

# A/22/ ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD

Revista científica de Derecho de la Discapacidad  
N.º Especial, julio 2022, Año VII

## NOTA INTRODUCTORIA

Esperanza Alcaín Martínez

## PONENCIAS DEL III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

Los ajustes de procedimiento en el discurso de los derechos  
Rafael de Asís

Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para las  
personas con discapacidad  
Torcuato Recover Balboa

El sistema de apoyos a la persona con discapacidad como  
garantía del derecho-deber a la participación en el tribunal  
del jurado  
Esperanza Alcaín Martínez

La desinstitucionalización de personas con discapacidad  
como parte del derecho a la inclusión, visión académica  
Agustín Huete García

La desinstitucionalización de las personas con discapacidad  
como parte del derecho a la inclusión en la comunidad,  
visión social  
Gregorio Saravia Méndez

La desinstitucionalización de las personas con discapacidad  
como parte del derecho a la inclusión en la comunidad,  
visión política  
Mercedes López Romero

La protección jurídica de la infancia con discapacidad en  
España  
María José Alonso Parreño

Tres problemas de la legislación sobre protección de los  
derechos de las personas con discapacidad  
Juan Carlos Iturri Gárate

Nivel de vida adecuado de las personas con discapacidad.  
Compatibilidad entre actividad laboral y prestaciones de la  
Seguridad Social  
Miguel Ángel Cabra de Luna

Europa, construyendo inclusión. Políticas de protección y  
promoción de los derechos de las personas con discapaci-  
dad en la Unión Europea  
Pilar Villarino Villarino

La discapacidad en la Unión Europea  
Rosa Estarás Ferragut

La reforma del artículo 49 de la Constitución  
José Antonio Montilla Martos

Fundamentos del Derecho de la Discapacidad  
Rafael de Lorenzo García

## COMUNICACIONES DEL III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD



## Contacto

Anales de Derecho y Discapacidad  
Calle Recoletos, 1 Bajo – 28001 Madrid - España  
coordinacion@fderechoydiscapacidad.es  
<http://www.fderechoydiscapacidad.es/anales/>

### **Comité de Dirección de la Revista *Anales de Derecho y Discapacidad***

Luis Cayo Pérez Bueno, *Presidente*.

Rafael de Lorenzo García, *Director*.

Beatriz de Miguel Vijandi, *Coordinadora*.

Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *Editor*.

Esperanza Alcaín, *Doctora en Derecho*.

Paula Pérez Sánchez, *Secretaria de Redacción*.

### **Consejo Editorial de la Revista *Anales de Derecho y Discapacidad***

Luis Cayo Pérez Bueno, *Presidente*.

Rafael de Lorenzo García, *Director*.

Beatriz de Miguel Vijandi, *Coordinadora*.

Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *Editor*.

Esperanza Alcaín, *Doctora en Derecho*.

Isabel Martínez Lozano, *Presidenta de Help Age España*.

Paulino Azúa Berra, *Delegado del CERMI de Innovación y Cooperación Asociativas*.

Eduardo Díaz Velázquez, *Doctor y Profesor de Sociología, Universidad de Alcalá*.

Jesús Hernández Galán, *Doctor Ingeniero, Director de Accesibilidad e Innovación de la Fundación ONCE*.

Fernando Pindado García, *Doctor en Derecho, Letrado*.

Francisco Bariffi, *Doctor en Derecho, Profesor e Investigador*.

Pilar Rodríguez Rodríguez, *Presidenta de la Fundación Pilares*.

Ana Peláez Narváez, *Vicepresidenta del Comité de Naciones Unidas sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer*.

Mercedes de Prada, *Directora Académica del Centro de Estudios Garrigues, Universidad Europea de Madrid*.

Elva Rodríguez, *Doctora en Derecho*.

Patricia Cuenca, *Doctora en Derecho*.

### **Comité Científico del III Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad (Granada, 24-26 de noviembre de 2021)**

Rafael de Lorenzo García, *Presidente*.

Beatriz de Miguel Vijandi, *Secretaria*.

María José Romero Ródenas, *Vocal*.

Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *Vocal*.

Rafael de Asís Roig, *Vocal*.

María Jesús Aranda Lasheras, *Vocal*.

Rosa María Díaz Jiménez, *Vocal*.

Óscar Moral Ortega, *Vocal*.

# A/22/ ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD

*Revista científica de Derecho de la Discapacidad*  
N.º Especial, julio 2022, Año VII

---

## ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD



Ediciones Cinca

**A/22/** ANALES  
DE DERECHO  
Y DISCAPACIDAD  
*Revista científica de Derecho de la Discapacidad*  
N.º Especial, julio 2022, Año VII

Con el apoyo de:



PRIMERA EDICIÓN: julio, 2022.

© DE ESTA EDICIÓN: Fundación Derecho y Discapacidad y CERMI, 2022.

© DE LOS TEXTOS: 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](http://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](mailto:grupoeditorial@edicionescinca.com)

[www.edicionescinca.com](http://www.edicionescinca.com)

DEPÓSITO LEGAL: M-29016-2016

ISSN: 2530-4011

**NOTA INTRODUCTORIA**

Esperanza Alcaín Martínez

**PONENCIAS**

Rafael de Asís

Torcuato Recover Balboa

Esperanza Alcaín Martínez

Agustín Huete García

Gregorio Saravia Méndez

Mercedes López Romero

María José Alonso Parreño

Juan Carlos Iturri Gárate

Miguel Ángel Cabra de Luna

Pilar Villarino Villarino

Rosa Estarás Ferragut

José Antonio Montilla Martos

Rafael de Lorenzo García

**COMUNICACIONES**

Francisco Javier Fernández Orrico

Carlos de Fuentes G.ª Romero de Tejada

Segundo Valmorisco Pizarro

Lluis Pérez Losa

Andrés Labella Iglesias

José Antonio Rueda Monroy

Eduardo Sánchez Álvarez

Adrián García Pacios

María Honrubia

Esther Sánchez

Marina Romeo

Fernando Barbancho

Monserrat Yepes-Baldó

Antonio José Cabello

Miguel Santiuste

Iván García

Daniel Grande

Jessica Molina

Sergio Madero

Andrei Nicolae

Celia Prados García

Nuria Pastor Palomar

Javier Martínez Calvo

Mercedes de Prada Rodríguez

Miriam Martínez Pérez

Ángel Bravo del Valle

Carlos Fernández Pascual



## ÍNDICE

NOTA INTRODUCTORIA	
Esperanza Alcáin Martínez .....	11
PONENCIAS DEL III CONGRESO NACIONAL DE DE- RECHO DE LA DISCAPACIDAD	
LOS AJUSTES DE PROCEDIMIENTO EN EL DIS- CURSO DE LOS DERECHOS	
Rafael de Asís .....	15
ACCESO A LA JUSTICIA: AJUSTES DE PROCEDI- MIENTO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	
Torcuato Recover Balboa .....	23
EL SISTEMA DE APOYOS A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO GARANTÍA DEL DERE- CHO-DEBER A LA PARTICIPACIÓN EN EL TRIBU- NAL DEL JURADO	
Esperanza Alcáin Martínez .....	37
LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PARTE DEL DERE- CHO A LA INCLUSIÓN, VISIÓN ACADÉMICA	
Agustín Huete García .....	61
LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS PERSO- NAS CON DISCAPACIDAD COMO PARTE DEL DE- RECHO A LA INCLUSIÓN EN LA COMUNIDAD, VISIÓN SOCIAL	
Gregorio Saravía Méndez .....	77
LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS PERSO- NAS CON DISCAPACIDAD COMO PARTE DEL DE- RECHO A LA INCLUSIÓN EN LA COMUNIDAD, VISIÓN POLÍTICA	
Mercedes López Romero .....	107



LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA INFANCIA CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA María José Alonso Parreño .....	115
TRES PROBLEMAS DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Juan Carlos Iturri Gárate .....	133
NIVEL DE VIDA ADECUADO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. COMPATIBILIDAD ENTRE ACTIVIDAD LABORAL Y PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Miguel Ángel Cabra de Luna .....	159
EUROPA, CONSTRUYENDO INCLUSIÓN. POLÍTICAS DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA Pilar Villarino Villarino .....	189
LA DISCAPACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA Rosa Estaràs Ferragut .....	201
LA REFORMA DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN José Antonio Montilla Martos .....	211
FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD Rafael de Lorenzo García .....	227
COMUNICACIONES DEL III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD	
COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO COMO ACCIÓN POSITIVA DE INSERCIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Francisco Javier Fernández Orrico .....	235
CINCUENTA AÑOS DE LA POLÍTICA DE EMPLEO PARA LA INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. BALANCE Y RETOS DE FUTURO Carlos de Fuentes G. <sup>º</sup> Romero de Tejada Segundo Valmorisco Pizarro .....	251

HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA LEY 8/2021 Lluis Pérez Losa .....	273
LA PROPIEDAD HORIZONTAL COMO INSTRUMENTO PARA LOS APOYOS AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD Andrés Labella Iglesias .....	285
LA ACOTACIÓN SUBJETIVA EN LA CONFIGURACIÓN DE MEDIDAS DE TRATO DIFERENCIADO EN FAVOR DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR (PDI) CON DISCAPACIDAD José Antonio Rueda Monroy .....	301
EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LA CURATELA: ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS Eduardo Sánchez Álvarez y Adrián García Pacios ....	317
LA EDUCACIÓN SEXUAL COMO DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EJEMPLO DE EXPERIENCIA EDUCATIVA EN SEXUALIDAD DESARROLLADA EN UN TÍTULO UNIVERSITARIO PROPIO María Honrubia, Esther Sánchez, Marina Romeo, Fernando Barbancho y Montserrat Yepes-Baldó .....	333
FUNDAMENTOS LEGALES, DERECHOS Y CIUDADANÍA RESPONSABLE. EXPERIENCIA FORMATIVA DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA DIRIGIDA A PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL María Honrubia, Esther Sánchez, Marina Romeo, Fernando Barbancho y Montserrat Yepes-Baldó .....	347
FORMACIÓN JURÍDICA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL. REALIDAD Y EXPECTATIVAS DE FUTURO Antonio José Cabello, Miguel Santiuste, Iván García, Daniel Grande, Jessica Molina, Sergio Madero y Andrei Nicolae .....	355

