba el Informe de la Ponencia de estudio encargada de analizar la especial situación de los pacientes con enfermedades raras y, especialmente, las medidas sanitarias, educativas y sociales que con-*

tribuyan a un adecuado tratamiento de los enfermos y de sus condiciones de vida, aprobado por la Comisión conjunta de la Comisión de Sanidad y Consumo y de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales en su reunión del día 18 de diciembre de 2006 (543/000016)

- o CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE FARMACEÚTICOS, (2018). *Enfermedades Raras y Medicamentos Huérfanos. Estado de situación en 2018*.
- o Constitución de la Organización Mundial de la Salud - <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf?ua=1>
Consultado el: 27 de junio de 2018
- o COMISIÓN EUROPEA. DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Dirección F - Salud Pública, Unidad F4 - Enfermedades poco comunes, transmisibles y emergentes. *Programa de Acción Comunitaria sobre Enfermedades Raras 1999-2003*. Recuperado de: ec.europa.eu/health/archive/ph_overview/previous.../rare.../raredis_wpgm99_es.pdf
Consultado el: 27 de junio de 2018
- o *Definición de Enfermedades Raras en ORPHANET*. Recuperado de: https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/Education_AboutRareDiseases.php?lng=ES
Consultado el: 23 de junio de 2018
- o (2009) *Estrategia aprobada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 3 de junio de 2009*.
Recuperado de: <https://enfermedades-raras.org/images/doc/obser/2009%20-%20Estrategia%20Nacional%20de%20Enfermedades%20Raras.pdf>
Consultado el: 3 de julio de 2018
- o EURORDIS RARE BAROMETER (2017). *Acceso a tratamiento: la desigualdad en la atención para pacientes europeos de enfermedades raras y Encuesta sobre el impacto de las enfermedades raras en la vida diaria*. Recuperados de <https://www.eurordis.org/voices/es>
Consultado el: 13 de julio de 2018
- o Federación Española de Enfermedades Raras (FEDER) (2009). *Estudio de situación de Necesidades Sociosanitarias de las personas con Enfermedades Raras en España (Estudio ENSERio)*. Recuperado de: <https://enfermedades-raras.org/index.php/publicaciones-y-estudios/publicaciones-de-feder>.
Consultado el: 4 de julio de 2018

- o FEDER OBSER (Observatorio Sobre Enfermedades Raras) (2017). *Estado de situación de la investigación en Enfermedades Raras en España*. Recuperado de: <https://enfermedades-raras.org/index.php/publicaciones-y-estudios/publicaciones-de-feder>
Consultado el: 20 de julio de 2018
- o *Reglamento (CE) n° 141/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1999, sobre medicamentos huérfanos*. Recuperado de: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-80074>
Consultado el: 2 de julio de 2018
- o *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*.
- o *Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía*.

Raúl Navarro Membrilla

Egresado del IV Máster de Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia/UIMP y FDyD



HACIA UN SISTEMA JUDICIAL INCLUSIVO

SUMARIO: Introducción. –Premisas conceptuales. –Conclusiones. –Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

“Promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” es, según el párrafo primero de su artículo 1, el propósito de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

La CDPD instituye, como sabemos, el modelo de derechos humanos, representando una nueva respuesta normativa en clave de derechos de carácter integral, universal, jurídicamente vinculante y aplicable, superando definitivamente (o al menos intentándolo) la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales o programas de beneficencia o caridad, reconociendo su personalidad y su capacidad jurídica, su condición de sujeto de derechos.

Es en esa consideración de sujeto activo de derechos como la persona con discapacidad se sitúa en la posición de titular de los mismos, facultándola para exigir su defensa y garantía ante la Justicia, para lo cual deberá acudir a los Juzgados y Tribunales,

a quienes corresponde en exclusiva, como establece el artículo 2 de la LOPJ, “*el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*”.

La CDPD exige en su artículo 13 a los Estados Partes que ese acceso a la Justicia por parte de las personas con discapacidad se haga “*en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares*”.

Además de ello, añade en su párrafo 2 que “*a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.*”

Sin embargo, a pesar de la contundencia de los postulados y demás enunciados que aparecen a lo largo de nuestro sistema normativo, en el que se integra, no lo olvidemos, la CDPD, la práctica diaria de los diferentes operadores jurídicos, lleva a toparse con una realidad bien distinta, haciendo que afloren toda una batería de preguntas que quizás podrían sintetizarse en una sola y que es a la que trataremos de dar respuesta a lo largo del presente trabajo: ¿El sistema judicial español es realmente inclusivo?

Para tratar de responder esta cuestión central deberemos formular otra serie de preguntas cuyas respuestas intentaremos que nos ayuden a tener una visión más amplia, abierta y sobre todo sistémica del asunto planteado, de manera que coadyuven a obtener más perspectiva para abordarlo y por tanto sea más enriquecedor el proceso de generación de ideas y propuestas que contribuyan a facilitar un sistema judicial más inclusivo y accesible.

Entre las preguntas que han surgido a la hora de abordar el objeto del presente estudio figuran las siguientes:

- ¿Se garantiza el acceso a la Justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás?
- ¿A qué tipo de barreras se han de enfrentar las personas en función de su discapacidad para acceder a la Justicia?
- ¿Qué ajustes se pueden o deben realizar en un procedimiento para facilitar el acceso a la Justicia de las personas con discapacidad?
- ¿Se está garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad?

- ¿Se está capacitando y formando adecuadamente a los operadores jurídicos y al personal policial y penitenciario en discapacidad?
- ¿Se trata de forma digna a las personas con discapacidad en los procedimientos judiciales sea cual sea su posición procesal?
- ¿Se ofrece a las personas con discapacidad información comprensible a lo largo de la tramitación de un procedimiento?
- ¿Se respeta la voluntad de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos?
- ¿Se potencia la toma de conciencia de las personas con discapacidad como sujetos activos de derechos?

Para tratar de abordar metodológicamente el presente trabajo, se ha estructurado partiendo de una serie de premisas conceptuales que actuarán a modo de “anclajes” del resto del armazón teórico que lo configurará y que son las siguientes:

- 1.- La consideración de la persona con discapacidad como sujeto de dignidad, valiosa por sí misma, acreedora de igual consideración y respeto y de un trato digno en cualquier ámbito, también el judicial.
- 2.- El reconocimiento de la persona con discapacidad como ciudadano y sujeto activo en el ejercicio pleno de sus derechos.
- 3.- La condición de la persona con discapacidad como titular del derecho a la tutela judicial efectiva.

La pretensión es que el desarrollo teórico de estas premisas sirva tanto de marco referencial en cuanto al enfoque ético y de derechos humanos del presente trabajo, como de elemento de contextualización de los avatares y de la evolución experimentada por la discapacidad desde el punto de vista social y jurídico.

Para ello intentaremos visualizar las interrelaciones entre el modelo social y los valores que sustentan los derechos humanos, con especial consideración a los principios enunciados en la CDPD (art. 3) en su función de coordenadas normativas de la misma y guías de la condición ciudadana de las personas con discapacidad, completando este marco introductorio con el análisis del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución española.

Una vez establecidas las bases conceptuales y teóricas sobre los que pivotará el trabajo, se intentará abordar sistémicamente algunos de los aspectos que más pueden incidir en el acceso de las personas con discapacidad a los diferentes procedimientos

judiciales, conjugando el diagnóstico y análisis de la situación actual con iniciativas y actuaciones que ya se están desplegando por las propias personas con discapacidad, el movimiento asociativo y los operadores jurídicos, intentando evidenciar buenas prácticas y sugerir propuestas de mejora al respecto.

Para ello se propone llevar a cabo un estudio algo más pormenorizado de una serie de asuntos que considero relevantes, que van a vertebrar el contenido de este trabajo y que no obedecen a otra pretensión que la de ir dando respuesta a la serie de preguntas que nos hacíamos al principio con la finalidad de comprobar si nuestro sistema judicial es o no inclusivo.

De este modo, se abordarán como hilo conductor del presente trabajo los siguientes temas:

- Análisis de las diferentes situaciones y posiciones jurídicas que puede ocupar una persona con discapacidad dentro de un procedimiento judicial. Especial consideración de los órdenes jurisdiccionales civil y penal.
- Detección y análisis de las principales barreras (físicas, sensoriales, de comunicación y percepción) que debe superar la persona con discapacidad en su pretensión de acceso a la Justicia.
- Determinación de apoyos e identificación de hitos o momentos en los que la prestación de los mismos impida la vulneración de derechos.
- Los ajustes de procedimiento como garantía de un sistema justo.

PREMISAS CONCEPTUALES

Si hay un postulado a día de hoy sobre el que se predica un consenso unánime dentro del movimiento de la discapacidad, es el relativo a que ésta constituye una cuestión de derechos humanos. Cierto es, que hasta llegar a la actual consideración de la persona con discapacidad como sujeto de derechos, al menos, ésta ha debido transitar en una larga travesía por el desierto, quedando condicionado su reconocimiento en todo este periplo en función del rasgo, aspecto, cualidad, capacidad sobre la que se proyectara el foco de quien miraba.

De este modo, se han ido sucediendo y fluctuando las respuestas, tanto sociales como jurídicas, que a lo largo de todo este tiempo se ha dispensado a las personas con discapacidad hasta la publicación de la CDPD.

Sin entrar en cada uno de los modelos explicativos de la discapacidad, para intentar ajustar la extensión del presente estudio a los requisitos formales exigidos, se hace necesario partir, cuando menos, del modelo social, por el evidente cambio de paradigma que supuso en su momento, desplazando la atención al entorno, considerando la discapacidad como construcción social y como el resultado de la interacción entre una persona y las condiciones y la estructura sociales. La solución depende de la intervención en el entorno y la eliminación de las barreras para alcanzar la inclusión social.

La preocupación principal de esta perspectiva es que la discapacidad no emerge de la incapacidad intrínseca sino preponderantemente del modo en que las necesidades de las personas son satisfechas, enfatizando la condición irrevocable de la persona con discapacidad como persona humana, partiendo de la premisa fundamental de que toda vida humana es igual de digna. Por tanto, la dignificación de la persona con discapacidad mediante la igualdad y el desarrollo de su participación constituyen un ejercicio de inclusión y aceptación de la diferencia.

El modelo social de la discapacidad se inspira y regula jurídicamente desde el marco de los derechos humanos, los cuales se sustentan bajo valores de igualdad, dignidad y solidaridad, que van a darle una legitimidad y justificación a la nueva perspectiva.

En palabras de Rafael de Asís, que me permito reproducir por la especial trascendencia que tienen en el enfoque ético y de derechos humanos del presente trabajo, *“es habitual considerar a la dignidad humana como el fundamento de los derechos. En este sentido, este término se utiliza para hacer referencia a una serie de rasgos que caracterizan a los seres humanos y que sirven para expresar su singularidad. Los derechos humanos se presentan como los instrumentos que tratan de proteger esa dignidad. La dignidad es así tanto el presupuesto de los derechos como aquello que estos tratan de proteger.”*

Llegados a este punto, y asumiendo que no nos encontramos ante un tema inmutable, pues su evolución en el plano social y jurídico ha ido variando a lo largo del tiempo y la discusión no se ha agotado aún, como la relativa a la terminología empleada para referirse a ella, si podemos afirmar sin temor a equivocarnos, dado el alto grado de consenso que suscita el planteamiento, que el documento clave que ha trasladado formalmente las políticas de inclusión de las personas con discapacidad al ámbito de los derechos humanos es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada el 13 de diciembre de 2006 mediante Resolución 61/106 de las Naciones Unidas habiendo sido firmada y ratificada por España, junto a su Pro-

tocono Facultativo, por lo que desde el 3 de mayo de 2008 queda incorporada al ordenamiento jurídico español.

La CDPD materializa ese cambio de paradigma en el modo de pensar y tratar la discapacidad, instituyendo el modelo de los derechos. Defender un modelo de derechos supone un grado de exigencia mayor, y también un mayor grado de recompensa. La CDPD es considerada por muchos como el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI. La existencia de un tratado internacional dedicado específicamente a la situación de las personas con discapacidad es elogiado, aunque también podría interpretarse como algo no tan positivo, pues debería bastar la normativa de protección general de los derechos humanos. En cualquier caso, es cierto que aporta algo muy relevante desde el punto de vista jurídico y de su normatividad como es su carácter vinculante. Nadie está exento de cumplirla, y todos, poderes públicos y ciudadanos, estamos obligados a respetarla.

A partir de este momento la persona con discapacidad tiene la consideración de ser un sujeto de derechos. En primer lugar hay que subrayar su condición de persona, adjetivada por la discapacidad. Para el modelo de los derechos es esencial partir de lo sustantivo, de la condición personal y de la titularidad de los derechos.

La CDPD no es una mera etapa más en el proceso de garantía de la justicia y los derechos de las personas con discapacidad, sino la primera respuesta normativa en clave de derechos de carácter integral, universal, jurídicamente vinculante y aplicable. Los rasgos del modelo de los derechos aparecen ya en el Preámbulo de la Convención y se confirman en la ambiciosa declaración del párrafo primero de su artículo 1, cuyo enunciado abre el presente trabajo: *“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”*.