REFORMA CIVIL Y PENAL EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA Y DERECHOS REPRODUCTIVOS Celia Prados García .....	369
ESPAÑA Y SUS OBJECIONES A DETERMINADAS RESERVAS FORMULADAS A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Nuria Pastor Palomar .....	385
PUBLICIDAD DE LAS MEDIDAS DE APOYO: EL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y LA PROTECCIÓN DEL TRÁFICO JURÍDICO Javier Martínez Calvo .....	397
EL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD COMO UNA RAMA AUTÓNOMA DEL DERECHO: LA APLICACIÓN PRÁCTICA EN LA CLÍNICA JURÍDICA DEL CENTRO DE ESTUDIOS GARRIGUES Mercedes de Prada Rodríguez Miriam Martínez Pérez .....	407
LA NECESARIA IMPLANTACIÓN DE PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN COLEGIALES EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES CONTRA PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Ángel Bravo del Valle .....	425
¿QUÉ DEBEMOS PEDIR EN LAS SOLICITUDES DE PROVISIÓN DE APOYOS? Carlos Fernández Pascual .....	437

## NOTA INTRODUCTORIA

**Esperanza Alcaín Martínez**

**Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada**

**Patrona de la Fundación Derecho y Discapacidad**

////////////////////////////////////  
Con el título “El Derecho de la Discapacidad: una disciplina jurídica transversal” se celebró el III Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad (Granada, 24, 25 y 26 de noviembre de 2021) organizado por CERMI Estatal y la Fundación Derecho y Discapacidad.

Se reunieron 250 juristas, profesionales y estudiantes que abordaron temas relevantes para el sector de la discapacidad, aportando una valoración crítica y práctica de la realidad, así como propuestas para continuar en la implantación real y efectiva de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En este número de *Anales de Derecho y Discapacidad*, se reúnen la mayoría de las ponencias y comunicaciones que se presentaron y que responden al principal objetivo marcado: evidenciar que el Derecho de la Discapacidad es una rama autónoma del ordenamiento jurídico plenamente consolidada y asentada sobre bases jurídicas sólidas. El enfoque holístico y transversal que la discapacidad tiene en todos los ámbitos (social, sanitario, tecnológico, político, etc.) también se contempla en el ámbito jurídico, siendo el Derecho de la Discapacidad la disciplina que cumple entre sus funciones, la coordinación y conexión de los distintos sectores del Derecho, así como la cohesión tanto en disciplinas de Derecho público como de Derecho privado.

La definición que nos ofrecían De Lorenzo García y Pérez Bueno en la obra “Fundamentos del Derecho de la Discapacidad” publicada por Thomson Reuters Aranzadi en 2020, nos sitúa en el punto de partida: «*Un área específica del conocimiento del Derecho para su estudio y divulgación y un ámbito de aplicación práctica y material de ese bloque normativo que debe proveernos de nuevas ópticas, metodologías, herramientas y enfoques para conseguir el objetivo perseguido que no es otro que me-*

*jorar cuantitativa y cualitativamente los niveles de protección jurídica, real y efectiva de las personas con discapacidad».*

Siguiendo estas pautas y objetivos, se estructuró el Programa del III Congreso en torno a los siguientes bloques aglutinadores de ponencias, conversatorios jurídicos y comunicaciones:

1. Operadores jurídicos y defensa de los derechos de las personas con discapacidad: el papel de la Abogacía.

2. Inteligencia artificial y derechos humanos de las personas con discapacidad.

3. Acceso a la Justicia: Ajustes de procedimiento para las personas con discapacidad.

4. La efectividad de las decisiones de los órganos de seguimiento de Tratados de derechos humanos en el ordenamiento español.

5. La desinstitucionalización de personas con discapacidad como parte del derecho a la inclusión en la comunidad.

6. La igualdad de las mujeres con discapacidad en el Derecho positivo español.

7. Violencia contra las mujeres: Respuestas jurídicas a la interseccionalidad de género y discapacidad.

8. La protección jurídica de la infancia con discapacidad.

9. Igual valor de la vida de las personas con discapacidad y personas mayores en el derecho a la salud y a la atención sanitaria.

10. Nivel de vida adecuado de las personas con discapacidad. Compatibilidad entre actividad laboral y prestaciones de la Seguridad Social.

11. Políticas de protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en la Unión Europea.

12. La reforma del artículo 49 de la Constitución Española.

13. Fundamentos del Derecho de la Discapacidad.

El fruto de la reflexión y estudio sobre la materia fue el desarrollo de un importante foro de debate para el Derecho de la Discapacidad. Se consolida una disciplina autónoma que nos permite a los operadores jurídicos seguir profundizando en la importancia de la especialidad y la transversalidad de los temas vinculados a la discapacidad, y a la vez, nos facilita conectar con todas las ramas del Derecho, siendo el Derecho de la Discapacidad el eje de cohesión. Todo ello reforzado por la praxis, el contexto sociológico y la realidad del movimiento asociativo.

Así quedó puesto de manifiesto con la presentación de relevantes líneas de trabajo e investigaciones jurídicas que el lector podrá valorar con su lectura en éste monográfico de *Anales de Derecho y Discapacidad*.

Finalizo, agradeciendo la inestimable contribución de todas las personas que participaron en el desarrollo del III Congreso: asistentes, ponentes, comunicantes, secretaria técnica, intérpretes de lengua de signos española, estenotipistas, así como a las entidades públicas y privadas colaboradoras.

Y muy especialmente, agradezco a la Fundación Derecho y Discapacidad, a su Presidente, Luis Cayo Pérez Bueno, al Secretario General, Rafael de Lorenzo García, y a mis compañeros del Patronato, por haberme otorgado la confianza para dirigir el III Congreso Nacional del Derecho de la Discapacidad junto al patrono Antonio-Luis Martínez-Pujalte, Comisionado de Congresos. Ha sido un honor para mi compartir con él la gestión de este Congreso, que ha movilizado a personas e ideas en pro de la garantía de los derechos de las personas con discapacidad.

Seguimos... Nos vemos en el IV Congreso Nacional del Derecho de la Discapacidad.

Granada, junio de 2022



# PONENCIAS DEL III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

**Rafael de Asís**

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universidad Carlos III de Madrid



## **LOS AJUSTES DE PROCEDIMIENTO EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS**

En este breve trabajo voy a defender dos tesis. La primera consiste en la posibilidad de referirse a los ajustes de procedimiento como derecho o como contenido esencial de un derecho fundamental; la segunda, se refiere a la posibilidad de entender los ajustes de procedimiento dentro de lo que en otros lugares he llamado eje de la accesibilidad.

Para ello comenzaré con una exposición de aquellos presupuestos que sientan las bases de estas dos ideas, para luego abordar lo que podemos entender como configuración jurídica de los ajustes de procedimiento.

### **1. PRESUPUESTOS PARA UNA COMPRESIÓN DE LOS AJUSTES DE PROCEDIMIENTO COMO DERECHO**

En este primer punto voy a dar cuenta de cuatro presupuestos que sirven de base a las dos tesis indicadas. Algunos de estos presupuestos se corresponden con ideas ampliamente aceptadas.

Así, el primer presupuesto no es otro que la consideración de que las personas con discapacidad son titulares de los derechos humanos. Se trata de una idea indiscutible pero que todavía conviene recordar, seguramente porque es relativamente reciente y porque no es tomada en serio por los operadores jurídicos ni por buena parte de la sociedad.



El segundo de los presupuestos tiene que ver con la existencia de un derecho de acceso a la justicia. El derecho de acceso a la justicia es un derecho humano universal presente, por ejemplo, en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o en el artículo 6,1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. También está en nuestra Constitución, concretamente en su artículo 24 referido a la tutela judicial efectiva. En este precepto, el acceso a la justicia no aparece de manera explícita, pero nuestro Tribunal Constitucional, en muchas de sus sentencias (sirva por todas la Sentencia 115/85 de 3 de diciembre) ha señalado como en el haz de derechos presentes en la tutela judicial efectiva está el acceso a la justicia (acceso a la jurisdicción).

El derecho de acceso a la justicia cobra especial relieve en relación con personas en situación de vulnerabilidad y está expresamente reconocido en el art. 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD):

“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.”

Así, como podrá observarse, este derecho, en la construcción de la CDPD posee dos dimensiones. La primera tiene que ver con la participación en la justicia y lo que viene a reconocer es el derecho de las personas con discapacidad a ser juez, fiscal, testigo, jurado, etc. La segunda se corresponde propiamente con el acceso a la jurisdicción. En este sentido, como no podría ser de otra forma, las personas con discapacidad tienen reconocido el derecho humano de acceso a la justicia, que es el derecho a la protección de mis derechos y sin cuya satisfacción todo el sistema de garantías de los derechos humanos se hace ineficaz. Un derecho que requiere, en todo caso, de la implicación de todos los agentes y operadores que intervienen en los procesos jurisdiccionales.

El tercero de los presupuestos consiste en subrayar que el acceso a la justicia forma parte de lo que en otros lugares he denominado como el eje de la accesibilidad, esto es, del marco general de los derechos de las personas con discapacidad. El eje de la accesibilidad (física, sensorial y cognitiva) se desenvuelve alrededor de dos grandes

exigencias convertidas en derechos: el diseño universal y los ajustes razonables. Como dice nuestra Ley 1/2013 de 29 de noviembre (Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), el diseño universal es “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”. Y según dispone esta misma Ley, los ajustes razonables son: “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

El eje de la accesibilidad exige que todos los productos, entornos, bienes, servicios y derechos sean accesibles de manera universal (diseño universal) y que cuando de manera justificada ello no haya sido posible, deberán entrar en juego los ajustes razonables como medida individual para lograr esa accesibilidad.

El cuarto y último presupuesto consiste en defender que los ajustes de procedimiento, tal y como nos dice la CDPD, forman parte del acceso a la justicia, al tratarse de adaptaciones y modificaciones de procedimientos jurídicos que permiten a las personas en situación de vulnerabilidad precisamente acceder a la justicia en condiciones de igualdad.

## 2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS AJUSTES DE PROCEDIMIENTO

Podemos encontrar ejemplos de ajustes de procedimiento en documentos de Naciones Unidas o de organizaciones de defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Así, son ajustes de procedimiento la prestación de servicios de interpretación en lengua de signos, la información jurídica y judicial en formatos accesibles, la ampliación o reajuste de los plazos, la adaptación de las diligencias procesales, los agentes facilitadores...

Los ajustes de procedimiento se relacionan con algunas garantías que poseen cierta tradición y presencia normativa. Así, por ejemplo, están presentes en la Constitución española cuando en su artículo 17,3, al referirse a los derechos que tiene toda persona al ser detenida, señala: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención...”.

También están presentes en el artículo 118,1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referido al derecho de defensa de toda persona, cuando alude al derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan o también al derecho a la traducción e interpretación gratuitas, en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. O en el artículo 123 de esta misma Ley que se refiere a los derechos de traducción e interpretación de imputados y acusados, aludiendo a la lengua de signos. Por su parte, en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito encontramos también ejemplos de ajustes de procedimiento con un sentido prácticamente idéntico al señalado. Así, en el Título Primero de esta Ley se reconocen una serie de derechos, entre los que destacan el derecho a entender y ser entendida (art. 4); el derecho a la información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y, por tanto, en un lenguaje que comprenda (arts. 5 y 7); el derecho a la traducción e interpretación...

La reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha incorporado un artículo 7 bis referido precisamente a los ajustes para personas con discapacidad:

1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.

Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

Ahora bien, a pesar de la existencia de todos estos instrumentos, el acceso a la justicia y la satisfacción de los ajustes de procedimiento sigue siendo uno de los principales retos de los derechos de las personas con discapacidad. Y probablemente, una de las razones de la insatisfacción de este derecho tiene que ver con que no tenemos clara su configuración jurídica.

Pues bien, todos los ejemplos anteriores, con independencia de su distinta fuerza y exigencia, nos permiten entender los ajustes de procedimiento como medidas de apoyo, expresión de una estrategia de accesibilidad universal a la justicia. En ocasiones, esta estrategia ha dado lugar a verdaderos derechos (por ejemplo, derecho a un intérprete), pero en otras, los ajustes se presentan como medidas de apoyo cuya insatisfacción puede hacer impracticable el derecho de acceso a la justicia y, en este sentido, forman parte de su contenido esencial.

Como es sabido, nuestra Constitución, en su artículo 53 se refiere al contenido esencial de los derechos como el límite al desarrollo normativo que pueda hacer el legislador de estos derechos. Pero el contenido esencial no es solo una exigencia que se proyecta en el legislador sino en todos los intérpretes de los derechos y por tanto en todo aquel que trabaja con los derechos.

Nuestro Tribunal Constitucional, en una de sus primeras sentencias, la de 8 de abril de 1981, se refirió al contenido esencial señalando, entre otras cosas, que “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. Desde esta afirmación, los ajustes de procedimiento pueden construirse como parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, con todo lo que ello supone en términos de su garantía.

Pero señalaba al comienzo como quería defender la posibilidad de enmarcar los ajustes de procedimiento en el discurso de la accesibilidad y más concretamente, dentro del eje de la accesibilidad.

En este sentido, dependiendo de la manera en la que se configuren o se manifiesten, los ajustes de procedimiento podrán ser ejemplo de medidas de accesibilidad o de diseño universal, o ejemplo de ajuste razonable. Realmente, la consideración de los ajustes de procedimiento como diseño o como ajuste dependerá de si se trata de un servicio general que se ofrece o proporciona regularmente, o si se trata de un servicio que se pone en marcha cuando alguien lo solicita y ajustado a su diversidad.

Teniendo en cuenta la importancia de los ajustes de procedimiento para la satisfacción del derecho de acceso a la justicia, lo ideal sería su configuración en el marco del diseño universal.

En contra de la inclusión de los ajustes en el marco de la accesibilidad se han pronunciado tanto la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, como el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Así por ejemplo, para la Oficina (Informe temático “Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” de 2017) no debe confundirse los ajustes de procedimiento con la accesibilidad: “la mayoría de las veces la denegación del acceso a la justicia es consecuencia de la falta de información accesible y de acceso a la información, ajustes de procedimiento, el derecho a exigir justicia y a comparecer en juicio, el respeto de la presunción de inocencia y asistencia jurídica”. Y también: “Además de accesibilidad, los Estados partes deben proporcionar los ajustes de procedimiento y adecuados a la edad que las personas con discapacidad puedan requerir para acceder a la justicia”. Según la Oficina, “la obligación de proporcionar ajustes de procedimiento se desprende directamente de los derechos civiles y políticos”, estando así “directamente vinculada al principio de no discriminación”, no pudiendo “ser objeto de realización progresiva”, debiendo estar “siempre disponibles” y “facilitarse gratuitamente”.

Por su parte, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación general núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación (2018), afirma rotundamente: “Los ‘ajustes de procedimiento’, en el contexto del acceso a la justicia, no deben confundirse con los ajustes razonables; estos últimos están limitados por el concepto de desproporcionalidad, mientras que los ajustes de procedimiento no lo están”. Además, la Oficina, en el informe antes referido, subraya que “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”. Y continúa: “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”.

Y es que, con los ajustes de procedimiento pasa algo parecido a lo que ocurre con los apoyos en general. Desde el punto de vista de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad se busca que no se relacionen con los ajustes razonables porque

se piensa que esto implicará el que no se satisfagan; en cambio, si se tratan como parte del propio derecho no se podrán limitar.

La cuestión reviste no solo un interés teórico, sino también práctico ya que, como estamos viendo, se proyecta en algo tan relevante para la configuración jurídica de una institución como es la cuestión de los límites.

Como ya he señalado en otros lugares al referirme a la idea de accesibilidad, no hay derechos ilimitados, el criterio de proporcionalidad siempre está presente como posible límite a los derechos y no toda limitación de un derecho implica discriminación, solo la limitación no justificada. Ahora bien, también es cierto que algunos derechos pueden entenderse prima facie como ilimitados. Es el caso, por ejemplo, del derecho a no ser torturado y podría ser el del derecho de acceso a la justicia.

De manera muy general, cuando nos referimos a los límites de la accesibilidad estos pueden reconducirse a dos grandes categorías: los límites de lo posible y los límites de lo razonable. Los límites de lo posible tienen que ver, en general, con las limitaciones de carácter científico-tecnológico y de conocimiento. También podrían ser incluidos aquí limitaciones jurídicas insuperables y en este marco se corresponde con el principio clásico de “ad impossibilia nemo tenetur”. En el Ordenamiento jurídico español una de esas limitaciones podría ser la derivada de llamado “techo de gasto”. Los límites de lo razonable tienen que ver, de manera resumida, con la idea de proporcionalidad. Es decir, no sería razonable aquello que no satisface este principio, lo que nos lleva a la exigencia de ponderación entre bienes y/o derechos.

Por su parte, cuando hablamos de los límites de los derechos, como es sabido, señalamos que estos se encuentran en otros derechos o bienes de igual valor. Normalmente, los conflictos entre derechos se resuelven ponderando, con lo que la idea de razonabilidad antes referida vuelve a estar presente.

En este punto, parece oportuno aclarar el lugar que tiene el argumento de los costes. Y es que en muchas ocasiones se trata de un argumento utilizado para limitar derechos o, en el ámbito de los ajustes razonables, para limitar su realización (a través de un supuesto coste desproporcionado). Pues bien, este argumento, como ya he señalado en otras ocasiones, cuando se utiliza en asuntos de derechos humanos, es un argumento de segundo orden. En este sentido el coste es relevante pero solo en la medida en la que afecte a otro derecho o bien de igual valor. No obstante, en este punto, dentro de nuestro Ordenamiento, hay que tener en cuenta el “techo de gasto”, si bien, su consideración no afecta a lo señalado ya que se constituye en el marco de lo posible, dentro del cual tendrá que realizarse la satisfacción de los derechos.

Así, si proyectamos esta reflexión en los ajustes de procedimiento, la posibilidad de limitarlos puede convertirse en una limitación insoportable ya que implica vulnerar el derecho de acceso a la justicia que posee una importancia fundamental en el sistema de derechos y en la propia esencia del Derecho. Además, los límites a los ajustes de procedimiento difícilmente vendrán por su posible colisión con otros derechos (el derecho al debido proceso es un derecho frente al Estado que no puede lesionar otros derechos) sino, en todo caso, por su colisión con otros bienes fundamentales. De esta forma, solo parecen admisibles límites que obedezcan a lo que en otros lugares he llamado como “lo posible”. En los otros casos habrá que ser especialmente escrupulosos para que no se produzca una violación del derecho y una situación de discriminación.