Las coordenadas normativas de la CDPD las encontramos en su art. 3, que para mi estimado Xabier Etxeberria constituyen los principios-guía de la ciudadanía de las personas con discapacidad, combinando principios comunes y generalmente aceptados en el marco de los derechos humanos con otros más específicos y novedosos en el ámbito de la discapacidad. Entre los primeros están los principios de dignidad “inherente”, autonomía individual, independencia de las personas, no discriminación, igualdad de oportunidades e igualdad entre el hombre y la mujer. Entre los segundos estarían los principios de participación e inclusión sociales, diferencia y diversidad, accesibilidad y respeto de la evolución de las facultades y derecho a preservar la identidad de los niños y niñas con discapacidad.

Estos principios vienen a confirmar que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos, ajena a las actitudes paternalistas de antaño. Su punto de partida es un principio categórico e incondicionado, fundamento de todos los derechos, como lo es la dignidad de cualquier persona, con o sin discapacidad, que instituye una obligación universal de respeto incondicionado. Se trata de un principio formal, sin contenido determinado, que ha de ser completado y actualizado mediante otros principios, que en el caso de las personas con discapacidad son, entre otros, la no discriminación y la igualdad de oportunidades, o la independencia personal y autonomía individual, que se perfilan y complementan con los principios del respeto de la diferencia y la diversidad, la participación e inclusión sociales y el principio de accesibilidad.

Sentadas pues las bases acerca de la consideración de la persona con discapacidad como sujeto “digno” y titular de derechos, queda abordar, a fin de contextualizar y terminar de fundamentar metodológicamente aquellos “anclajes” que esbozábamos al principio, la manera en que aquélla despliega, o al menos lo intenta, la titularidad de otro derecho fundamental y de especial trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico, como es el de la tutela judicial efectiva.

Cuando hablamos de tutela judicial efectiva, nos hemos de referir necesariamente a qué posición y garantías tienen las personas respecto del acceso a los órganos jurisdiccionales, la formulación de alegaciones, la proposición y práctica de la prueba, la obtención de una resolución motivada y la ejecución de la misma cuando esto fuese preciso.

Su consagración como derecho fundamental, se entronca dentro del artículo 24 de la Constitución, en virtud del cual *“Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*, así como a la concepción que del mismo lleva a cabo el Tribunal Constitucional, en su función de supremo intérprete de la Constitución, estableciendo que el derecho a la tutela judicial efectiva *constituye una garantía universalmente reconocida, consistente en el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener de los tribunales una resolución motivada, sin que pueda sufrirse indefensión por no permitirles ejercer todas las facultades que legalmente tienen reconocidas* (STC 6/2018, de 22 de enero; STC 182/2008, de 11 de febrero).

Este mandato constitucional está enclavado en la Sección Primera de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas del Capítulo Segundo de los Derechos y Libertades del Título I de los Derechos y Deberes Fundamentales, no siendo baladí esta

ubicación, teniendo como objeto poner en evidencia la importancia de este derecho fundamental que se configura como basamento consustancial del Estado de Derecho.

Poniendo en relación este derecho con las personas con discapacidad, a las que le Constitución dedica su art. 49, precepto que, al contrario del art. 24, se encuentra integrado en el Capítulo Tercero consagrado a los principios rectores de la política social y económica, nos encontramos con que este art. 49 contiene un mandato dirigido a los Poderes Públicos para que amparen especialmente a los “disminuidos” (lamentablemente es ese el término que a día de hoy continúa apareciendo en nuestro texto constitucional) en el disfrute de los derechos que se otorga a todos los ciudadanos en el Título I. Además debe ser puesto, este artículo, en relación directa con el apartado segundo del artículo 9 del Texto constitucional en el que se responsabiliza directamente a los poderes públicos de promover las condiciones de igualdad y libertad, que han de ser reales y efectivas. Asimismo, este precepto dispone el deber de remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y el de facilitar la participación de los ciudadanos en todos los órdenes de la vida.

Expuesto lo anterior, podría darse por concluido el presente análisis de la cuestión. Sin embargo, conforme al refranero popular “del dicho al hecho hay mucho trecho”, y es cierto que la aproximación de las personas con discapacidad a los órganos judiciales y el ejercicio de esa tutela sigue encontrando serias dificultades, por no hablar de barreras directamente, que abocan a la frustración en las personas con discapacidad, sentimiento extensible en muchas ocasiones también a los operadores jurídicos encargados de velar y defender sus derechos, y por qué no decirlo a situaciones de indefensión pero, sobre todo, una sensación real de no ser un justiciable más. La sensación, avalada por los hechos, de que la discapacidad de la persona que busca, que pretende esa tutela, no es neutral, no es un elemento más, despliega efectos de desventaja, mermando o comprometiendo la posición de la persona. Surgen dudas más que razonables acerca de si las personas con discapacidad, en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene un carácter directo y exigible sin más por los ciudadanos, se encuentran en una situación de igualdad y si las garantías que son inherentes a todos los ciudadanos se extienden a las personas con discapacidad y sobre todo con el mismo contenido.

Lo cierto es que determinadas barreras en la comunicación, sensoriales o físicas, resultantes de la interacción entre la situación de la persona que presenta una discapacidad y un entorno social objetivamente hostil, dificultan el ejercicio efectivo del derecho fundamental de la tutela judicial a las personas con discapacidad, y eludir estas situaciones o pasarlas por alto, o no tratar de subsanarlas o darles solución con medios reforzados o extraordinarios, determina abocar a las personas que se encuentren en si-

tuaciones de desprotección, al no acceso, a la no participación en la defensa de sus derechos. Se llega a situaciones de indefensión, proscritas por la Constitución, como se ha visto. Esta prohibición de indefensión ha sido concretada por parte del Tribunal Constitucional, e implica, entre otros aspectos, que las partes dispongan en posición de igualdad de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimen conveniente (STC 172/2016, de 17 de octubre y STC 130/2001, de 4 de junio).

La protección de este derecho no puede quedar ligada a la buena voluntad o a la existencia o no de igualdad de oportunidades, de accesibilidad en todas sus vertientes, sino que ese acceso debe estar garantizado en todo momento y situación. La indefensión, que es la causa inmediata de ese no acceso, amén de la situación personal y anímica que cada persona puede llegar a sentir, es un precio excesivo que una sociedad avanzada, democrática y protectora de derechos no se puede permitir.

Por tanto, los poderes públicos no pueden escudarse en dificultades u obstáculos, para no permitir el acceso a este derecho en todas y cada una de sus fases y planos y los ciudadanos con discapacidad deben y pueden exigir este derecho, que es protegible por medio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, como se recoge explícitamente en el apartado segundo del artículo 53 de la Constitución. La identificación de los problemas existentes es una necesidad y una labor que los poderes públicos deben realizar y la puesta en práctica de soluciones y alternativas con plenas garantías, si no es así, seguiremos “parcheando” las situaciones y no dando respuesta en igualdad y sin discriminación a un grupo social como es el de personas con discapacidad.

Hago mención a continuación a dos sentencias cuyo contenido resulta determinante en su posicionamiento respecto al derecho a la tutela judicial efectiva.

La primera, aborda la intervención como interesados de las personas con discapacidad, y más en concreto en relación a su derecho de defensa. Es la STC 7/2011 de 14 de febrero, que viene a introducir, ahora sí, la CDPD como elemento interpretativo de este derecho.

En el recurso de amparo, el TC recordó que el órgano judicial, siendo manifiesta e inequívoca la voluntad del recurrente de comparecer personalmente en el procedimiento de incapacitación, y aunque este no solicitó formalmente la designación de profesionales del turno de oficio, no ofreció al recurrente la oportunidad de reparar esa omisión para que pudiera hacer efectiva su oposición a la demanda, generando con ello una indefensión con relevancia constitucional.

Es la primera vez que el TC aplica la Convención y exige, de forma crítica, una actitud reforzada para preservar los derechos de las personas sometidas a estos procesos, evitando situaciones de indefensión material.

La segunda es la STC 77/2014 de 22 de mayo (Rec. 2818/2012) y en ella, el TC ampara los derechos de una persona con discapacidad intelectual a la que no se le facilitaron los recursos necesarios para entender el proceso judicial.

El TC otorga amparo a un hombre que fue condenado en ausencia (no compareció al juicio pese a que fue citado) como autor de un delito de robo con fuerza. La Sala Primera del TC entiende que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) pues, pese a existir indicios de que podía presentar una discapacidad intelectual (“retraso mental”), no se llevó a cabo un reconocimiento psiquiátrico y el órgano judicial no pudo valorar si el recurrente comprendía o no la importancia de comparecer en el Juzgado el día del juicio. El TC concluye que efectivamente se produjo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por varios motivos: el primero porque existían indicios respecto a una discapacidad intelectual, de acuerdo a las propias manifestaciones de la persona; en segundo lugar, el Juzgado de Instrucción solicitó un informe forense específico sobre su imputabilidad, por tanto, se pone de manifiesto que existían dudas sobre que pudiera comprender el delito o de actuar desde esa comprensión.

El Juzgado de lo Penal debería haber tenido en cuenta dichas dudas sobre su déficit de comprensión, lo que se debió traducir en dudas sobre que entendiera las consecuencias de la no comparecencia (el examen de la persona y sus declaraciones podían ser relevantes).

El derecho a la tutela judicial efectiva que debe evitar la indefensión exigía que se adoptaran diligencias complementarias para verificar que la discapacidad no le impedía entender la importancia de su presencia en el juicio y las consecuencias, así como a asegurar su presencia en el juicio oral.

Todo ello motivó que el TC elaborara una nota informativa, la nº 49/2014, en la que advierte a los órganos judiciales que tienen la obligación de evitar situaciones de desigualdad, especialmente en el caso de personas con discapacidad.

Una vez sentadas las bases conceptuales y teóricas que sirven de marco referencial al presente trabajo, toca entrar en el análisis de aquellos aspectos que más pueden incidir en el acceso de las personas con discapacidad a los diferentes procedimientos judiciales.

Parto de la consideración de que en los diferentes órdenes jurisdiccionales, ya sea civil, penal, contencioso-administrativo o social, pueden ponerse de manifiesto singularidades específicas en materia de discapacidad.

Aunque en todas las jurisdicciones deben salvaguardarse las garantías (procesos sancionadores en el orden contencioso, reconocimiento del grado de discapacidad o relaciones laborales en lo social), entiendo que es en los órdenes civil y penal en los que se manifiesta una mayor problemática y singularidad, por lo que centraré mi análisis en ellos, sin perjuicio de que puedan ser extensivas algunas de las consideraciones y precisiones a los otros dos órdenes.

Resulta relevante, igualmente, reseñar que el acceso a la Justicia no comprende, solo y exclusivamente, la actuación de los ciudadanos en los procedimientos judiciales sino que engloba, asimismo, el acceso efectivo de las personas *“a los sistemas, procedimientos, información y lugares utilizados por la Administración de Justicia”*. Dicho acceso se refiere, además, tanto a la participación de la persona en su carácter de administrada, en el supuesto de actuar como parte o como testigo en los procesos judiciales, como a la posibilidad de las personas de contribuir y/o formar parte de la Administración de Justicia, como podría ser formando parte de un Jurado, y en este punto merece destacar la aprobación de la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, que ha pretendido adecuar la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado a la CDPD, con el fin de *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad”*. La nueva redacción exige *“contar con la aptitud suficiente para el desempeño de la función de jurado. Las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado, debiéndoseles proporcionar por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido”*. También se contempla la posibilidad de intervención en el ejercicio de su actividad profesional como Abogado, Procurador, Perito, o bien formando parte de la carrera judicial y fiscal. En este sentido, y sin profundizar en el estudio de estos perfiles, la CDPD considera la participación en el sistema de Justicia como un parte del derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 29 CDPD) *“como parte de un sistema democrático que contribuya a la buena gestión de los asuntos públicos”* (Observación General N°7 sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención).

En todo este periplo, debemos partir de un principio originario y fundamental que es el de la igualdad en la intervención. Parece una contradicción dedicar un estudio

sobre la materia si lo que se va a referir es igual al resto de los ciudadanos que acuden a los Juzgados y Tribunales. No existe tal contradicción ya que lo que se preconiza es precisamente esa igualdad, el deseo de mostrarla de forma evidente y sobre todo indicar dónde se encuentran las quiebras en la práctica habitual que son las que se deben subsanar.

Pero lo verdaderamente trascendente, es resolver si las personas con discapacidad pueden acceder a los Tribunales en plena igualdad al resto de los ciudadanos a dirimir las controversias o cuestiones de Derecho que surjan en sus vidas.

Este derecho se deriva con toda lógica de lo ya desarrollado anteriormente en referencia al artículo 24 de la Constitución Española y sus relaciones con el artículo 49, 9.2, 10 y 14 del mismo texto constitucional. Y desde la vertiente legal más cercana en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social (RDL 1/2013 de 29 de noviembre), que abandonando definitivamente sesgos proteccionistas, sitúa definitivamente a estas personas en una posición de igualdad, con las características que les son propias, consagrando su art. 7 el derecho a la igualdad, compeliendo a las Administraciones Públicas a que *“promuevan las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo en todos los ámbito de la vida”* y protejan de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de tutela judicial efectiva, entre otros.