En el Ordenamiento jurídico español, esta cuestión se complica por tres circunstancias. Una de ellas ya ha sido apuntada y tiene que ver con el “techo de gasto”. Una segunda se deriva de la consideración del derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho de configuración legal. La tercera, de las restricciones que puede llegar a tener la garantía de este derecho a través de las condiciones de admisibilidad de los recursos por su presunta violación.

Por razones de tiempo no puedo abordar estas circunstancias. Sólo señalaré que cuando operan como límites al derecho son consecuencia de la falta de comprensión de la relevancia de los ajustes y de no tomarse en serio los derechos de las personas con discapacidad. De ahí la importancia en este tema, como en muchos otros, de la formación y concienciación de los operadores jurídicos y de la sociedad en general, en relación con los derechos de las personas con discapacidad.

**Torcuato Recover Balboa**

Abogado. Coordinador de la Red de Juristas Plena Inclusión

Asesor Jurídico de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares

---

## **ACCESO A LA JUSTICIA: AJUSTES DE PROCEDIMIENTO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

### **1. EL MARCO LEGAL**

He tenido la suerte de oír en una ocasión a D.<sup>a</sup> Soledad Cisternas, anterior presidenta del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, referirse a los artículos 12 y 13 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con d Discapacidad (en adelante CDPD) como el corazón de la Convención.

Cuando el artículo 13 establece que *“los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”* está imponiendo el compromiso de los estados, y con ello, de sus tribunales, órganos judiciales y, en suma, administraciones de justicia, de asegurar el básico y sustancial derecho de acceso a la justicia entendido este, como ha dicho DE LORENZO R.<sup>1</sup>, como un “derecho instrumental esencial para ejercer los derechos reconocidos, y se erige como la inmediata concreción del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama y garantiza el artículo 24 de la Constitución Española y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En términos coloquiales y parafraseando una conocida campaña publicitaria,

---

<sup>1</sup>DE LORENZO GARCÍA, *Guía de Buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*. CGPJ. Madrid 2020.



la efectividad de este derecho viene a ser como “la prueba del algodón”, es decir, su certeza supone la garantía de la certeza del resto de los derechos, de manera que la propia Convención, o, en el ámbito de nuestro país, la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (R.D.Leg. 1/2013, de 20 de noviembre) pueden proclamar los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, a la participación pública, y al resto de los que aquellos textos garantizan, pero si una persona con discapacidad carece de herramientas ciertas para exigir ante los tribunales el respeto de tales derechos, aquellos quedarían en una mera proclamación formal sin eficacia directa, y lo que es más triste, sin realidad efectiva.

Por tanto, cuando hablamos de ajustes de procedimiento no hablamos de una cuestión formal, ni aun meramente procesal, sino de los elementos que permiten y apuntalan la cuestión básica, de derechos humanos, que supone la garantía y certeza del básico derecho a la justicia que asiste a las persas con discapacidad y que proclama el citado artículo 13 de la CDPD, como en este mismo Congreso ha razonado previamente RAFAEL DE ASÍS ROIG en intervención previa.

La cuestión es tan evidente que no sería necesario profundizar en lo expuesto, aunque a riesgo de ser reiterativo, me parece preciso dibujar el escenario que encuentra una persona con discapacidad intelectual o del desarrollo, o una personalidad con una limitación cognitiva, por razón de edad, o de patología, que sea víctima, por ejemplo de un abuso en su situación de arrendatario de su vivienda, o en su relación laboral, por ejemplo, puesto que para él que acudir a un tribunal para ejercitar sus derechos y enmendar la injusticia que sufre supone no solo superar los obstáculos físicos que presentan la mayor parte de las sedes judiciales, que también, sino conseguir que los operadores jurídicos: letrados, funcionarios judiciales, jueces, fiscales, incluso funcionarios policiales, pueda entender lo que les expresa quien se siente víctima de uno de aquellos abusos y busca, cuando menos, recuperar la situación previa, o el amparo de los derechos que siente postergados; y, no menos importante, que él pueda entender a su vez lo que le expresan esos interlocutores como itinerario procesal riguroso para alcanzar esa meta, en lo que a menudo se convierte en un cauce incomprensible en el que los tramites y regulaciones procesales parecen a menudo más importantes que el propio ejercicio y goce de los derechos.

Podemos, pues, encontrar la justificación de los ajustes de procedimiento en el previo concepto básico de los ajustes razonables, que ya venían nutriendo la legislación en esta materia aún antes de la propia Convención, pero sustancialmente como contenido y aplicación del derecho de accesibilidad que proclama como uno de sus principios esenciales el artículo 3 de la Convención, y al que dedica el contenido de

su artículo 9 que, a su vez, habría que poner en relación con el ya citado artículo 13, en cuanto que garantizar el derecho de accesibilidad cognitiva de una persona ante cualquier ámbito, y específicamente, en el de la administración de justicia, constituye un requisito preciso para garantizar el derecho básico, en cuanto que evidentemente tiene naturaleza de derecho fundamental, de acceso a la justicia, que como viene sosteniendo el Tribunal Constitucional, constituye aplicación o concreción del derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24 de nuestra Constitución proclama en cuanto que incide en el derecho de acceso a la justicia que constituye núcleo de lo garantizado en el mismo.

Cuando escribo este texto aún se tramita en el Parlamento español una modificación de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad que supone una mayor incidencia y constancia expresa en su texto, de la accesibilidad cognitiva, como concreción específica *“a fin de garantizar de forma afectiva la accesibilidad cognitiva de las personas con dificultades de comprensión y comunicación”*.

## 2. LA APLICACIÓN DE ESOS PRINCIPIOS Y MANDATOS LEGALES, EN LA LEGISLACIÓN ORDINARIA

Las reformas operadas en los últimos años en nuestra legislación penal, civil y procesal han sido sensibles a la aplicación de ese sustancial derecho.

En el ámbito penal, por ser éste el de mayor susceptibilidad en la medida en que afecta o lesiona derechos más inmediatos, de mayor y directa repercusión sobre derechos fundamentales, y porque fue el primero que realizó adaptaciones en este sentido, es preciso citar la reforma operada mediante la L.O. 1/2015 de 30 de marzo que efectuó diversas modificaciones en el Código Penal, y, especialmente, la L.O. 5/2015, especialmente, de 27 de abril de 2015, que realizó diversas y fundamentales modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para garantizar el derecho de comprensión y, por ende, de accesibilidad cognitiva, de la persona con discapacidad en el proceso penal<sup>2</sup> y también la L.O. 13/2015, de 5 de octubre.

---

<sup>2</sup> Son especialmente importantes las modificaciones introducidas en el artículo 188, información de derechos, que establece: “La información a que se refiere este apartado se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal”, como la regulación de pruebas preconstituidas, en el artículo 449.ter y 703.bis, o en lo dispuesto en el artículo 520 y 707.

La primera introduce en varios preceptos la necesidad de que tanto en el momento inicial del procedimiento penal, en la detención y en las informaciones de derechos al detenido, como a lo largo del procedimiento judicial haya de informarse a la persona en un lenguaje sencillo y accesible, que pueda comprender, respecto de los hechos que explican su detención o actuación policial, y de los derechos que le asisten<sup>3</sup>.

Cuida especialmente la efectividad de este derecho, también cuando la persona con discapacidad interviene en el procedimiento penal pero en su rol de víctima de un hecho delictivo, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima de Delitos que aportó a nuestra legislación redacciones de mayor sensibilidad en esta materia<sup>4</sup>, al buscar garantizar el derecho de las víctimas a entender y ser entendida en el procedimiento penal en que interviene, reconoce su situación de vulnerabilidad, y diseña un modelo de protección y discriminación positiva a la persona con discapacidad cuando desempeña el papel más débil, más dañado, en el procedimiento penal, como corresponde a las víctimas, llevando por fin a la ley criterios históricamente reivindicados en la protección de las personas con discapacidad, puesto que la prolongación de los procedimientos judiciales, la reiteración de declaraciones ante el órgano judicial y la dificultad de comprensión, jugaba como un enorme hándicap, como una barrera sustancial en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad en estos procedimientos, puesto que las características propias de su discapacidad (necesidad de ser aceptados, y, por tanto, de ofrecer respuestas en línea con lo que parece esperarse de ellos; dificultad para realizar un relato organizado históricamente y rico en detalles; incorporación al relato de informaciones externas, etc.) juega a menudo en contra de la credibilidad de su testimonio.

En el ámbito Civil, la sustancial reforma operada mediante la Ley 8/2021, 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, ha supuesto la introducción tanto en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, como en la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, de la exigencia de accesibilidad cognitiva para todas las actuaciones que se

---

<sup>3</sup> Con estas modificaciones nuestro país daba cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho de información en los procesos penales y a la recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para personas vulnerables sospechosas o causadas en procesos penales que, entre otros términos establecía: *“Las personas vulnerables deben ser informadas de conformidad con sus intereses para el ejercicio de sus derechos procesales en función de su capacidad de comprender y participar efectivamente en el proceso”*.

<sup>4</sup> Artículo 4: *“a) Todas las comunicaciones con las víctimas, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y, especialmente, las necesidades de las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad”*.

tramiten ante esta jurisdicción, y por ende también en las jurisdicciones Social y Contenciosa. Sendos nuevos preceptos, identificados en los dos casos como dos nuevos artículos 7.bis en cada uno de dichas normas procesales, introducen ex novo, ambos preceptos cuyo texto, desde el ámbito de quienes venimos luchando en esta materia desde hace años, supone realmente un importante avance al establecer que la efectividad de este derecho de comprensión haya de aplicarse y hacerse cierta de manera obligada, imponiendo que se trata de una prescripción que puede ser instada por las partes o el Ministerio Fiscal, e incluso ha de ser aplicada de oficio por el propio órgano judicial<sup>5</sup>.