Además de lo expuesto en el plano nacional, la CDPD exige también en su artículo 13 a los Estados Partes que ese acceso a la Justicia por parte de las personas con discapacidad se haga *“en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.”*

Este trascendental artículo encuentra igualmente concreción dentro de la CDPD en otros dos artículos, como son el 5 y el 12, que vienen a asegurar que ese acceso se produzca en igualdad de condiciones.

El art. 5 establece el reconocimiento de la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección legal, la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad y la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar los ajustes razonables, mientras que el art. 12 fija el reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capa-

cidad jurídica en igualdad de condiciones, así como el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Por tanto, una vez delimitado el alcance de este art. 13 y la especial trascendencia que en su ámbito de actuación se concede al acceso a la Justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto a las demás, pasamos a evaluar los diferentes modos de intervención de aquéllas fundamentalmente en el orden civil como penal.

– Orden Civil: Modificación de la capacidad jurídica

Uno de los principales problemas de las personas con discapacidad (en particular de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo) a la hora de ejercer plenamente sus derechos como ciudadanos está relacionado con la capacidad jurídica.

El art. 12 de la Convención afirma en su apartado 2 que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. Sin embargo, como se recoge en la Observación General N° 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU relativo a este art. 12, *“las personas con discapacidad siguen siendo el grupo al que más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.*

La capacidad jurídica, por tanto, es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad que se despliega en dos facetas: la primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley; la segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad.

En este sentido, el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica es esencial para el acceso a la justicia en muchos aspectos. De hecho, y también de derecho, para que las personas con discapacidad puedan exigir el cumplimiento de sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones con las demás, debe reconocérseles la personalidad jurídica con la misma capacidad ante los tribunales.

Sin embargo, un rápido y simple ejercicio de derecho comparado, nos lleva a concluir que en su confrontación con la regulación vigente de esta materia en nuestro derecho civil y procesal, los postulados de la CDPD se encuentran en clara desventaja, cuando no en pura inaplicación.

Ello hace urgente y necesario revisar el procedimiento de modificación de la capacidad, ya que el régimen generalizado de representación, que hoy reserva nuestra legislación civil para las situaciones de incapacitación, no es acorde con la Convención.

Resulta perentorio que se acomode nuestro derecho a los criterios de individualización, de determinación de la capacidad, de hablar de cada persona, no de cada discapacidad, de forma específica, individualizada, precisa y, por ende, que establezca una previsión de los apoyos que, tras ese análisis, cada persona pueda precisar para completar el grado de autonomía necesario para cada acto jurídico con arreglo a sus preferencias y voluntad.

En sus observaciones finales sobre los informes iniciales de los Estados partes, en relación con el artículo 12, el propio Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad así lo ha declarado en repetidas ocasiones: los Estados partes, entre ellos obviamente España, deben *“examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”*.

En esencia, el nuevo marco que establece este art. 12 supone aplicar un régimen de provisión de apoyos para facilitar que cada persona con discapacidad pueda ejercitar su capacidad jurídica igual que el resto de los ciudadanos.

Un régimen de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones que ha de dar primacía a la voluntad y las preferencias de la persona, asegurando que se protegen todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía (derecho a la capacidad jurídica, derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley o derecho a elegir dónde vivir) y los relativos a la protección contra el abuso y el maltrato (derecho a la vida o el derecho a la integridad física). Además, y ello es importante, los sistemas de apoyo para la adopción de decisiones no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad. La Observación General nº 1, a la que ya me he referido, establece una serie de disposiciones esenciales que deben incluir los sistemas de apoyo para asegurar el cumplimiento del artículo 12 de la Convención y que conviene tener muy presente a la hora de desplegarlos.

Van abriéndose hueco nuevas alternativas al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, y van surgiendo otras instituciones o instrumentos jurídicos de autotutela, como los poderes preventivos notariales, o han tomado vigor otras como puede ser la guarda de hecho que, interpretadas y adaptadas razonablemente (quiere ello decir al socaire de la CDPD) están destinadas a proporcionar la protección necesaria sin tener que pasar por dicho procedimiento, o incluso sin tener que acudir a los Juzgados.

En este sentido, quiero encarecer un reciente Decreto de archivo dictado por la Fiscalía Provincial de Vizcaya de 17 de enero de 2018, en el que el Ministerio Fiscal, a pesar de existir causa para incapacitar en el caso de una mujer mayor con demencia degenerativa, declara que *no existe motivo para la misma, ya que ningún plus de protección implementaríamos con su declaración*, amparándose para ello en la Instrucción núm. 3/2010 de la Fiscalía General del Estado, con cita de la STC 174/2002 de 9 de octubre y de la STS 282/2009 de 29 de abril, indicando que *las personas con discapacidad siguen siendo titulares de sus derechos fundamentales y que la incapacitación total constituye esencialmente una medida de protección, la cual solo deberá acordarse únicamente en supuestos excepcionales, cuando resulte estrictamente necesaria*, además de hacer referencia al *Manual de Buenas Prácticas del Ministerio Fiscal en materias relativas a personas con discapacidad* (Tirant lo Blanch, 2012) en cuyo punto 21 señala expresamente lo siguiente: *“Una gran mayoría de las demandas dirigidas a la constitución de apoyos a las personas con discapacidad se inician por la Fiscalía. Por lo tanto, hasta que en nuestro derecho interno se realice la esperada adecuación a la Convención, es necesario introducir de facto, en estos procedimientos, la exigencia de que se especifique con claridad en la demanda cuál es el motivo (necesidad, objetivo, problema) que ha llevado a interponerla. Ello permitiría analizar actual de la persona en relación con un solo acto o negocio jurídico, el que importa, y puede ser evaluable con alguna precisión. De modo que quien sostenga la falta de capacidad de la persona en relación a ese acto concreto deberá explicar qué pretende con dicha declaración, y en qué medida declarar esa inhabilidad va a suponer un beneficio para aquélla”*.

Sin duda resulta loable tal criterio, sostenido por la Fiscalía, y que bien podría hacerse extensivo y ser asimilado por parte de los operadores jurídicos que instan procedimientos de modificación de la capacidad sin evaluar ni dimensionar las posibles circunstancias adversas que se pueden derivar para la persona con discapacidad.

En línea con lo sostenido más arriba, interesa destacar y traer a colación para también poner de manifiesto que se va asumiendo paulatinamente la CDPD como derecho aplicable por parte de los Tribunales, un Auto de abril de 2017 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 (Familia) de Bilbao por el que reconociendo una situa-

ción fáctica de guarda de hecho, se califica como “*guarda de apoyo*” (con fundamento en los principios y disposiciones de la CDPD), a través de la cual se protegen los intereses económicos de la persona con discapacidad, sin necesidad de modificar su capacidad de obrar, *ya que si bien se acredita su limitación para actuar por sí sola en el ámbito concreto de la administración de su patrimonio (en sentido amplio) no se estima ni se justifica como conveniente o necesario someterla a un procedimiento de modificación de la capacidad. La constitución de una guarda de hecho en este concreto ámbito es el apoyo necesario que conforme a la Convención precisa Dña ..., estableciendo como la propia parte interesa y resulta de la aplicación del art. 303, garantías que eviten fraudes y abusos, y que se concretan en la obligación del administrador de rendir cuenta anual de su gestión, interpelando la propia Jueza que dicta la Resolución al legislador para que se dé pronta solución a esta tipo de controversias conforme a los principios y disposiciones del Convención.*

En todo caso, y en tanto en cuanto no se materializa la tan ansiada modificación legal de nuestro Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debemos seguir “*lidiando*” con la disfunción que supone que dos textos, que responden a paradigmas y concepciones de la discapacidad bien diferenciadas, sigan conviviendo en el aparente plano de la legalidad, lo que permite a muchos operadores jurídicos no realizar una interpretación adecuada de la ley y, en muchos casos, optar por la aplicación rutinaria y tópica de la misma, orillando así toda la sustancial modificación que supone las aportaciones de la CDPD perpetuando de este modo mecanismos de sustitución. En cualquier caso, el evidente retraso en la citada reforma legal no debe impedir la aplicación directa de lo dispuesto en la Convención y seguir invocándola por parte de los operadores, de manera que sean mayoritarias resoluciones como las referidas más arriba, tratando de favorecer la instauración del modelo de plena igualdad y completa capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

– Orden penal y ajustes de procedimiento

En el orden penal, más allá de la consideración de la persona con discapacidad en el doble rol de victimaria o víctima, y de las consecuencias jurídicas que se puedan derivar en función de la posición ocupada dentro del procedimiento penal; de la detección o no de la discapacidad; de la aplicación o no de las circunstancias modificativas de responsabilidad, interesa llamar la atención sobre los ajustes de procedimiento, quizás porque sea en este ámbito donde más y mejor se puedan invocar y desplegar.

El propio art. 13 de CDPD aclara que se incluirá la declaración de las personas con discapacidad como víctimas o testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. En el desarrollo de los

derechos expuestos, la Unión Europea ha ido adoptando en los últimos años toda una serie de Directivas que matizan y profundizan en el contenido de la CDPD. Entre ellas destaca la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Esta norma obligaba a todos los Estados integrantes de la UE a transponer a su legislación interna un conjunto de derechos para las víctimas, que en nuestro país se tradujo en la publicación de Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

El Estatuto de la víctima, como se conoce en la práctica forense diaria a este catálogo de derechos, recoge una serie de apoyos, indicaciones y prerrogativas para ofrecer a las víctimas de delitos una respuesta no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos, como la revictimización. Esta ley, bastante garantista con la posición jurídica de la víctima, recoge una serie de derechos y apoyos en relación con las personas con discapacidad como el derecho a entender y a ser entendido (art. 4); el derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades (art. 5) o el derecho de las víctimas a la protección (art. 19).

Dada la especial vulnerabilidad de las personas con discapacidad intelectual a sufrir situaciones de abuso, merece una especial reseña en cuanto a su consideración de estructuras de apoyo, la puesta en marcha de Unidades de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual (UAVDI), gestionadas por el movimiento asociativo en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y que cuentan con las herramientas, los protocolos y los medios necesarios para desarrollar las adaptaciones necesarias en los procesos de intervención psicológica y en los procesos policiales y judiciales. Las adaptaciones y apoyos diseñados por estos equipos pluridisciplinarios tienen como objetivos ofrecer una ayuda ajustada a las necesidades de la persona y evitar una segunda victimización derivada de no contar con los apoyos necesarios adaptados a las personas con discapacidad intelectual.

Organizaciones como la Fundación A La Par (<https://www.alapar.org/servicios-para-personas-con-di/acompanamiento-terapeutico/unidad-de-atencion-a-victimas-con-discapacidad-intelectual-uavdi/>) que en colaboración con la Guardia Civil dentro del Proyecto No + Abuso (<http://nomasabusos.com/familiares/que-es-la-uavdi/>) constituye buena muestra de iniciativas tendentes a facilitar la respuesta del sistema policial y judicial a la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad intelectual a ser víctimas de abuso sexual y a ser revictimizadas tras la revelación del mismo, y por tanto merecen ser destacadas como buenas prácticas como instrumentos de apoyo de las mismas.

Para ello, además de los servicios desplegados por parte de esta Unidad, prevé la intervención de la figura del facilitador como un profesional independiente, que no se presenta como acusación ni como defensa, sino que sirve como apoyo al proceso policial y judicial en sus diferentes fases y contribuye a activar la adaptación de los procedimientos judiciales y llevara a cabo los ajustes correspondientes conforme a lo establecido en la CDPD.

Con el mismo objetivo, Plena inclusión La Rioja ha puesto en marcha el Equipo de Atención a la Víctima con discapacidad intelectual o del desarrollo (EAVDID) y muy recientemente se han puesto en marcha otras iniciativas en Aragón y Castilla-La Mancha.

En el caso de víctimas, esta labor previene la revictimización y permite la obtención de la prueba testifical en las mejores condiciones posibles.

El perfil del facilitador sería el de un profesional formado con conocimientos en el campo de la discapacidad intelectual y la psicología forense, debido a que deben conocer cuáles son las herramientas forenses y cómo adaptarlas a las necesidades de personas con discapacidad intelectual, disponiendo además, de nociones jurídicas ya que intervienen en procedimientos, debiendo conocer su estructura y los momentos procesales en los que es clave solicitar los ajustes. A pesar de que existe sobrado fundamento legal para su utilización, a día de hoy, su intervención depende del grado de conocimiento que en torno a esta figura tengan los operadores jurídicos intervinientes. Es relativamente frecuente que, aunque se solicite su intervención, sea denegado a pesar de que existen evidencias prácticas de su eficacia. Según datos de la UAVDI, *“si se analizan las resoluciones judiciales en la fase de instrucción, cuando la víctima se enfrenta sola al proceso, se archiva un 52% de los casos, mientras que, cuando interviene un experto, que facilita un testimonio con garantías, el porcentaje de sobreseimientos se reduce al 10%”*.

Entre las funciones del facilitador, encontramos la de preparar a la víctima para la entrevista policial y judicial; la evaluación de las capacidades de la víctima que pueden condicionar la prueba testifical; la obtención del testimonio y realización de la prueba preconstituida; la valoración de la capacidad de la víctima para consentir o la de intérprete, funciones todas ellas igualmente extrapolables a su intervención apoyando y acompañando a posibles autores de delitos.

El sistema judicial debe configurarse como un instrumento idóneo para que la protección de los derechos de las personas con discapacidad sea real.

De poco sirve que los Estados reconozcan formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva a la tutela judicial que le asiste, quedando todo en declaraciones de buenas prácticas y amables intenciones, que lejos de garantizar la eficacia de los derechos, en la práctica los relega.

Esta situación se agudiza cuando se trata de personas con discapacidad, como hemos visto, dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio.

Consecuentemente será necesario adoptar las más intensas actuaciones para vencer, eliminar o mitigar estas limitaciones, no solo desde el voluntarismo social o político, sino también desde el propio sistema de justicia, a fin de que “desde dentro del sistema”, y esta toma de conciencia es clave, se pueda contribuir a la reducción de esa desigualdad.

La CDPD y su art. 13 configura “*el acceso a justicia de las personas con discapacidad*”, como el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permiten sin discriminación alguna, la utilización de los servicios judiciales, para conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos, en igualdad con los demás, mediante los apoyos técnicos necesarios para adecuar su grado de autonomía personal en este ámbito.

En tan solo dos párrafos lanza una nueva carga de profundidad, similar a la del art. 12, a los sistemas judiciales internos.

Centrando el presente estudio en el análisis del apartado primero, éste implica la necesidad de adaptación de la Administración de justicia desde una doble perspectiva y está íntimamente vinculado, como ya se reseñó, al art. 12 de la CDPD.

Desde una perspectiva física esta debe guiarse por la accesibilidad universal o diseño para todos, así implica la necesidad de la adaptación real del órgano judicial para la plena protección de la persona con discapacidad, mediante la creación de nuevos espacios que garanticen la accesibilidad a la justicia (medios de transporte adecuados para que los ciudadanos lleguen a las sedes judiciales, accesibilidad del inmueble, condiciones de espera, colocación física de los profesionales sin escalones, estrados o banquillos, en espacios cómodos y accesibles.)

Desde una perspectiva sustantiva o de participación de la persona con discapacidad en el proceso, ya sea como actor o demandado, testigo, jurado o demás partes intervinientes en el proceso de modo que puedan ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad con las demás personas.

Sin embargo, considero que lo realmente determinante en el ámbito de aplicación el presente artículo lo constituye la posibilidad de invocar, articular y desplegar aquellos ajustes de procedimiento por parte de los operadores jurídicos intervinientes en los procedimientos judiciales en los que se vean inmersas personas con discapacidad, de manera que se tengan presentes una serie de principios y criterios que de forma efectiva coadyuven a superar aquellas barreras que se puedan presentar en cada fase de cualquier procedimiento.

Los operadores jurídicos debemos ser conscientes de la importancia de las diversas necesidades de las personas con discapacidad, con el fin de asegurar el empleo de los recursos para garantizar que las personas disfruten de iguales oportunidades, acceso y participación en idénticas circunstancias evitando, en la medida de lo posible, que ese peregrinaje por los Juzgados y Tribunales se convierta en un tortuoso camino para ellas.

Según el Informe de de la Oficina del Alto Comisionado sobre los Derechos Humanos sobre el Derecho de acceso a la justicia de 27 de diciembre de 2017, los ajustes de procedimiento son *“un medio para hacer valer efectivamente el derecho a un juicio imparcial y el derecho a participar en la administración de justicia, y son un elemento intrínseco del derecho de acceso a la Justicia.*

La obligación de proporcionar ajustes de procedimiento se desprende directamente de los derechos civiles y políticos. Está directamente vinculada al principio de no discriminación y no puede ser objeto de realización progresiva. En las negociaciones relativas al artículo 13 de la Convención se debatió si la terminología que debía adoptarse era “ajuste de procedimiento” o “ajuste razonable” y se decidió abandonar la referencia a “razonable”. La decisión de descartar voluntariamente el término “razonable” puso de relieve el hecho de que, a diferencia de los ajustes razonables, los ajustes de procedimiento no están sujetos al criterio de proporcionalidad; en consecuencia, el hecho de no proporcionar ajustes de procedimiento cuando una persona con discapacidad concreta los requiera constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad en relación con el derecho de acceso a la justicia.

Desde este planteamiento, y conforme a la experiencia profesional, reseño algunos de esos “ajustes” tan necesarios para salvaguardar los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

El primero y principal lo constituye el derecho de información, de manera que las personas con discapacidad, sean debidamente informadas desde el inicio del proceso,

por parte de todas las autoridades correspondientes, de la naturaleza de su participación en todas las diligencias en que sean requeridos.

Deberán explicar, de manera clara y sencilla, su participación en el proceso como detenido, investigado, víctima o testigo, de los derechos que ésta posee, así como el objetivo y el resultado de la intervención de cada uno.

El art. 520 de la LECR recoge este vital derecho y lo plasma con nitidez en su párrafo segundo que obliga a informar al detenido de sus derechos “en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda”. Por tanto, debemos ajustar nuestro lenguaje a las necesidades de la persona y facilitarle toda información escrita en fácil lectura o en un formato que comprenda. En este sentido se han editado formatos en lectura fácil y con apoyos visuales del contenido de este artículo, y ya no resulta raro encontrar este tipo de documentos facilitadores de la comprensión, sobre todo para personas con discapacidad intelectual en algunas comisarías. Existe un documento publicado por la Guardia Civil y adaptado por el Instituto de Lectura Fácil de la Diligencia de información de derechos al investigado no detenido, así como de Formulación de una denuncia.

Durante la intervención policial y judicial deberá hacerse efectivo este derecho en cada caso y con cada persona. Respecto a las personas con discapacidad auditiva, éstas deberán contar con intérpretes de lengua de signos, y en relación a las personas con discapacidad visual se presentarán dispositivos auditivos, información en audio o en braille.

La fase inicial del procedimiento, en este caso penal, es determinante para la personas con discapacidad autoras de un delito ya que la detección de esta característica no aparente, como pueda ser en una discapacidad intelectual, puede determinar y condicionar sustancialmente el desarrollo y la conclusión mediante sentencia del procedimiento. Baste tener presente el escalofriante dato relativo a que casi el 70% de personas que cumplen penas privativas de libertad no aparecía este hecho en su sentencia. Evitar ésto es responsabilidad tanto de operadores jurídicos como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Se busca el compromiso de todos a la hora de colaborar con los cuerpos y fuerzas de seguridad, órganos judiciales y profesionales del derecho, tanto en la fase de instrucción y procedimiento judicial, como en la de hipotético cumplimiento de penas, de manera que éstas respondan, efectivamente, al principio constitucional de rehabilitación social efectiva.

Si la información no resulta comprensible, y por tanto accesible cognitivamente para la persona, en términos estrictos, esa detención o sus consecuencias pueden resultar ilegales. La inadecuada aplicación de este sustancial derecho, es decir, el juego del art. 520.2 de la LECR, y el art. 13 de la Convención, pueden permitir tachar de nulidad actuaciones en las que no se haya cuidado el garantizar el conocimiento adecuado y, sobre todo, comprensible, de los motivos de la detención y de las actuaciones procesales derivadas de la misma, como de las actuaciones posteriores.

También conviene tener presente un artículo de los que llamo recurrente del que hacer uso también en cualquier fase, como es el art. 393 de la LECR que consagra el derecho al “descanso” del procesado, de manera que éste pueda recuperar la calma, entiendo que en cualquier momento procesal, por lo que no dudemos en invocarlo ante aquellas situaciones que requieran tal estado de ánimo.

En el ámbito civil, y en cuanto al deber de información y comprensión como elementos vertebradores del derecho de acceso a la Justicia de las personas con discapacidad, quiero destacar y reconocer dos buenas prácticas concretas en el ámbito de la discapacidad intelectual, desplegadas por la Asociación Española de Fundaciones Tutelares y Plena Inclusión Asturias.

“Oscar: El proceso de modificación de la capacidad jurídica en fácil comprensión” es un video editado por la AEFT (<https://www.youtube.com/watch?v=RIxWcMofGyw>) en el que se explica de manera animada por una persona con discapacidad intelectual cómo se desarrolla el proceso de modificación de la capacidad, de manera que pueda servir de orientación a aquellas personas con discapacidad intelectual que puedan llegar a verse inmersos en este tipo de procedimiento. Existe también una adaptación a lectura fácil de una sentencia de modificación de la capacidad del Juzgado de Familia de Bilbao, y cuyo documento ha sido publicado por esta organización.

Plena inclusión Asturias y los Juzgados de Familias de Oviedo han desarrollado una experiencia pionera en la que por primera vez, las sentencias de modificación de la capacidad jurídica cuentan con un anexo en lectura fácil, así como las citaciones judiciales, que también van acompañadas de un modelo en este formato (<https://www.youtube.com/watch?v=TFyaHhwF9P4>)

Otra de las exigencias en cuanto a ajustes, y que ya ha aparecido esbozado a lo largo del presente trabajo, lo supone el deber de velar por que todas las personas con discapacidad, puedan moverse libremente en el entorno, hacer uso de todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad y privacidad, evitando en la medida de lo posible el contacto

directo de la víctima o testigo con el acusado o acusada, destinándose los recursos necesarios para crear o acondicionar los espacios físicos que se requieran, así como recurrir a medios idóneos como el uso de los biombos u objetos similares, especialmente en la etapa de juicio, para impedir el contacto directo de la víctima con el agresor y sus familiares, garantizando en todo momento el derecho de defensa.

Igualmente, no estaría de más diseñar e implantar en todas las dependencias judiciales, un sistema de orientación y señalización, perfectamente visible, para facilitar el acceso y movimiento de las personas con discapacidad en su interior, como pura cuestión de facilitar la accesibilidad cognitiva y no sólo de las personas con discapacidad, de manera que contemos con entornos más comprensibles.

CONCLUSIONES

Que las personas con discapacidad son sujetos de derechos supone un principio inquestionable dentro de cualquier sociedad democrática como hemos visto. Sin embargo, no se trataría tanto de crear nuevos derechos como de asegurar que los mismos se ejercen por parte de las personas con discapacidad en las mismas condiciones y en igualdad de oportunidades que el resto de ciudadanos, ya que tal consideración tampoco cabe ponerla en duda en el momento presente. Si es cierto, como se ha puesto también de manifiesto a lo largo de estas páginas, que hasta llegar a la detención de este “estatus” muchas han tenido que abonar un gravoso peaje en el que se ha llegado a desproveerlas hasta de la dignidad como personas. Una vez recuperado y reconocido ese valor de valores, universal e inmutable por la propia consideración de persona, convendría empezar a plantearse, por qué no, hacer “ostentación” de sus derechos para poder llegar a ejercerlos en condiciones de igualdad, otro de los principios básicos que deben guiar el despliegue de esa condición de ciudadanía.

La accesibilidad se presenta como condición ineludible para el ejercicio de los derechos, en igualdad de condiciones, por todos los individuos, y para, en último término, conseguir el logro de esa igual dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad de todas las personas. Es decir, todos necesitamos de espacios, productos y servicios que cumplan los requisitos de accesibilidad imprescindibles para conseguir la materialización, y por consiguiente, satisfacción de nuestros derechos.

El acceso a la justicia, como hemos podido comprobar, a pesar de constituir un derecho lo suficientemente consolidado en nuestro país, puede verse anulado, a nivel práctico, para la población con discapacidad, si los entornos y medios materiales para su ejercicio no reúnen los requisitos de accesibilidad. Es decir, a pesar de la existencia de normativa que establezca la igualdad en el acceso a la justicia para todos los ciuda-

danos, esta queda en un plano meramente formal, enunciativo, si no se eliminan las barreras de todo tipo para que las personas con discapacidad puedan ejercitar su derecho.

Para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho al acceso a la justicia con total libertad, autonomía, seguridad e igualdad, será necesario contar con elementos accesibles tanto en los edificios, las vías de comunicación y los medios de transporte, pero también como hemos puesto de relieve en la información, la comunicación y cualesquiera medios materiales que se requieran para ello.

Los esfuerzos por lograr una accesibilidad para todos en el ámbito de la Justicia incumben a agentes diversos, empezando por las Administraciones Públicas y los operadores jurídicos que despliegan sus funciones en su seno y que tienen la misión esencial de invocar e instar todos aquellos ajustes de procedimiento que sean necesarios para el adecuado ejercicio de los derechos, pero además, a las propias personas con discapacidad y sus organizaciones representativas, a los profesionales de la discapacidad, y en general, a todos y cada uno de los componentes de esta sociedad. Igualmente se pueden explorar otras vías de resolución de conflictos más allá de la judicial y éstas suponen dotar de un mayor protagonismo y participación a las personas con discapacidad por lo que no hay que desdeñar alternativas.

Cierto es que se están impulsando iniciativas, alianzas, estrategias que contribuyen a la capacitación de operadores jurídicos así como personal policial y penitenciario, que están dando lugar a herramientas e instrumentos que contribuyen a mejorar las prácticas profesionales en cada ámbito de actuación, en los que cada vez más se cuenta con la participación de las propias personas con discapacidad en su diseño y elaboración, constituyendo éste sin duda uno de las condiciones de garantía y éxito en el despliegue de las diferentes actuaciones.