Y la introducción de este mandato legal en la Ley de Enjuiciamiento Civil garantizará también la efectividad de ese derecho en el resto de las jurisdicciones: Social o Contencioso-Administrativa lo que resulta del carácter supletorio de aquella en estas otras dos jurisdicciones, de manera pues que se alcance que la garantía del derecho de acceso a la justicia, contemplado en esas normas, sea, como debe ser, transversal a todas las esferas o ámbitos en que se articula nuestra jurisdicción.

En este sentido, la enumeración que ambos preceptos establecen supone una indicación no exhaustiva, pero sí atinada, de cuáles pueden ser los medios de ajuste precisos para garantizar, como aquellos proclaman y venimos sosteniendo, el derecho a comprender y ser comprendidos, en el buen entendido que la realización adecuada de tal derecho, en cada caso, requiere respuestas incivilizadas, e incluso contextualizadas.

---

<sup>5</sup> Artículo 7 bis. *Ajustes para personas con discapacidad.*

1. En los procesos a los que se refiere esta Ley en los que participen personas con discapacidad se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno 2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin: a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender; lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

Ese mandato se traslada también ahora, por mor de las modificaciones introducidas también mediante la Ley 8/2021, a la Ley de Notariado, introduciendo en el texto de su artículo 25<sup>6</sup> una similar obligación, ahora referida a los notarios, para que en su función de fedatarios de la voluntad que le expresan las personas con discapacidad, y al proceder al otorgamiento de las escrituras públicas, queden también obligados a adoptar las medidas procedentes para asegurar ese derecho de accesibilidad cognitiva.

Se trata así de dar cumplimiento a lo que al respecto proclama la Convención en artículo 13, corresponde asegurar 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”*.

Como con gran precisión ha señalado la Relatora Especial de Discapacidad, Catalina Devandas, en el documento: “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad”<sup>7</sup>: *«Si bien el acceso a la justicia es fundamental para el goce y la realización de todos los derechos humanos, existen muchos obstáculos que impiden a las personas con discapacidad acceder a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. Entre estos obstáculos figuran las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica; las dificultades de accesibilidad física a las instalaciones de administración de justicia, como los tribunales y las comisarías de policía; la falta de transporte accesible hacia y desde estas instalaciones; los obstáculos para acceder a la asistencia y representación jurídicas; la no disponibilidad de información en formatos accesibles; las actitudes paternalistas o negativas que cuestionan la capacidad de las personas con discapacidad para participar en todas las fases de la administración de justicia; y la falta de formación de los profesionales que trabajan en la esfera de la justicia. En el sistema de justicia, a menudo se considera que las personas con discapacidad no son dignas o no pueden beneficiarse de las garantías procesales que se ofrecen a todos los demás ciudadanos, o incluso que éstas pueden resultarles perjudiciales. Hasta derechos fundamentales, como el derecho a guardar silencio y la presunción de inocencia, pueden denegarse ya sea de forma*

---

<sup>6</sup>“Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso.

<sup>7</sup>“Principios y Directrices Internacionales sobre el acceso a la justicia para personas con discapacidad” (NNUU, 2020). Accesible en:

[https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SR\\_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SR_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf)

*directa, en la legislación o las políticas, o indirecta, en la costumbre y la práctica. Esto acarrea enormes riesgos de consecuencias negativas como confesiones falsas, veredictos erróneos o situaciones de privación ilícita de libertad.»*

### 3. ¿Y EN QUÉ SE CONCRETA LA ACCESIBILIDAD COGNITIVA EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL?

Siguiendo en este sentido el excelente trabajo de ARAOZ<sup>8</sup>, las barreras cognitivas con que se encuentran las personas con discapacidad intelectual o de desarrollo pueden eliminarse, o, cuando menos, paliarse de forma significativa, mediante el uso de los apoyos adecuados. El texto de los preceptos legales citados obliga al órgano judicial a sostener una posición activa en este punto: identificar la necesidad de la persona, y arbitrar los medios para garantizar los apoyos, adaptaciones o ajustes que sean precisos para hacer efectivo y garantizar el derecho de acceso a la justicia.

La aplicación de los preceptos citados, y la interpretación sostenida en la jurisprudencia tanto nacional, como las resoluciones que luego veremos, emitidas por el Comité de Derechos de la Convención, podrían justificar la declaración de nulidad de actuaciones judiciales en las que no se hubiese dado el adecuado cumplimiento al mandato establecido en el citado artículo 7.bis de la ley procesal.

En este sentido nuestro Tribunal Constitucional<sup>9</sup> se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de la necesidad de cuidar de forma especial la atención a las necesidades de personas que merezcan especial protección, y de *“realizar diligencias complementarias de las estrictamente legales para despejar cualquier duda en relación con la participación de personas con discapacidad mental en el proceso penal tiene sustento, en nuestro Derecho, en el mandato del art. 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos sea efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y se ampara en el especial deber de protección y apoyo de que gozan las personas con discapacidad”*. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>10</sup> ha realizado pronunciamientos acerca de la necesidad de que los actos de notificación y emplazamiento tengan en

<sup>8</sup> INÉS DE ARAOZ. “Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo”. *Cuadernos de Buenas Prácticas*. Plena Inclusión. Madrid 2018.

<sup>9</sup> Entre otras STC 77/2014, de 22 de mayo de 2014.

<sup>10</sup> STEDH de 30 de enero de 2001, caso Vaudelle c. Francia: si bien la notificación personal a un acusado es reveladora del conocimiento efectivo de la citación, la existencia de indicios de que dicho acusado pueda sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad hace exigible que los órganos judiciales desarrollen las diligencias complementarias necesarias para despejar cualquier duda al respecto (§§ 59 y 60).

cuenta la dificultad de comprensión de la persona a la que se dirige, lo que puede hacer, como el TC ha declarado en nuestro país, llevar a la nulidad de la resolución judicial en la que se denuncia y reconozca tal violación.

Para ello, en primer lugar, es preciso determinar cuál es la necesidad que tiene la persona y proporcionarle los apoyos necesarios para garantizar su acceso a la justicia en igualdad de condiciones. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece que la discapacidad se produce al interaccionar la persona que presenta una deficiencia con las barreras presentes en el entorno. Por tanto, si somos capaces de identificar y eliminar o minimizar las barreras presentes en el entorno judicial, estaremos garantizando materialmente el acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

La consideración de cuanto pueda identificarse como apoyos y ajustes de procedimiento es muy amplia, y puede englobar, como hemos visto, desde la explicación en términos fáciles, en lenguaje accesible, mediante el uso de sistemas de lectura fácil, de las diligencias y documentos judiciales en que interviene la persona con discapacidad, a la utilización de sistemas alternativos de comunicación (lengua de signos, pictogramas, sistemas de ampliación de letras o de imágenes, etc.), o la ayuda de personas que permitan y faciliten realizar la necesaria adaptación de términos jurídicos o lenguaje forense, y por otro lado, permitir igualmente que la persona con discapacidad pueda expresar aquella información que haya de transmitir en la actuación judicial (respetar silencios, ayudar con ejemplos o expresiones gráficas, etc.).

Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo puedan necesitar más tiempo para procesar o elaborar la información o para expresar lo que quieren decir, y en ese caso será necesario que en aquellas diligencias judiciales en que intervenga una persona con discapacidad, el órgano judicial proporcione a la persona el tiempo extra que precise. Dar más tiempo de descanso o de reflexión y permitir que sea la persona con discapacidad la que marque el ritmo de la conversación. Adecuar el lenguaje, como venimos sosteniendo, usar frases cortas; evitar realizar las preguntas en sentido negativo; evitar preguntas compuestas; añadir tiempo adicional para responder y no meter prisas; asegurarse que comprende lo preguntado, añadiendo la posibilidad de que así lo indiquen (“¿me ha comprendido?”; “¿quiere vd. expresarlo con su propias palabras?”), como también es sustancial, al encontrarse en un medio desconocido y a menudo experimentado como hostil, que la persona con discapacidad pueda estar acompañada de otra persona de su confianza, familia o externo que le proporcione seguridad y confort, aunque no intervenga en la actuación o declaración.

Queda aún por desarrollar una figura llamada a tener una sustancial importancia en la aplicación de este derecho básico de accesibilidad y de garantía del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, y, sobre todo, llevar a la más efectiva, directa y cotidiana práctica judicial, la certeza de tal derecho: la del Facilitador, que, como hemos visto, ya ha quedado incorporada a nuestra legislación, y encuentra así un cauce de legitimación o justificación procesal sustancial al reflejarse en los citados artículos 7 bis de la Ley de enjuiciamiento Civil y de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la procedencia de su intervención para asegurar aquel derecho.

El Informe de la Relatora Especial de Discapacidad, de 2020, que hemos citado, define esta figura como “Personas que trabajan, según sea necesario, con el personal del sistema de justicia y personas con discapacidades para asegurar una comunicación eficaz durante los procedimientos judiciales. Apoyan a las personas con discapacidades para que comprendan y tomen decisiones informadas, asegurándose de que las cosas se expliquen y se hablen de manera que puedan entenderlas y que se proporcionen los ajustes y el apoyo adecuados. Los intermediarios son neutrales y no hablan en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirigen o influyen en las decisiones o resultados.”

Su intervención puede ser solicitada en cualquier procedimiento y por cualquiera de los actores que intervienen en el mismo: La propia persona con discapacidad intelectual o del desarrollo, su letrado, el juez, el Ministerio Fiscal, los servicios policiales, e incluso los Servicios de asistencia a víctimas.

Y su labor ha de estar orientada por los siguientes principios<sup>11</sup>: aceptación por parte de la propia persona con discapacidad; neutralidad; buena comprensión y comunicación efectiva; no debe contaminar el procedimiento (su función no es la de aconsejar, ni tampoco la de ofrecer versiones de los hechos ..); confidencialidad; respeto hacia la propia persona con discapacidad pero también a todas las personas que interviene en el procedimiento; y, por último, su designación debe responder a los principios de necesidad y proporcionalidad a que se refiere el artículo 12.4 de la Convención.

---

<sup>11</sup> *La persona facilitadora en procedimientos judiciales*. Plana Inclusión, Madrid 2020. Accesible en: [https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/plena\\_inclusion\\_la\\_persona\\_facilitadora\\_en\\_procesos\\_judiciales.pdf](https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/plena_inclusion_la_persona_facilitadora_en_procesos_judiciales.pdf)



#### 4. EL INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO Y DEBER DE ACCESIBILIDAD COGNITIVA. EL CASO DEL DICTAMEN 32/2015, DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, EN QUE SE DENUNCIA A MÉXICO

Como es notorio, la Convención contiene un procedimiento de denuncia y control de la aplicación de sus principios y su texto por los países firmantes, que fundamentalmente regula su Protocolo facultativo, conforme al cual, el Comité puede atender comunicaciones o denuncias *“presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención”*<sup>12</sup>.

El Comité ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones acerca del incumplimiento por parte de algunos de los estados firmantes, que suscribieron la Convención, del derecho de acceso a la justicia que, como vimos, proclama e intenta garantizar el artículo 13 de esta.

Así, en 2012, resolviendo la Comunicación 7/2012<sup>13</sup>, en que se había denunciado la actuación del Estado de Australia, infringiendo el derecho de ajustes de procedidito de una persona con discapacidad acusada en un procedimiento penal, establece que *“el autor fue acusado de delitos de naturaleza sexual y detenido en carácter preventivo para evaluar su discapacidad intelectual y su competencia para declarar en juicio. El Tribunal determinó la incapacidad del autor para declarar, por lo que no tuvo oportunidad de declararse inocente y el Tribunal tampoco se pronunció sobre su culpabilidad, dictando una orden de internamiento. El Comité determinó que el Estado australiano debe velar por que se ofrezcan a las personas con discapacidad mental e intelectual las medidas de apoyo y ajuste adecuadas para que puedan ejercer su capacidad jurídica ante los tribunales siempre que sea necesario; e impartir formación profesional adecuada y continua sobre el alcance de la Convención y su Protocolo Facultativo, en particular sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y mental”*.

Igualmente, en 2012, resuelve también una comunicación formulada contra Argentina<sup>14</sup>, y realiza un pronunciamiento de especial importancia, y, entre otras cuestiones, enfatiza en la imperiosa necesidad de proporcionar formación, capacitación, adecuada

---

<sup>12</sup> Artículo 1 del Protocolo Facultativo.

<sup>13</sup> Comunicación 7/2012 Marlon James Noble contra Australia.

<sup>14</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 8/2012. Argentina.

a todos los profesionales de la justicia, como el artículo 13 prevé, denunciando que el incumplimiento de las obligación de ajustes de procedimiento, en función de las necesidades de la persona, supone una cierta discriminación por discapacidad, e impone condiciones más gravosas y de trato inhumano a quien las sufre, e insta al Estado a: *“adoptar medidas pertinentes y ajustes razonables suficientes, cuando estos sean requeridos, para garantizar la vida independiente, la participación plena de las personas con discapacidad privadas de libertad y su acceso a instalaciones físicas y servicios del lugar de detención; garantizar el acceso de las personas con discapacidad privadas de libertad a tratamiento médico y rehabilitación; impartir formación adecuada y periódica sobre la Convención al Poder Judicial, funcionarios de los centros penitenciarios y personal sanitario; y garantizar que las condiciones de detención para personas con discapacidad no se traduzcan, por falta de accesibilidad y ajustes razonables, en condiciones más gravosas y de mayor sufrimiento físico y psicológico que puedan convertirse en formas de trato cruel, inhumano o degradante”*.

Pero prefiero detenerme, por su rigor y amplitud, y por el atinado análisis que el Comité realiza, acerca del cumplimiento de la obligación de accesibilidad, como elemento nuclear del derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos, en relación, además, con el incumplimiento de otros derechos proclamados en la Convención, en el Dictamen con el que el Comité resuelve acerca de la Comunicación formulada contra México, en Sesión de aquel de 6 de septiembre de 2019<sup>15</sup>.

Veamos el supuesto y las consideraciones del Comité: El Comité analiza la comunicación realizada por una persona con discapacidad intelectual acreditada a la que se acusó de haber robado un vehículo procediendo a su detención e incomunicación. Su madre acrecita poco después la discapacidad que presenta su hijo que incluso le impediría la conducción de un vehículo. El Tribunal pone en marcha un procedimiento de interdicción, que, finalmente, resumiendo lo ocurrido, lleva a que se le aplique un proceso específico para inimputables que, en la realidad, supuso una enorme limitación de su derecho de defensa.

---

<sup>15</sup> Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm.32/2015. Aprobado por el Comité en su 22.º período de sesiones (26de agosto a 20 septiembre de 2019). Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Ahmad Saleh Al-Saif; Robert George Martin; Monthian Buntan; Imed Eddine Chaker; Jun Ishikawa; Mi Yeon Kim; Samuel Njuguna Kabue; Laszlo Gabor Lovaszky; Dmitry Rebrov; Martin Babu Mwesigwa; Jonas Ruskus; Risnawati Utami y Markus Schefer. De conformidad con el artículo 60, párrafo 1 c), del reglamento del Comité, Amalia Eva Gamio Ríosno participó en el examen de la presente comunicación.

Y tras analizar toda la información ofrecida por quien había padecido los hechos, y por el Estado parte que justificaba su actuación, el Comité establece “que, el artículo 5 de la Convención dispone que los Estados partes deben reconocer que todas las personas son iguales ante la ley, y tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley sin discriminación alguna. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación. El Comité recuerda también que “la discriminación puede ser consecuencia del efecto discriminatorio de una norma o medida carente de la intención de discriminar pero que afecte desproporcionadamente a las personas con discapacidad”; y en cuanto a las alegaciones relacionadas con la infracción del artículo 9, que como vimos, proclama el principio y el derecho de accesibilidad, leído conjuntamente con el artículo 4, “el Comité toma nota de la pretensión del autor que el Estado parte ha incumplido su obligación de asegurar la accesibilidad de la información durante el proceso penal ya que en la actualidad no existe información en formato accesible sobre la legislación penal”, y concluye en este aspecto que: “Por las razones expuestas, el Comité considera que la falta de participación del autor dentro del proceso penal que se llevó en su contra y la denegación de redactar una versión sencilla de las resoluciones emitidas en el juicio de amparo, constituyen una violación del artículo 9, leído conjuntamente con el artículo 4 de la Convención”.

Finalmente, en lo que se refiere a la cuestión que nos atañe, el Comité reconoce la expresa infracción del derecho a de acceso a la justicia que proclama el tan citado artículo 13, puesto que comprueba que el Estado: “no garantizó la adopción de ajustes de procedimiento que permitieran al autor acceder a la justicia en igualdad de condiciones con los demás... Por lo tanto, el Comité considera que el Estado parte ha violado el artículo 13, leído conjuntamente con el artículo 4 de la Convención”.

Ante esto, el Comité concluye en la obligación del Estado de reparar el daño causado, y reconocer públicamente la violación de los derechos de la persona que formula comunicación, e impone al Estado, las obligaciones de que:

*III) Vele por que se ofrezcan a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial las medidas de apoyo y ajustes razonables adecuados para que puedan ejercer su capacidad jurídica ante los tribunales;*

*IV) Vele por que se imparta a los jueces, oficiales judiciales, agentes del ministerio público y los funcionarios que participan en la facilitación de la labor del poder judicial formación adecuada y continua sobre el alcance de la Convención y su Protocolo Facultativo.*

Concluyo, pues con el texto de lo establecido por el Comité que, de esta forma, estableciendo lo que podríamos llamar jurisprudencia auténtica acerca de la aplicación e interpretación de los preceptos de la Convención que consideramos, establece un posicionamiento claro y, que puede ser citado también ante nuestros tribunales, para sostener la necesidad de reivindicar y requerir el celoso cumplimiento de la procedencia de ajustes y adaptaciones que permitan que la persona con discapacidad pueda intervenir en un procedimiento judicial con todas las garantías necesarias, entendiéndolo y siendo entendida, ejercitando su derecho de defensa, o aquel que le asista, con el apoyo de los medios en su favor que la legislación que nuestro país ha hecho suya proclama. Cuando podamos comprobar que esto es así, es decir, que la persona con discapacidad cuenta con todos los medios de adaptación y apoyos necesarios para garantizar la plena efectividad de su derecho de acceso a la justicia, podremos sostener que los derechos, humanos y básicos, que se determinan en el marco normativo que hemos considerado, son ciertos, que la persona puede reivindicar con solvencia y eficacia el cumplimiento de los derechos que le atañen y que la sociedad ha hecho cierta la esencia de la justicia que supone tratar desigualmente a los desiguales. Aristóteles afirma que la justicia universal representa la suma de las virtudes en las relaciones sociales, y en un análisis que bien podríamos considerar un precedente de cuánto hemos indicado, afirma que “si las personas no son iguales, no deberán tampoco tener partes iguales”<sup>16</sup>. Es decir, deberán ser consideradas desde la posición de desigualdad, cuando no de franca inferioridad, con la que se acercan a la administración de justicia.