Y éste supone el principal motivo por el que hay que responder negativamente a la cuestión inicial y básica que ha articulado el presente trabajo, relativa a si el sistema judicial español es realmente inclusivo. Todo lo más, a la vista de lo expuesto y evidenciado, que no es poco a día de hoy, podemos afirmar que cada vez reúne más condiciones de accesibilidad que van asegurando que todas las personas con discapacidad empiezan a tener las mismas oportunidades y recursos, aún de manera incipiente, pero no les alcanza, a la vista de lo expuesto, para participar plenamente del sistema y erigirse en lo que son y deben ser, los protagonistas de cualquier actuación o intervención que pueda llegar a plantearse en cualquier ámbito o esfera judicial.

Constituye por tanto una auténtica responsabilidad, un verdadero compromiso ético y profesional, pero sobre todo un desafío para todos, el poder contribuir a que esta manifestación y declaración de intenciones se materialice lo antes posible y en las mejores condiciones para todas las personas, incluidas las propias personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cerme-Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

DE ASÍS, R., BARRIFFI, F. y PALACIOS, A.: “Principios éticos y fundamentos jurídicos” en *Tratado sobre Discapacidad*, siendo coordinadores Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez. Thomson Aranzadi, 2007, pp. 83-110.

SEOANE, J.A: *Derechos humanos y Discapacidad*. Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema Universitario de Galicia para grupos con potencial de crecimiento (CN 2012/283). Universidad de A Coruña

ETXEBERRÍA, X.: *La condición de ciudadanía de las personas con discapacidad intelectual* Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao 2008.

CAYO PÉREZ-BUENO, L.: *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión*. Colección CERMI, Madrid, 2010

ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.: *Discapacidad y sistemas alternativos de resolución de conflictos*. Colección CERMI, Madrid 2013.

RECOVER, T. y DE ARAOZ, I. RED DE JURISTAS FEAPS: *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal*. Colección FEAPS, Madrid 2014.

Manual de Procedimiento para la Atención de la Policía Local a las personas con discapacidad intelectual. PLENA INCLUSIÓN y UNIJEPOL 2017

Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual. Fundación A LA PAR y Ministerio de Interior. 2017.

NOTAS

Dr. Miguel Ángel Cabra de Luna

Director de Alianzas, Relaciones Sociales e Internacionales de la Fundación ONCE

Director de los Servicios Jurídicos del CERMI

Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad

////////////////////////////////////

ASIMILACIÓN DE LAS SITUACIONES LEGALES DE SEGURIDAD SOCIAL DE INCAPACIDAD PERMANENTE AL RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD: SENTENCIAS 993/2018 Y 992/2018 DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU EFECTO

SUMARIO: I. Para centrar el análisis de estas Sentencias hay que conocer el estado de la situación legal de la cuestión y un análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo. –II. Conclusiones. –III. Informe del SEPE. –IV. Vías de salida.

I. PARA CENTRAR EL ANÁLISIS DE ESTAS SENTENCIAS HAY QUE CONOCER EL ESTADO DE LA SITUACIÓN LEGAL DE LA CUESTIÓN Y UN ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

El artículo 4, apartados 1 y 2, del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, establece lo siguiente:

1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior; y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.

El Texto Refundido es el resultado de tres Leyes, una de ellas la LIONDAU, Ley 51/2003, de 2 de diciembre, la cual definía la discapacidad por asimilación de las situaciones legales de Seguridad Social de incapacidad permanente. El Texto Refundido del 2013 introduce una importante modificación, reclamada numerosas veces por el CERMI: que la asimilación se realizara “a todos los efectos” y no solo a los de la propia Ley donde se acogía el precepto, antes la LIONDAU y después del TRLGDPD.

Sentencia 993/2018

<https://supremo.vlex.es/vid/759274949>

Resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina contra una Sentencia del TSJ de Castilla – La Mancha que, a su vez, resolvió un recurso de suplicación contra otra de un Juzgado de lo Social. Al demandante, que tenía una incapacidad permanente total de Seguridad Social, se le reconoce un grado del 29% de discapacidad, y en el Juzgado y en el TSJ no se le reconoce la discapacidad de al menos del 33%, en aplicación de la asimilación legal del 4.2 del TRLGDPD. El motivo que dio el TSJ es que la expresión “a todos los efectos” excede la habilitación legal del Texto Refundido (*ultra vires*).

Pues bien, la Sentencia del TS viene a dar la razón al TSJ y no al recurrente, considerando que el artículo 4.2 incurre en exceso de la habilitación legal (*ultra vires*) otorgada al Gobierno para aprobar un Texto Refundido, pues en la Ley refundida, la LIONDAU, la asimilación solo se contemplaba a los efectos del TRLGDPD del 2013, y no a otros como el del caso en concreto de esta Resolución judicial, que es el reconocimiento del grado de discapacidad de conformidad con el procedimiento reglamentario correspondiente.

Sentencia 992/2018

(<https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ059374.pdf>)

Esta Sentencia resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina, en un supuesto también en el que el organismo competente reconoció un grado de discapacidad del 18% y denegó el 33% a pesar de tener reconocida una invalidez total. En este caso, el Juzgado de lo Social que resuelve en primera instancia da la razón al demandante y le reconoce el grado del 33% por aplicación de la asimilación del 4.2 del TRLGDPD, siendo el TSJ de Castilla y León quien revoca la Sentencia. El fondo que se discute es el mismo que en la otra Sentencia antes comentada, es decir si esta última Ley incurrió en ultra vires y la conclusión del fallo es la misma.

II. CONCLUSIONES

- Estas Sentencias resuelven una cuestión que se había planteado en los Tribunales tras la entrada en vigor del TRLGDPD. En la práctica supone que los organismos que reconocen el grado de discapacidad no se encuentran obligados a reconocer el grado de discapacidad del 33%, cuando el solicitante tiene reconocida una situación legal de incapacidad permanente en Seguridad Social, a pesar de no alcanzar tal grado de discapacidad por aplicación del baremo.
- El alcance de las Sentencias cabe entender que se limita a los supuestos planteados, el reconocimiento administrativo del grado de discapacidad.
- Por tanto, estas Sentencias no declaran la nulidad del artículo 4.2 del TRLGDPD y, de plantearse conflictos en otras materias, habrá de analizarse caso a caso.
- El artículo 4.2 citado continúa vigente, al menos a todos los efectos de dicho TRLGPD, y no hay que olvidar que el ámbito de esta Ley es muy amplio y, desde luego, incluye el laboral y el educativo y formativo.
- Por tanto, no altera las condiciones o requisitos que se exijan para el acceso a los servicios de intermediación o formación laboral de Fundación ONCE.
- El TRLGD goza de una presunción de legalidad, hecho inatacable.

Esto significa para el sector asociativo, al igual que para las AAPP, que tenemos que cumplirlo y aplicarlo. Lo contrario nos situaría en una situación de ilegali-

dad y de discriminación directa o indirecta, según los casos, frente a las personas en situación de Invalidez Pte de la SS (IPSS), a las que no podemos apartar de nuestros servicios bajo ningún concepto, si se enmarcan en lo prescrito por la LGD. Y todo ello aunque nuestros Estatutos y Reglamento interno sean restrictivos al respecto. Nuestra obligación de atenderles y auxiliarles deriva ope legis (TRLGD), del Convenio 159 y Recomendación 168 de la OIT (rehabilitación de personas inválidas), así como de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 1 y 27, entre otros), ratificados por España y que tienen rango de ley.

Aún más el art.6 2. del Código Civil determina que “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”.

- Lo único que dicen las SSTs es que el art. 4.2 de LGD solo equipará a los pensionistas IPSS al 33% del grado de discapacidad a los efectos de esta Ley, que es de carácter prestacional y de no discriminación (por ejemplo, el acceso al empleo y a la formación necesaria para ello), pero no a otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho Fiscal (IRPF, IVA coches....) que es lo que probablemente los demandantes solicitaron y les es negado rotundamente por el Alto Tribunal, al ser declarado *ultra vires* el RD Legislativo que aprueba el TRLGD, pero solo a los efectos de la posible invasión de otras ramas del Derecho, externas al propio TRLGD, en las que solo se podrá operar con el “acto administrativo” del reconocimiento expreso de la condición de persona con discapacidad.
- En consecuencia, es absolutamente obvio jurídicamente que se puede y debe apoyar a efectos de promoción de empleo a los pensionistas de IPSS, no solo por la propia LGD, sino también por los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo con el art. 96 de la CE.
- Pero es que hay además razones fácticas a tener en cuenta. En la actualidad el 70% de las personas con discapacidad en edad laboral tienen un origen sobrevenido, no congénito, por tanto las situaciones de IPSS nutren en gran parte este colectivo. De ser restrictivos estaríamos distinguiendo entre personas con discapacidad de primera y de segunda categoría (IPSS).

- De otro lado, reconducir la condición de persona con discapacidad, a los que disponen del acto administrativo de reconocimiento correspondiente, nos llevaría al absurdo de que sólo los reconocidos por los equipos multiprofesionales (un número superior al millón de personas) son realmente personas con discapacidad y el resto, hasta 3,9 mill, quedarían en el limbo...

III. INFORME DEL SEPE

El SEPE ha emitido un informe (*Informe sobre la aplicación de medidas de políticas activas de empleo a pensionistas de Seguridad Social y clases pasivas titulares de pensiones por incapacidad permanente por equiparación a personas con discapacidad*, 16 de mayo de 2019), interpretativo de los efectos de la STS y concluye que afecta restrictivamente a todos los casos que se plantean a partir de la citada STS.

Solo exceptúa el supuesto de personas con Incapacidad Permanente en el empleo ordinario en los términos que a continuación indico:

Las personas con invalidez permanente declarada, aunque no tengan reconocida la discapacidad en grado del 33%, siguen teniendo derecho a las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social en el empleo ordinario por establecerlo explícitamente en una norma con rango legal. Y ello tanto si la contratación laboral se formalizó antes de la fecha de las Sentencias como después.

Se trata del artículo 2.2.5 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que dice:

“5) Para tener derecho a los beneficios establecidos en este apartado los trabajadores con discapacidad deberán tener un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, o la específicamente establecida en cada caso. Se considerarán también incluidos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

También es el caso de la bonificación de cuotas aplicada a las personas con discapacidad en los CEE’S, conforme al artículo 2.3 de dicha Ley, en relación con el citado 2.2.5 de la misma.

Cosa diferente es la cuota de reserva que regula el art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Este bloque normativo resulta afectado por el fallo de las sentencias del Tribunal Supremo y, por tanto, las personas con invalidez reconocida en Seguridad Social pero sin el 33% reconocido en el organismo competente para ello, no computan a los efectos de cumplir con las obligaciones de reserva de empleo del 42 de la LGDPD, cabe entender que respecto de los contratos que se formalicen a partir de la fecha de la primera de las Sentencias, no los que estuvieran vigentes en dichas fechas, siguiendo en este último extremo los criterios del SEPE y AE con carácter general.

IV. VÍAS DE SALIDA

Ante la interpretación torticera de algunas Comunidades Autónomas que están cerrando el acceso a pensionistas de invalidez a los Centros Especiales de Empleo (como en caso de Canarias) caben varias soluciones, no incompatibles.

1. La más rápida y solo a los efectos de los CEE'S es una propuesta de modificación de la O.M. de 16 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en CEE'S y trabajo autónomo.

A estos efectos, se incluye texto de la propuesta de modificación de la Orden de 16 de octubre de 1998 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en CEE'S y trabajo autónomo.

“Dos recientes Sentencias del Tribunal Supremo han planteado dudas en algunas comunidades autónomas sobre la consideración de persona con discapacidad a efectos de la integración en los centros especiales de empleo y, consecuentemente, el disfrute de las ayudas de empleo destinadas a dichos centros.

Las Sentencias del Tribunal Supremo 992/2018 y 993/2018, de fecha 29/11/2018, sientan el criterio siguiente: El artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, incurrió en *ultra vires* por exceso de la delegación legislativa, al sustituir la expresión de la Ley refundida que decía “a los efectos de esta Ley” por otra que dice “a todo los efectos”, en el momento de considerar personas con discapacidad tanto aquellas a quienes se les reconozca un

grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, como a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Estas decisiones judiciales se adoptaron en procedimientos en los que personas que no habían obtenido el grado del 33% en el organismo competente de la Comunidad Autónoma, reclamaban que se les reconociera dicho grado, no obstante, ya que tenían la condición reconocida de pensionistas de incapacidad permanente en el Sistema de Seguridad Social. El Supremo lo que hace ahora es retomar su doctrina tradicional, al valorar el texto de la Ley 51/2003, LIONDAU, al considerar que la asimilación del grado de discapacidad del 33% y del reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente de Seguridad Social, no podía extenderse a todos y cada uno de los campos y materias, sino exclusivamente a los efectos de dicha Ley. Por tanto, al estimar en las últimas Sentencias referidas que el 4.2 del Texto Refundido se excedió en el mandato refundidor, mantiene su criterio de que dicho precepto alcanza solo el texto legal pero no afecta a la normativa para reconocer el grado de discapacidad.

Ello no quiere decir que el Tribunal Supremo vete la asimilación en sí, sino que considera que el artículo 4.2 del Texto Refundido no permite una extensión automática a todo el ordenamiento jurídico.

El alcance de las Sentencias se limita a los supuestos planteados, el reconocimiento administrativo del grado de discapacidad. Por tanto, estas Sentencias no declaran la nulidad del artículo 4.2 del TRLGDPD (solo hay que leer el fallo de las mismas) y, de plantearse conflictos en otras materias, habrá de analizarse caso a caso.