---

<sup>16</sup> Aristóteles, *Moral a Nicómaco*, libro quinto, capítulo III.



**Esperanza Alcaín Martínez**

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada

Patrona de la Fundación Derecho y Discapacidad

////////////////////////////////////  
**EL SISTEMA DE APOYOS A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO  
GARANTÍA DEL DERECHO-DEBER A LA PARTICIPACIÓN EN EL TRI-  
BUNAL DEL JURADO**

**I. INTRODUCCIÓN: EL MARCO JURÍDICO PARA LA PARTICIPACIÓN DE  
LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Desde el 14 de febrero de 2018, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1999, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, “... 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”.

Hasta esta fecha, estaba limitado y restringido el derecho de participación de las personas con discapacidad ya que se exigía “la ausencia de impedimento físico, psíquico o sensorial” como uno de los requisitos para ser jurado (art. 8 LOTJ). Se cumple así con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (en adelante, CIDPD), y queda incorporada en esta Ley Orgánica los mandatos derivados, entre otros, de los artículos 5, 12 y 13<sup>1</sup>: reconocimiento de la

---

<sup>1</sup> Art. 5 CIDPD: Igualdad y no discriminación. “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

igualdad ante la ley y derecho a igual protección legal, prohibición de discriminación por motivos de discapacidad, obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar los ajustes razonables, obligación de proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos en materia de derechos humanos, realizar los ajustes de procedimiento para facilitar el desempeño de las funciones como participantes directos e indirectos en la Administración de Justicia.

Por su parte, en la Constitución Española queda respaldada la institución del Jurado como vía de participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia. En concreto, hemos de poner en conexión los artículos 9.2 y 14 con los arts. 23.2, 24.1 y 125<sup>2</sup>,

---

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”.

Art. 12 CIDPD: Igual reconocimiento como persona ante la ley “1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que 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 el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

Art.13 CIDPD: Acceso a la justicia: “1. Los Estados Parte 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 Parte promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

<sup>2</sup> Art. 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

que interpretados conforme a los Principios derivados de la CIDPD nos ofrece una base legal sólida para lograr la participación de las personas con discapacidad en el Tribunal del Jurado con todas las garantías.

Hemos de recordar que en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, el Objetivo 16 exige la promoción del Estado de Derecho y la Igualdad de Acceso a la Justicia para todos. Así, los Estados tienen una gran oportunidad para aplicar el artículo 13 CIDPD como parte de su Estrategia para alcanzar los Objetivos de la Agenda 2030.

En 2020, Naciones Unidas publica el documento “Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad”<sup>3</sup> que tiene por objetivo “exponer, basándose en la experiencia y en ideas que gozan de un amplio consenso, lo que generalmente se acepta como buenas prácticas a la hora de garantizar un acceso igual y equitativo a la justicia, sin discriminación, de conformidad con el artículo 13 y otras disposiciones pertinentes de la Convención”

En concreto, en la Introducción nos dice que “Si bien el acceso a la justicia es fundamental para el goce y la realización de todos los derechos humanos, existen muchos obstáculos que impiden a las personas con discapacidad acceder a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. Entre estos obstáculos figuran las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica; las dificultades de accesibilidad física a las instalaciones de administración de justicia, como los tribunales y las comisarías de policía; la falta de transporte accesible hacia y desde estas instalaciones; los obstáculos para acceder a la asistencia y representación jurídicas; la no disponibilidad de información en formatos accesibles; las actitudes paternalistas o negativas que cuestionan la capacidad de las personas con discapacidad para participar en todas las fases de la administración de justicia; y la falta de formación de los profesionales que trabajan en la esfera de la justicia.”

Las referencias a la participación de las personas con discapacidad en el Jurado están presentes desde el Prólogo de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para

---

Art. 23.2 CE: “Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Art. 24.1 CE: “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”.

Art. 125 CE: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y 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, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

<sup>3</sup> [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86673\\_ebook-Spanish.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86673_ebook-Spanish.pdf)



los derechos humanos (Michelle Bachelet) y en la Introducción, al reconocer que “Se aplican, según proceda, a todos los participantes directos e indirectos en cualquier procedimiento legal, incluidos, entre otros, los sospechosos, los detenidos, los acusados, los demandantes, las víctimas, los jurados, los funcionarios judiciales, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los testigos.”

En el Documento, junto a la declaración general del Principio 2 conforme al cual “Las instalaciones y servicios deben tener accesibilidad universal para garantizar la igualdad de acceso a la justicia sin discriminación de las personas con discapacidad y del Principio 3 por el que “Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, tienen derecho a ajustes de procedimiento adecuados”, tenemos el Principio 7 el que se contempla expresamente que “Las personas con discapacidad tienen derecho a participar en la administración de justicia en igualdad de condiciones con las demás”. En concreto:

Directriz 7.1: “El derecho a la igualdad de acceso a la justicia requiere que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de participar directamente en los procesos adjudicativos y de desempeñar funciones diversas en la administración de justicia en igualdad de condiciones con las demás. Los Estados deberían garantizar que las personas con discapacidad puedan actuar como jueces, abogados, fiscales, testigos, jurados, expertos y funcionarios judiciales en el sistema de justicia sin discriminación”.

Directriz 7.2: “A tal fin, los gobiernos, los órganos legislativos y otras autoridades, como los consejos judiciales y otros órganos rectores judiciales independientes y organismos profesionales jurídicos autónomos e independientes, deben adoptar, en el marco de sus respectivas funciones, las siguientes medidas:

- (b) Eliminar todas las barreras relacionadas con la discapacidad, incluidas las leyes que impiden a las personas con discapacidad ser jueces o jurados o desempeñar cualquier otro cargo relacionado con la justicia;
- (c) Asegurar la participación en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad en el sistema de jurados, proporcionando todo el apoyo, los ajustes razonables y los ajustes de procedimiento necesarios;”

Por último, hay que mencionar la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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 (en adelante, Ley 8/2021) , pues, aunque no ha reformado ningún precepto de la LOTJ, la reforma introducida en nuestro ordenamiento jurídico constituye la base para la aplicación de toda norma, y en concreto algunos preceptos

de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria son extrapolables al Tribunal del Jurado como más adelante marcaremos. El 3 de septiembre de 2021, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2021, es el punto de partida para dar contenido al término “apoyos” utilizado en algunas normas de nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo en la LOTJ, y que hasta ahora carecía de contenido jurídico expreso.

Este nuevo escenario legal nos ofrece la base sólida para poder ejercitar los derechos en plena igualdad de condiciones. Hemos de recordar que se ha incorporado al Código Civil el Título XI, dedicándole desde el art. 249 a 299 a “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica” y que conforme el art. 4.3 Cc “las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”. Igualmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido reformada conforme al nuevo sistema de apoyos y también en su art. 4 establece su carácter supletorio, pues “En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”.

Así pues, tenemos el marco legal idóneo para actualizar el régimen jurídico de las personas con discapacidad como miembros del Tribunal del Jurado que estará informado por el principio de máxima autonomía posible de la persona, por el sistema de apoyos para desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y por la realización de adaptaciones y de ajustes procedimentales para garantizar la participación en condiciones de igualdad.

La participación en el Tribunal de Jurado es un derecho y un deber para todo ciudadano (con y sin discapacidad) por ello se ha de dotar de todas las garantías para que no quede solo en su reconocimiento. Con estas premisas, pasamos a analizar el estatuto de la persona con discapacidad en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

## II. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO

### 1. LA FUNCIÓN DE JURADO: EL EJERCICIO DEL DERECHO Y EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

La promulgación de la LOTJ de 22 de mayo de 1995 fue, sin duda, una apertura a la participación ciudadana en la Administración de Justicia en cumplimiento del texto constitucional. Tomamos como punto de partida el art. 6 al reconocer que “La función de jurado es un derecho ejercitable por aquellos ciudadanos en los que no concurra

motivo que lo impida y su desempeño un deber para quienes no estén incurso en causa de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse conforme a esta Ley.”

Sin embargo, el art. 8 al enumerar los requisitos para ser jurado, incorporó un apartado que suponía una exclusión radical de las personas con discapacidad. En concreto, junto a los requisitos de ser español mayor de edad, encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos políticos, saber leer y escribir y ser vecino, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido, exigía en el apartado 5 “No estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de Jurado”.

La redacción del art. 8.5 constituía una violación flagrante de derechos constitucionales como el art. 23, 125 CE. En definitiva, era una clara muestra de discriminación por razón de discapacidad<sup>4</sup>.

El perjuicio no era sólo para las personas con discapacidad excluidas por su impedimento físico, psíquico o sensorial, sino que además al privarse del acceso al Tribunal del Jurado se estaba perjudicando a la misma institución desde el momento en que no era representativa de toda la sociedad. No cumplía con su función<sup>5</sup>.

Hemos de destacar dos importantes reformas que permitieron situar a la persona con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en el ejercicio de la función de jurado:

- 1) La Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones (en adelante, LO 1/2017).
- 2) La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (en adelante, LO 2/2018).

---

<sup>4</sup>No faltaron opiniones doctrinales que pusieron de manifiesto esta vulneración de derechos de las personas con discapacidad LORCA NAVARRETE, A. M. “El jurado: experiencias y futuro en el décimo aniversario de la Ley del Jurado (1995-2005), p. 159, MARÉZ ROGER, F. y MORA ALARCÓN, J. Comentarios a la Ley del Jurado. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 110.