Así pues, el artículo 4.2 citado continúa vigente, al menos a los efectos de dicho TRLGPD, y no hay que olvidar que el ámbito de esta Ley es muy amplio y, desde luego, incluye el laboral y el educativo y formativo.

Tampoco es baladí recordar que discapacidad e incapacidad o invalidez permanente son conceptos asimilados en el Derecho Internacional, a través del Convenio 159, ratificado por España, y la Recomendación 168, de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas. Y lo es precisamente a efectos laborales, de readaptación profesional y empleo. Por consiguiente, no cabe excluirlas, al menos a tales efectos.

El artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, establece:

1. Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente.

2. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.

Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

3. La relación laboral de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo es de carácter especial, conforme al artículo 2.1.g) de Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y se rige por su normativa específica.

Una interpretación integradora permite concluir, sin que ello entre en contradicción con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que, a los efectos de determinar las personas con discapacidad que pueden formar parte de los centros especiales de empleo, se consideran como tales las definidas en el artículo 4.2 del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, es decir tanto aquellas personas que tienen reconocido el grado de discapacidad del 33% como las que tienen reconocida una incapacidad permanente en Seguridad Social. Pues si la interpretación

del Tribunal Supremo es que la asimilación entre una y otra situación es a los solos efectos de la Ley y no a “todos los efectos”, en este caso se cumple, pues la norma legal básica que regula los centros especiales de empleo no es otra que el citado Texto Refundido y, a él debe acomodarse toda norma reglamentaria o de desarrollo, es decir tanto el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo como la Orden de 16 de octubre de 1998 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo, así como cualesquiera otras que aprueben las comunidades autónomas, competentes para gestionar dichas ayudas públicas.

El Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido, establece, en su artículo 8:

Podrán incorporarse como trabajadores a los Centros Especiales de Empleo las personas minusválidas físicas, psíquicas y sensoriales, definidas en el artículo 7.º de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, previa resolución motivada de los equipos multiprofesionales de valoración en la que se determinen sus posibilidades de integración real y capacidad de trabajo, y según lo dispuesto en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

Pero, como antes se dijo, dicho precepto debe acomodarse al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, al que ahora desarrolla, por respeto al principio de jerarquía de las normas jurídicas.

Por razones similares, se aprobó el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Dicha norma venía a aclarar las dudas derivadas de “*decisiones administrativas heterogéneas y, en algunas ocasiones, contradictorias, emanadas de los distintos órganos de las administraciones públicas, en relación con la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía*” (preambulo del Real Decreto precitado):

Artículo 1. Consideración de personas con discapacidad

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento.

2. Se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento:

a) Los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez.

b) Los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Artículo 2. Acreditación del grado de minusvalía.

1. A los efectos de lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, el grado de minusvalía igual al 33 por ciento se acreditará mediante los siguientes documentos:

a) Resolución o certificado expedidos por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.

b) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

c) Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. A estos efectos, en ningún caso será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente para acreditar el grado de minusvalía igual al 33 por ciento de los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 de este real decreto.

2. A los efectos de lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, el grado de minusvalía superior al 33 por ciento se acreditará mediante los siguientes documentos:

a) El grado de minusvalía superior al 33 por ciento se acreditará mediante resolución o certificado expedidos por el IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente.

b) Los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 del presente Real Decreto podrán solicitar del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente, el reconocimiento de un grado de minusvalía superior al 33 por ciento. En estos supuestos, será de aplicación el baremo recogido en el anexo 1 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

Hay que decir, a mayor abundamiento, que el reconocimiento de los incentivos a la contratación de personas con discapacidad con un grado de al menos el 33% beneficia legalmente tanto a las personas con discapacidad reconocida por el organismo competente de la comunidad autónoma como a los pensionistas por incapacidad permanente. Se establece expresamente en el artículo 2.2.5 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que dice:

Para tener derecho a los beneficios establecidos en este apartado los trabajadores con discapacidad deberán tener un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, o la específicamente establecida en cada caso. Se considerarán también incluidos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Incluso la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dictó un Criterio Técnico, el 98/2018 (apartado 4.2), en materia de cuota de reserva de personas con discapacidad, en el que se aborda la cuestión de la asimilación de discapacidad e incapacidad permanente, pronunciándose claramente a favor de la misma para computar el porcentaje de trabajadores con discapacidad que deben tener las empresas obligadas. Y lo hace de forma coordinada con la Dirección General de Empleo del Ministerio del ramo (Consultas de 14/11/2005; 13/6/2006 y 1/12/2008).

Así pues, se han venido reconociendo como personas con discapacidad a las personas con una incapacidad permanente de Seguridad Social reconocida en materia laboral, a efectos de la cuota de reserva de empleo, al de su integración en los centros especiales de empleo, y a tener derecho a los incentivos a la contratación y, en general, a las ayudas al empleo previstas.

Y se ha venido reconociendo sin que le afectaran las Sentencias del Tribunal Supremo que, ya antes del RD Legislativo 1/2013, limitaban el alcance de la asimilación legal al estricto contenido de la Ley.

Siempre ha sido un tema pacífico, incorporado incluso en un texto legal expreso (la Ley 43/2006 para los incentivos a la contratación) y, si lo fue entonces, no debería dejar de serlo después de las Sentencias 992/2018 y 993/2018 que, en definitiva, viene a retrotraer la consideración legal de este asunto a la LIONDAU, al considerar el exceso en el mandato refundidor al Gobierno.

Por consiguiente, estimamos que se ha producido una lectura precipitada e incorrecta de las Sentencias del Tribunal Supremos 992/2018 y 993/2018.

No obstante, siempre es conveniente despejar cualquier duda al respecto, y de forma provisional en tanto se acomete una reforma legal, bien puede ser una solución modificar la Orden de 16 de octubre de 1998 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo. Esta norma vigente se aplica como norma básica a las ayudas públicas que gestionan las comunidades autónomas, sin perjuicio de su adaptación en estas a las especialidades de su propia organización.

Se propone, en consecuencia, añadir una disposición adicional quinta a la mencionada Orden, que diga:

“A efectos de la integración en los centros especiales de empleo y el reconocimiento y disfrute de cualquier ayuda o beneficio, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 a 45, en relación al apartado 2 del artículo 4, del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se consideran personas con discapacidad aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, así como las que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pen-

sión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, lo que se acreditará en los términos de lo dispuesto en el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre.”

2. La segunda opción, propuesta por el CERMI, es más amplia y con mayor seguridad jurídica, pues la interpretación de Canarias, y puede ser que le siga alguna otra Comunidad Autónoma, todas responsables de la gestión de las políticas activas de empleo, al no considerar personas con discapacidad, a efectos laborales, a personas con incapacidad laboral de Seguridad Social, que fueron asimiladas a la condición de discapacidad en virtud de la Ley ahora matizada por el Supremo. La pérdida de esta homologación legal de situaciones, supone que no computen como personas con discapacidad a efectos de la cuota legal de reserva y se ven privados de las ayudas y apoyos públicos para ser contratados por parte de los empresarios, lo que puede llevar a la desaparición de miles de empleos de personas con discapacidad, ya insertadas en el mercado de trabajo, agravando una situación laboral insostenible para este sector.

La solución a esta encrucijada jurídica es sencilla y está en manos del Gobierno, pues se trata solo de corregir el defecto formal señalado por el Tribunal Supremo, reconfirmando con otra norma de rango legal y urgente (Real Decreto-Ley) el apartado 2 del artículo 4, en sus términos exactos vigentes, de la Ley General de derechos de 2013.

Otra solución alternativa puede ser incluir una disposición al respecto en la ley General de Presupuestos para 2020 que zanje esta polémica jurídica.

Con esta medida, el enorme peligro para el empleo de personas con discapacidad, con destrucción masiva potencial de puestos de trabajo, desaparecería, recuperando una normalidad quebrada por la interpretación judicial de un aspecto meramente formal de un proceso legislativo que adoleció de este defecto, sin que esté en entredicho ninguna cuestión de fondo relevante.

Dr. Miguel Ángel Cabra de Luna

Director de Alianzas, Relaciones Sociales e Internacionales de la Fundación ONCE

Director de los Servicios Jurídicos del CERMI

Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad

////////////////////////////////////
**IMPACTO EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/882
DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 17 DE ABRIL DE
2019 SOBRE LOS REQUISITOS DE ACCESIBILIDAD DE LOS PRODUC-
TOS Y SERVICIOS**

SUMARIO: Introducción. –Ámbito personal de aplicación: las personas con discapacidad y las que presentan limitaciones funcionales. –Limitaciones en cuanto al ámbito material de aplicación de la directiva. –Obligaciones que conlleva la directiva. –Sujetos obligados. –Contenido de las obligaciones de los agentes económicos. –El papel de los estados como vigilantes del cumplimiento de la directiva. –Exenciones. –Plazo de transposición. –Normas nacionales afectadas por la directiva.

INTRODUCCIÓN

El 2 de diciembre de 2015, la Comisión Europea publicó una propuesta de directiva que establecía los requisitos mínimos europeos de accesibilidad de determinados productos y servicios. Esta propuesta se enmarcaba dentro de la Estrategia Europea de Discapacidad 2010-2020.

La Directiva finalmente adoptada el día 17 de abril de 2019 parte de la siguiente base (considerando 5 y artículo 1): “las disparidades existentes entre las disposiciones

legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de accesibilidad de productos y servicios para personas con discapacidad constituyen obstáculos a la libre circulación de productos y servicios y distorsionan la competencia efectiva en el mercado interior...”.

En efecto, el objetivo de la presente Directiva no es otro que (considerando 1) “contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior aproximando las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en lo relativo a los requisitos de accesibilidad de determinados productos y servicios, en particular, eliminando y evitando los obstáculos a la libre circulación de determinados productos y servicios accesibles, derivados de las divergencias en los requisitos de accesibilidad en los Estados miembros...”. Con ello, “se mejoraría la disponibilidad de productos y servicios accesibles en el mercado interior y aumentaría la accesibilidad de la información pertinente.”

Y es que, continúa señalando la Directiva (considerando 2), “la demanda de productos y servicios accesibles es alta y se prevé que el número de personas con discapacidad crecerá de manera importante. Un entorno en el que los productos y servicios son más accesibles permite que la sociedad sea más inclusiva y facilita la vida autónoma de las personas con discapacidad...”

“La presente Directiva (Considerando 3) define el concepto de personas con discapacidad en consonancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En la Convención se declara que las personas con discapacidad «incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». La presente Directiva promueve su participación equitativa, plena y efectiva, mediante la mejora del acceso a los principales productos y servicios que, bien mediante su concepción inicial, bien mediante su posterior adaptación, están dirigidos a las necesidades especiales de las personas con discapacidad”.

Nos encontramos, por consiguiente, con una Directiva para contribuir a la realización de uno de los principales objetivos de la Unión Europea, que es garantizar la libre circulación de determinados productos y la libre prestación de determinados servicios, así como una participación equitativa, plena y efectiva, mediante la mejora del acceso a los principales productos y servicios de las personas con discapacidad, en suma, la libre competencia entre los agentes económicos que intervienen.

La base jurídica enunciada en la propia Directiva es, en particular, el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es decir, el que habilita a la Unión la adopción de “medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”. Mercado interior que se define (Art. 26.2 TFUE) como un “un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”.

No se utilizó como base jurídica el artículo 19 del TFUE, que habilita a la Unión para “adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.” Esta base (antiguo artículo 13 del TCE), sin embargo, fue la empleada para aprobar la Directiva 2000/78/CE, sobre igualdad en materia de empleo y ocupación.

Por ello, solo de forma secundaria, se vislumbran en la Directiva metas en materia social, de igualdad, no discriminación y ejercicio pleno de derechos de las personas con discapacidad, y cuando se habla de las mismas se hace de forma subordinada al objetivo principal, la circulación de productos y servicios, en este caso para que cumplan requisitos de accesibilidad, con el fin de mejorar la libre competencia, siendo esta la que tendrá luego efectos benéficos para las personas con discapacidad, entendidas más como consumidores y usuarios con necesidades específicas que como ciudadanos sujetos de derechos a una vida plena. No se utiliza en la Directiva el concepto de accesibilidad universal entendiéndolo como la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, 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. Sin embargo, sí hace referencia a la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

Así, se mencionan (considerando 17) referencias a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y a la Comunicación de la Comisión de 15 de noviembre de 2010 titulada «Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, como compromiso renovado para una Europa sin barreras», cuando señala la accesibilidad como uno de sus ocho ámbitos de actuación, indicando que se trata de una condición previa básica para la participación en la sociedad y persigue garantizar la accesibilidad de los productos y servicios.

Y, asimismo, en el considerando 103, al recordar que la Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en especial, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular el objetivo de garantizar el pleno respeto de los derechos de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas diseñadas para garantizar su autonomía, su integración (la nueva normativa, hace referencia a la inclusión, habiendo superado el concepto de integración) social y profesional y su participación en la vida de la comunidad, y fomentar la aplicación de los artículos 21, 25 y 26 de la citada Carta.

No estamos, en suma, ante lo reclamada por el movimiento social de la discapacidad europea, aquella “Acta de Discapacidad” que cubriera el ámbito de derechos no amparado por la Directiva 2000/78/CE, sobre igualdad en materia de empleo y ocupación. Y, de ello, resulta tributaria la falta de ambición de esta Directiva. La Directiva que se esperaba hubiese sido muy similar a la Convención de Naciones Unidas o a la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social.

ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN: LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LAS QUE PRESENTAN LIMITACIONES FUNCIONALES

Se define el concepto de personas con discapacidad en consonancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (Art. 3.1)

También incluye, pero solo en el considerando 3, no en el articulado, a las personas que presentan limitaciones funcionales, como por ejemplo las personas mayores, las mujeres embarazadas o las personas que viajan con equipaje. Este hecho es importante puesto que si queremos dirigirnos a un diseño universal o diseño para todas las personas no estaríamos acotando a toda la población que pudiera beneficiarse de ello entendiéndolo como la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. (Art. 2 de la Convención y art. 2.1 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social).

LIMITACIONES EN CUANTO AL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA.

La determinación de los productos y servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva (Considerando 18) “se basa en un ejercicio de análisis que se

llevó a cabo durante la preparación de la evaluación de impacto, en la cual se determinaron los productos y servicios pertinentes para las personas con discapacidad y en relación con los cuales los Estados miembros han adoptado o van a adoptar probablemente requisitos de accesibilidad nacionales divergentes que alteran el funcionamiento del mercado interior.”

El ámbito material de aplicación se circunscribe a una lista cerrada de productos y servicios (Artículo 2).

I. PRODUCTOS que se introduzcan en el mercado con posterioridad *al 28 de junio de 2025*:

a) equipos informáticos de uso general de consumo y sistemas operativos para dichos equipos informáticos;

b) los siguientes terminales de autoservicio:

i) terminales de pago,

ii) los siguientes terminales de autoservicio dedicados a la prestación de servicios contemplados en la presente Directiva:

- cajeros automáticos,
- máquinas expendedoras de billetes,
- máquinas de facturación,
- terminales de autoservicio interactivos que faciliten información, con exclusión de los terminales instalados como partes integradas de vehículos, aeronaves, buques o material rodante;

c) equipos terminales de consumo con capacidad informática interactiva, utilizados para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas;

d) equipos terminales de consumo con capacidad de informática interactiva, utilizados para acceder a servicios de comunicación audiovisual.

e) lectores electrónicos.

II. SERVICIOS que se presten a los consumidores con posterioridad *al 28 de junio de 2025*:

a) servicios de comunicaciones electrónicas, a excepción de los servicios de transmisión utilizados para la prestación de servicios de máquina a máquina;

b) servicios que proporcionan acceso a los servicios de comunicación audiovisual;

c) los siguientes elementos de los servicios de transporte aéreo de viajeros, de transporte de viajeros por autobús, por ferrocarril y por vías navegables, salvo los servicios de transporte urbanos, suburbanos y regionales para los cuales serán de aplicación únicamente los elementos del inciso v):

i) sitios web,

ii) servicios mediante dispositivos móviles, incluidas las aplicaciones para dispositivos móviles,

iii) billetes electrónicos y servicios de expedición de billetes electrónicos,

iv) distribución de información sobre servicios de transporte, en particular información sobre viajes en tiempo real; en lo que respecta a las pantallas informativas, se limitará a las pantallas interactivas situadas dentro del territorio de la Unión, y

v) terminales de servicio interactivos situados dentro del territorio de la Unión, excepto los instalados como partes integradas en vehículos, aeronaves, buques y material rodante empleados para la prestación de cualquier parte de dichos servicios de transporte de viajeros;

d) servicios bancarios para consumidores;

e) libros electrónicos y sus programas especializados;

f) servicios de comercio electrónico.

La presente Directiva no es aplicable a los siguientes contenidos de sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles:

a) contenidos multimedia pregrabados de base temporal publicados antes del 28 de junio de 2025;

b) formatos de archivo de ofimática publicados antes del 28 de junio de 2025;

c) servicios de mapas y cartografía en línea, cuando la información esencial se proporcione de manera accesible digitalmente en el caso de mapas destinados a fines de navegación;

d) contenidos de terceros que no estén financiados ni desarrollados por el agente económico en cuestión ni estén bajo su control;

e) contenidos de sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles considerados como archivos, en el sentido de que contienen únicamente contenidos que no se actualizan ni editan después del 28 de junio de 2025.

III. Número único europeo de emergencia «112».

OBLIGACIONES QUE CONLLEVA LA DIRECTIVA

Los productos y servicios deben ajustarse a los requisitos de accesibilidad que se determinan en los anexos de la Directiva.

También se fijan una serie de criterios de rendimiento funcional relacionados con los modos de utilización de los productos y servicios, para el caso que los requisitos de accesibilidad no hagan referencia a una o más de las funciones o características específicas.

SUJETOS OBLIGADOS

Los agentes económicos deben ser responsables de la conformidad de los productos y servicios con los requisitos de accesibilidad.

Se consideran agentes económicos de los sectores público y privado sujetos a obligaciones en el marco de la Directiva:

- Fabricantes de productos.
- Importadores de productos.
- Distribuidores de productos.
- Prestadores de servicios.

CONTENIDO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS AGENTES ECONÓMICOS.

Para la evaluación de la conformidad de los productos, la presente Directiva debe seguir el módulo A (Control interno de la producción) del anexo II de la Decisión nº 768/2008/CE, que permite a los agentes económicos demostrar, y a las autoridades competentes garantizar, que los productos comercializados son conformes con los requisitos de accesibilidad sin imponer una carga injustificada.

El marcado CE, que indica la conformidad de un producto con los requisitos de accesibilidad establecidos en la presente Directiva, es el resultado visible de aquel proceso. Al colocar el marcado CE en un producto el fabricante declara que el producto cumple todos los requisitos de accesibilidad aplicables y que él asume la plena responsabilidad al respecto.

En el caso de los servicios, la información necesaria para evaluar la conformidad con los requisitos de accesibilidad establecidos en la presente Directiva debe facilitarse en las condiciones generales o en un documento equivalente.

EL PAPEL DE LOS ESTADOS COMO VIGILANTES DEL CUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA.

Los Estados son responsables de garantizar en sus territorios una vigilancia del mercado de los productos sólida y eficaz.

Los Estados deben comprobar la conformidad de los servicios con las obligaciones de la presente Directiva y hacer un seguimiento de las quejas o los informes sobre no conformidad para garantizar que se han tomado medidas correctoras.

Deben designar un organismo especializado para ejercer las obligaciones propias de las autoridades de vigilancia del mercado o de las autoridades responsables de verificar la conformidad de los servicios.

Las sanciones deben ser adecuadas en relación con el carácter de las infracciones y con las circunstancias, de manera que no sirvan como alternativa al cumplimiento por los agentes económicos de la obligación de que sus productos o servicios sean accesibles.

Los Estados miembros deben velar, de conformidad con el Derecho vigente de la Unión, que se hayan establecido mecanismos alternativos de resolución de controversias que permitan resolver cualquier presunto incumplimiento de la presente Directiva antes de que se interponga una demanda ante los tribunales o los organismos administrativos competentes.

Los Estados miembros (Art. 4.4 Requisitos de Accesibilidad) podrán decidir, en función de las condiciones nacionales, si el entorno construido utilizado por los clientes de los servicios objeto de la presente Directiva deben cumplir los requisitos de accesibilidad que figuran en el anexo III, con el fin de maximizar su uso por personas con discapacidad.

EXENCIONES

Las microempresas estarán exentas de cumplir los requisitos de accesibilidad en materia de prestación de servicios.

Se consideran microempresas aquellas que empleen a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o balance anual no supera los 2 millones de euros.

PLAZO DE TRANSPOSICIÓN

Los Estados miembros adoptaran y publicaran, a más tardar el 28 de junio de 2022, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Comunicaran inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones.

La aplicación de dichas disposiciones nacionales se produce a partir del 28 de junio de 2025.

NORMAS NACIONALES AFECTADAS POR LA DIRECTIVA

A continuación, se facilita un cuadro que relaciona cada productos o servicios con las normas nacionales que deberán ser objeto de revisión a efectos de la tarea de transposición.

PRODUCTOS	NORMATIVA NACIONAL
Equipos y sistemas operativos informáticos.	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.
Terminales de autoservicio: terminales de pago	NO encontrada.
Terminales de autoservicio vinculados a los servicios cubiertos por la Directiva	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico· Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea y Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario· Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social. Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad. <i>Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.</i>

Terminales de autoservicio (cajeros automáticos)	NO encontrada.
Equipos terminales de consumo con capacidad informática interactiva, utilizados para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.	<p>Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.</p> <p><i>Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.</i></p>
Equipos terminales de consumo con capacidad de informática interactiva, utilizados para acceder a servicios de comunicación audiovisual.	<p>Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.</p> <p>Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.</p>
SERVICIOS	NORMATIVA NACIONAL
Servicios de comunicaciones electrónicas	<p>Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.</p>
Servicios que proporcionan acceso a los servicios de comunicación audiovisual	<p>Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.</p> <p>Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal.</p> <p>Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.</p>

<p>Elementos de los servicios de transporte aéreo de viajeros, de transporte de viajeros por autobús, por ferrocarril y por vías navegables</p>	<p>Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea y Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario. Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad.</p>
<p>Servicios bancarios para consumidores.</p>	<p>Diversas normas sobre protección de la clientela: https://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/</p>
<p>Libros electrónicos y sus programas especializados.</p>	<p>Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas.</p>
<p>Servicios de comercio electrónico.</p>	<p>Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.</p>
<p>Número único europeo de emergencia 112</p>	<p>Real Decreto 903/1997 de 16 de junio por el que se regula el acceso mediante redes de telecomunicaciones al servicio de atención de llamadas de urgencia a través del número telefónico 112.</p>

MATERIALES

////////////////////////////////////
**PROPUESTA DEL CERMI DE PROPOSICIÓN DE LEY MODIFICACIÓN
DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE
LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL,
APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013, DE 29 DE NO-
VIEMBRE, PARA ESTABLECER Y REGULAR LA ACCESIBILIDAD
COGNITIVA Y SUS CONDICIONES DE EXIGENCIA Y APLICACIÓN
(2018)**

La accesibilidad es una condición previa para que las personas con discapacidad, hombres y mujeres, puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones¹.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establecen claramente el derecho de acceso como parte del derecho internacional de los derechos humanos. La accesibilidad debe considerarse una reafirmación, desde el punto de vista específico de la discapacidad, del aspecto social del derecho al acceso².

¹ Observación General 2 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas sobre accesibilidad. Párrafo 1.

² Observación General 2 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas sobre accesibilidad. Párrafo 4.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en vigor desde el 3 de mayo de 2008, establece en su artículo 9 que es “*obligación de los Estados Partes adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, [...] a la información y a las comunicaciones*” así como a “*dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en formatos de fácil lectura y comprensión*”. Igualmente, establece la “*obligación de promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información*”.

Asimismo, “[l]a información y la comunicación deben estar disponibles en formatos fáciles de leer y modos y métodos aumentativos y alternativos para las personas con discapacidad que utilizan esos formatos, modos y métodos”³. Además, en su artículo 2, relativo a definiciones auténticas, el Tratado internacional dispone que “*a los efectos de la presente Convención [...], <<la comunicación>> incluirá el lenguaje sencillo*”, terminología que equivale a la consolidada en lengua española de “Lectura Fácil”.

España dispone de legislación relacionada con la accesibilidad universal desde el año 2003, en virtud de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU, en adelante), que posteriormente queda subsumida e integrada junto con otras ordenaciones legales (Ley 13/1982, de 7 de abril y Ley 49/2007, de 26 de diciembre) en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

No obstante, a pesar de que han transcurrido quince años desde la aprobación de la LIONDAU, las personas con dificultades de comprensión y comunicación, todavía se enfrentan a diario a entornos cognitivamente no accesibles caracterizados por la presencia de barreras técnicas y ambientales, barreras de un entorno que se encuentran bajo el pleno control de la sociedad⁴.

La legislación que existe no resulta suficientemente explícita, ya que, en la práctica, la accesibilidad cognitiva no ha sido considerada a la hora de desarrollar e instaurar

³ Observación General 2 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas sobre accesibilidad. Párrafo 21.

⁴ Observación General 2 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas sobre accesibilidad. Párrafo 3.

actuaciones relacionadas con la accesibilidad universal. Resulta patente, pues, el déficit normativo sobre accesibilidad cognitiva que es menester reparar efectuando modificaciones legales que otorguen un estatuto legislativo a esta dimensión irrenunciable de la accesibilidad universal.

Esta cuestión ya fue consignada en el año 2011 en las Observaciones finales a España, del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad cuando recordó *“que el artículo 9 de la Convención exige a los Estados que garanticen el acceso a la información y a las comunicaciones⁵.”*

En la vida comunitaria, esta falta de desarrollo, tiene graves consecuencias en la vida de las personas porque impide u obstaculiza el que un gran número de personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y que participen plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás.

Así lo destaca la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en su Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad, en cuyo punto 7 asevera: *“La no discriminación (art. 5) y la accesibilidad (art. 9) son esenciales para que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.”*

Se impone, por tanto, abordar la reforma del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a fin de garantizar de forma efectiva la accesibilidad cognitiva de las personas con dificultades de comprensión y comunicación del entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones a disposición o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

Esta modificación legal, que robustecerá el ejercicio de los derechos y la participación comunitaria en mayor plenitud por parte de un numeroso grupo de personas con discapacidad, trasciende además a este sector social, extendiendo sus efectos benéficos y de mejora colectiva a otros segmentos de la comunidad como las personas

⁵CRPD/C/ESP/CO/1 Párrafo 27

mayores, personas visitantes o residentes en el país que no conocen suficientemente las lenguas oficiales y personas con reducido nivel de alfabetización, entre otros.

La sociedad civil articulada en torno a la discapacidad viene reclamando con insistencia al Legislador que emprenda acciones para dotar a la accesibilidad cognitiva de plenas garantías por medio, en primer término, de la debida ordenación normativa, demanda cívica que con esta modificación legal se da cumplida respuesta.

La reforma legal consta de un artículo único que incluye la modificación y la adición de diversos artículos del Real Decreto Legislativo 1/2013.

Se modifica, así, el artículo 2 sobre definiciones, al que se incorporan dos nuevas letras l) y ñ), que introducen las definiciones de accesibilidad cognitiva y de Lectura Fácil según la redacción de la recientemente aprobada norma “UNE 153101:2018 EX-Lectura Fácil. Pautas y recomendaciones para la elaboración de documentos”.

Se modifica el artículo 5 sobre el ámbito de aplicación de la Ley con la finalidad de aclarar de forma explícita que la accesibilidad cognitiva se encuentra incluida dentro de cualquier referencia a la accesibilidad universal. Ello lleva consigo que queda establecida la obligación de adoptar medidas específicas para garantizar la accesibilidad cognitiva en todos los ámbitos que la Ley enumera.

En consecuencia, se modifica el apartado 1 del artículo 23, para añadir que la obligación del Gobierno de regular las condiciones de accesibilidad y no discriminación, incluye la obligación de determinar y regular estas condiciones cuando de accesibilidad cognitiva se trata.

Se modifica el apartado 2.c) del artículo 23 para incluir dentro de los apoyos complementarios la Lectura Fácil.

Se introduce un nuevo artículo 29 bis para establecer lo que debe considerarse como condiciones básicas de accesibilidad cognitiva, así como para prever su posterior desarrollo normativo a través de un reglamento específico de ejecución. Dicho artículo concreta cuáles deberán ser los ámbitos sobre los que se habrán de proyectar detalladamente estas condiciones básicas.

Dicho artículo 29 también establece un plazo de dos años para la realización de estudios integrales sobre accesibilidad cognitiva previos al desarrollo normativo.

Se modifica la disposición adicional tercera con la adición de un nuevo apartado 3 que establece los supuestos y plazos máximos de exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva.

Se modifica la disposición adicional tercera con el añadido de un nuevo apartado 3 que establece el plazo de dos años desde la aprobación de la presente Ley para que se produzca la aprobación del reglamento de condiciones básicas de accesibilidad.

Se añade una Disposición adicional primera en la que se prevé que, en el plazo de dos años desde la aprobación de la Ley, el Gobierno de España deberá aprobar un Plan Nacional de Promoción de la Accesibilidad Cognitiva con vigencia 2020-2025.

Se añade una Disposición adicional segunda que crea el Centro de Referencia Estatal de Accesibilidad Cognitiva como organismo dependiente del Real Patronato sobre Discapacidad con la finalidad de realizar estudios, investigaciones, fomentar la generación y transferencia de conocimiento, la formación y cualificación, el registro y extensión de buenas prácticas, la observación de la realidad y las tendencias, las acciones de prospectiva, el seguimiento y la evaluación, y en general la promoción y fomento de todo lo relativo a la accesibilidad cognitiva en España.

Se incluye una disposición final primera que establece que la Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1ª de la Constitución Española.

Se añade una nueva disposición final segunda, que prevé que en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la ley, el Gobierno deberá modificar el Estatuto del Real patronato sobre Discapacidad para regular las atribuciones, estructura, tareas y funcionamiento del Centro de Referencia Estatal de Accesibilidad Cognitiva.

Se añade una disposición final tercera que habilita al Gobierno para la publicación de cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de la ley.

Y, por último, se agrega una disposición adicional cuarta, que establece que la ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Artículo único. Modificación del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

El Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, queda modificado del siguiente modo:

Uno. Se modifica el artículo 2, sobre definiciones, al que se incorporan dos nuevas letras l) y ñ) con la siguiente redacción:

<<l) Accesibilidad cognitiva: Característica de los entornos, procesos, actividades, bienes, productos, servicios, objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos que permiten la fácil comprensión y la comunicación.⁶>>

<<ñ) Lectura Fácil: Método que aplica un conjunto de pautas y recomendaciones relativas a la redacción de textos, al diseño y maquetación de documentos y a la validación de la comprensibilidad de los mismos, destinada a hacer accesible la información a las personas con dificultades de comprensión lectora.⁷>>

Dos. Se modifica el artículo 5, sobre el ámbito de aplicación que quedaría con la siguiente redacción:

<<Artículo 5. Ámbito de aplicación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

Las medidas específicas para garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal, incluida la accesibilidad cognitiva, se aplicarán, además de a los derechos regulados en el Título I, en los ámbitos siguientes:

- a) Telecomunicaciones y sociedad de la información.
- b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.
- c) Transportes.
- d) Bienes y servicios a disposición del público.
- e) Relaciones con las administraciones públicas.
- f) Administración de justicia.

⁶ Acuerdo de definición de la Subcomisión de accesibilidad cognitiva del CERMI Estatal.

⁷ Definición consensuada por las organizaciones participantes en la Norma experimental UNE de Lectura Fácil.

- g) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico, siempre con el propósito de conciliar los valores de protección patrimonial y de acceso, goce y disfrute por parte de las personas con discapacidad.
- h) Empleo.>>

Tres. El apartado 1 del artículo 23 queda redactado en los siguientes términos:

<< 1. El Gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y a las entidades locales, regulará las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen los mismos niveles de igualdad de oportunidades a todas las personas con discapacidad.

Toda referencia a accesibilidad en esta Ley se entiende que incluye la accesibilidad cognitiva.

Dicha regulación será gradual en el tiempo y en el alcance y contenido de las obligaciones impuestas, y abarcará a todos los ámbitos y áreas de las enumeradas en el artículo 5.>>

Cuatro. La letra c) del apartado 2 del artículo 23 queda redactada del siguiente modo:

<<c) Apoyos complementarios, tales como ayudas económicas, productos y tecnologías de apoyo, servicios o tratamientos especializados, otros servicios personales, así como otras formas de apoyo personal o animal. En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, braille, Lectura Fácil, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas de apoyos a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación.>>

Cinco. Se introduce un nuevo artículo, 29 bis, con el siguiente texto:

<<Artículo 29 bis. Condiciones básicas de accesibilidad cognitiva.

1. Las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva son el conjunto sistemático, integral y coherente de exigencias, requisitos, normas, parámetros y pautas que se consideran precisos para asegurar el acceso y la interacción a todos los entornos, productos, bienes y servicios, así como a los procesos y procedimientos, a las personas con discapacidades de carácter cognitivo o que afecten a la cognición.

Estas condiciones básicas, que serán objeto de desarrollo normativo de detalle por medio de un reglamento específico de ejecución, se extenderán a todos los ámbitos a los que se refiere el artículo 5 de la presente Ley, por resultar precisas para promover el desarrollo humano y la máxima autonomía individual de las personas con discapacidades cognitivas, y en especial a los siguientes:

- a) Productos y servicios relacionados con la sociedad de la información, las telecomunicaciones y los medios de comunicación social.
- b) Los espacios públicos urbanizados y la edificación.
- c) Normativa técnica de edificación.
- d) Los medios de transportes.
- e) Las relaciones con las administraciones públicas.
- f) Las relaciones con la administración de Justicia.
- g) El acceso y la utilización de los bienes y servicios a disposición del público.
- h) Los procesos electorales y la participación política.

Estas condiciones serán exigibles en los plazos y términos establecidos reglamentariamente.

No obstante, las condiciones previstas anteriormente serán exigibles de acuerdo con las condiciones y plazos máximos previstos en la disposición adicional tercera.

2. En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno habrá realizado estudios integrales sobre la accesibilidad cognitiva, en lo que se considere más relevante en los ámbitos particulares citados en el apartado 1 letras “a” a “h”.>>

Seis. Se modifica la disposición adicional tercera, a la que se adiciona un nuevo apartado, 3, con el siguiente texto:

<<Disposición adicional tercera. Exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación.

(...)

3. Los supuestos y plazos máximos de exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva serán en todo caso los siguientes para cada uno de los siguientes ámbitos:

- a) Para el acceso y utilización de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y de cualquier medio de comunicación social:

Productos y servicios nuevos, incluidas las campañas institucionales que se difundan en soporte audiovisual: 4 de diciembre de 2021.

Productos y servicios existentes el 4 de diciembre de 2018, que sean susceptibles de ajustes razonables: 4 de diciembre de 2021.

Para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones:

Espacios y edificaciones nuevos: 4 de diciembre de 2021.

Espacios y edificaciones existentes el 4 de diciembre de 2018, que sean susceptibles de ajustes razonables: 4 de diciembre de 2021.

c) Para el acceso y utilización de los medios de transporte:

Infraestructuras y material de transporte nuevos: 4 de diciembre de 2021.

Infraestructuras y material de transporte existentes el 4 de diciembre de 2018, que sean susceptibles de ajustes razonables: 4 de diciembre de 2021.

d) Los que deberán reunir las oficinas públicas, dispositivos y servicios de atención al ciudadano y aquellos de participación en los asuntos públicos, incluidos los relativos a la Administración de Justicia y a la participación en la vida política y los procesos electorales:

Entornos, productos y servicios nuevos: 4 de diciembre de 2018.

Corrección de toda disposición, criterio o práctica administrativa discriminatoria: 4 de diciembre de 2018.

Entornos, productos y servicios existentes el 4 de diciembre de 2018 y toda disposición, criterio o práctica: 4 de diciembre de 2021.

e) Bienes y servicios a disposición del público.

Bienes y servicios nuevos que sean de titularidad pública: Desde la entrada en vigor del real decreto que regule las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.

Bienes y servicios nuevos que sean de titularidad privada que concierten o suministren las administraciones públicas: Desde la entrada en vigor del real decreto que regule las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.

Bienes y servicios nuevos que sean de titularidad privada y que no concierten o suministren las administraciones públicas: 4 de diciembre de 2021.

Bienes y servicios existentes el 4 de diciembre de 2018, que sean susceptibles de ajustes razonables, cuando sean bienes y servicios de titularidad pública: 4 de diciembre de 2021.

Bienes y servicios existentes el 4 de diciembre de 2018, que sean susceptibles de ajustes razonables, cuando sean bienes y servicios de titularidad privada que concierten o suministren las administraciones públicas: 4 de diciembre de 2021.

Bienes y servicios existentes el 4 de diciembre de 2018, que sean susceptibles de ajustes razonables, cuando sean bienes y servicios de titularidad privada que no concierten o suministren las administraciones públicas: 4 de diciembre de 2023.>>

Siete. Se modifica la disposición final tercera, que queda en estos términos:

<<Disposición final tercera. Desarrollo reglamentario.

1. El Gobierno, previa consulta al Consejo Nacional de Discapacidad y a las comunidades autónomas, dictará cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de esta ley.

2. En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno aprobará unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, según lo previsto en el artículo 29, para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad.

3. En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley de modificación de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social que introduce este apartado 3 en su disposición adicional tercera, el Gobierno aprobará unas condiciones básicas de accesibilidad cognitiva, según lo previsto en el artículo 29 bis.>>

Disposición adicional primera. Plan Nacional de Accesibilidad Cognitiva

En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno, previa consulta con el Consejo Nacional de la Discapacidad, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y los interlocutores sociales, aprobará un Plan Nacional de Promoción de la Accesibilidad Cognitiva, con vigencia para el período temporal 2020-2025.

Disposición adicional segunda. Centro de Referencia Estatal de Accesibilidad Cognitiva

Se crea en el seno del organismo autónomo Real Patronato sobre Discapacidad, como estructura de él dependiente, el Centro de Referencia Estatal de Accesibilidad Cognitiva concebido como instrumento de la Administración General del Estado para el estudio, la investigación, la generación y transferencia de conocimiento, la formación y cualificación, el registro y la extensión de buenas prácticas, la promoción de normativa técnica, la observación de la realidad y las tendencias, las acciones de prospectiva, el seguimiento y la evaluación, y en general la promoción y fomento de todo lo relativo con la accesibilidad cognitiva en España.

Este Centro dispondrá de una Consejo Asesor en el que tendrá presencia la sociedad civil, a través de las organizaciones más representativas de personas con discapacidad y sus familias con interés más directo en la accesibilidad cognitiva.

Disposición final primera. Título competencial

Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1.ª de la Constitución.

Disposición final segunda. Modificación del Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad

El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley, modificará el Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad, para regular en el mismo las atribuciones, estructura, tareas y funcionamiento del Centro de Referencia Estatal de Accesibilidad Cognitiva al que se refiere la disposición adicional segunda de esta ley.

Disposición final tercera. Desarrollo reglamentario

El Gobierno, previa consulta al Consejo Nacional de Discapacidad y a las comunidades autónomas, dictará cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de esta ley.

Disposición final cuarta. Entrada en vigor

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