<sup>5</sup>LORCA NAVARRETE, A. M., “El Tribunal del Jurado no es un jurado popular: tampoco es un tribunal popular”, *Revista Vasca de derecho procesal y arbitraje*. Vol. 14, n.º 2, p. 317.

Fue decisiva la LO 1/2017 que su Preámbulo justificaba la necesidad de reforma: “El Estado español garantiza el derecho de igualdad de trato y no discriminación para todas las ciudadanas y ciudadanos con discapacidad. El artículo 14 de la Constitución Española así lo establece al proclamar la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos y ciudadanas, a quienes, entre otros, les reconoce, en su artículo 23, el derecho a la participación directa en los asuntos públicos, y en su artículo 125, el derecho a participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado. (...) “Sin embargo, la actual Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, limita y restringe el derecho de participación de las personas con discapacidad y no reconoce su igualdad. Esta situación vulnera derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, e incumple lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En coherencia con lo manifestado, y dado que la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad establece, entre otras obligaciones para los Estados miembros, la de asegurar que estas personas tengan 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, es lo que justifica el llevar a cabo esta reforma.”

Queremos destacar que finaliza con un último párrafo pues incorpora la esencia del modelo social de discapacidad: “En concreto, dentro de los requisitos para ser jurado, el artículo 8 de la Ley Orgánica se refiere en su número 5 a la ausencia de impedimento físico, psíquico o sensorial. Una declaración cuya ausencia de 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”<sup>6</sup>.

Y conforme a este planteamiento se procede a la reforma de la LOTJ para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones en el art. 8.5, el art. 12.1, el art. 20 y con la nueva Disposición Adicional Tercera, que iremos analizando en el trabajo<sup>7</sup>.

<sup>6</sup>DE LORENZO GARCÍA, R. “El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad”, *Anales Derecho y Discapacidad*, N.º 4, 2019, pp. 28 y 29. NAVARRO MEMBRILLA, R., “Hacia un sistema judicial inclusivo”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, N.º 4, 2019, p. 211.

<sup>7</sup> El art. 8 apartado 5, siendo actualmente requisito para formar parte del jurado: “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.”

La LO 1/2017 fue una ley concisa y breve, pero introdujo una gran reforma, porque si bien sólo modificó cuatro preceptos, no fue solo un cambio terminológico suprimiendo el contenido del art. 8.5. Hemos de valorar positivamente que trasladó los principios de la CIDPD, la verdadera concepción del modelo social de discapacidad conforme al cual, a la persona con discapacidad, al interactuar con diversas barreras, se le está impidiendo su plena inclusión social, por lo que dotándola de un sistema de apoyos puede “participar plena y efectivamente en la sociedad, en igualdad de condición con las demás”, tal y como nos marca el art. 1 CIDPD.

Además, aunque luego incidiremos más en este tema, la Disposición Tercera responde a la obligación que corresponde a los Estados tanto para garantizar el ejercicio de derechos, en este caso, el derecho a formar parte del Tribunal de Jurado (art. 12 CIDPD) como para garantizar el acceso a la justicia en general (art. 13 CIDPD). La provisión de apoyos a la que se refiere y que tanta incertidumbre provocaba en la opinión<sup>8</sup> ha quedado en el año 2021 plenamente incorporada en nuestro ordenamiento jurídico con la gran reforma introducida con la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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.

No hubiese sido efectiva la reforma de la LOTJ sin la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General pues el artículo 13 LOTJ, al regular la formación de las listas de candidatos a jurados establece que se harán conforme al Censo Electoral (en concreto, en el apartado 1 nos indica que “las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral efectuarán un sorteo por cada provincia, dentro de los quince

---

Además del apartado 5 del artículo 8, se modifica la redacción del numeral 1 del artículo 12 que regula la excusa para actuar como jurado, quedando con la siguiente redacción: “1. Los mayores de sesenta y cinco años y las personas con discapacidad”.

También se modifica el artículo 20 dedicado a la Devolución del cuestionario que pasa a tener la siguiente redacción: “Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del cuestionario, los candidatos a jurados designados lo devolverán al Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado, por correo con franqueo oficial, debidamente cumplimentado, haciendo constar, en su caso, aquellas circunstancias personales asociadas a situaciones de discapacidad que pudieran presentar y que fueran relevantes para el ejercicio regular de esta función; asimismo acompañarán las justificaciones documentales que estimen oportunas y concretarán la solicitud de los medios de apoyo y ajustes razonables que necesiten para desempeñar su función.”

Y por último se añade una nueva disposición adicional tercera que contempla expresamente la Provisión de los medios de apoyo: “Las Administraciones Públicas competentes proveerán los medios de apoyo necesarios en los Tribunales de Justicia para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a ser jurado”.

<sup>8</sup> Por ejemplo, GARCIMARTÍN MONTERO, R. interpreta que la falta de concreción de apoyos dificulta la aplicación de la LOTJ, pese a que ella misma reconoce que la pretensión del legislador es la de adaptarse a la multiplicidad de situaciones que se pueden presentar y afrontar cada una de ellas de manera individual. “La inclusión de las personas con discapacidad en el Tribunal del Jurado” pp. 9 y 10.

últimos días del mes de septiembre de los años pares, a fin de establecer la lista bienal de candidatos a jurados”).

Pues bien, desde que se aprobara la LOREG en 1985 el art. 3.1 contemplaba expresamente que carecía de derecho al sufragio “los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio” (b) y “Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio (c).

A partir de 7 diciembre 2018, las letras b) y c) del número 1 del artículo 3 se suprimieron por la LO 2/2018, de tal forma que se garantizaba el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad en los términos del art. 2.3: “Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”.

Además y es lo que nos interesa resaltar respecto a la posibilidad de formar parte del Tribunal del Jurado, se añadió una Disposición Adicional Octava con la siguiente redacción: «A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley.».

Así se logró erradicar la práctica de suprimir el derecho al sufragio en la sentencia de incapacitación, pues “tradicionalmente la privación del derecho de sufragio había operado como una cláusula de estilo, incluida en la casi totalidad de las sentencias de incapacitación sin ofrecer argumento específico alguno que la justificase”<sup>9</sup>.

Por tanto, reconocido el derecho fundamental del derecho de sufragio de las personas con discapacidad, en general, desde el año 2018, uno de los efectos es la posi-

---

<sup>9</sup>MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L. así lo traslada en su análisis del derecho fundamental a la participación política en su obra *Derechos fundamentales y discapacidad*. Colección Convención ONU, n.º 14, Editorial Cinca, Madrid, 2015, pp. 83-111.

bilidad de formar parte de las listas de candidatos a jurados que se elaboran conforme al Censo Electoral.

En conclusión, la actual LOTJ está reformada conforme a la CIDPD, estableciendo las bases de un régimen jurídico para el desempeño de función de jurado que engloba el ejercicio del derecho y el cumplimiento de un deber. Analizamos, a continuación, los principales temas que se derivan de los principales artículos referidos expresamente a las personas con discapacidad.

## 2. EL DERECHO A FORMAR PARTE DEL JURADO: APTITUD SUFICIENTE PARA EL DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN DE JURADO

En el art. 8 LOTJ se establecen los requisitos para ser jurado. En concreto, hay que ser español mayor de edad, encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos políticos, saber leer y escribir, ser vecino, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido, y en el apartado 5 se exige que la persona debe “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”.

La importancia del art.8.5 LOTJ radica en que la discapacidad no puede ser “per se” una causa inhabilitante para formar parte del Tribunal del Jurado y desempeñar las funciones reconocidas expresamente en el art.3 LOTJ<sup>10</sup>. Por tanto, para no quedar excluidas será necesario que se les proporcione “por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido”.

---

<sup>10</sup> Conforme al art. 3 LOTJ las funciones del jurado son:

1. Los jurados emitirán veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable que el Magistrado-Presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél.
2. También proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos respecto de los cuales el Magistrado-Presidente hubiese admitido acusación.
3. Los jurados en el ejercicio de sus funciones actuarán con arreglo a los principios de independencia, responsabilidad y sumisión a la Ley, a los que se refiere el artículo 117 de la Constitución para los miembros del Poder Judicial.
4. Los jurados que en el ejercicio de su función se consideren inquietados o perturbados en su independencia, en los términos del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrán dirigirse al Magistrado-Presidente para que les ampare en el desempeño de su cargo.

No obstante, la redacción del art. 8.5 LOPJ permite la interpretación sobre uno de los temas más polémicos utilizado por los sectores que no comparten la plena inclusión de la persona con discapacidad en la sociedad: tener la aptitud suficiente para el desempeño de un derecho, en este caso el derecho a formar parte del jurado. Es frecuente partir de los prejuicios y estigmas sociales que acompañan a determinadas discapacidades, y en consecuencia elevar el nivel de aptitud exigible e incluso negarles la aptitud suficiente que exige la Ley<sup>11</sup>. Comparto la opinión de MARTÍNEZ-PUJALTE sobre este tema, cuando afirma que “no podrá exigirse a las personas con discapacidad ningún requisito adicional de aptitud que el que se exige a todas las demás personas, por lo que todas las personas con discapacidad que sepan leer y escribir (lo que incluye no sólo a las personas con discapacidad física, sino también personas ciegas o sordas, o incluso con discapacidad intelectual, siempre que cuenten con lectoescritura) podrán ser jurados, siempre que no concurra en ellas, naturalmente, ninguna otra causa de exclusión”<sup>12</sup>.

Nos recuerda que en la Exposición de Motivos se reconoce que el sistema de selección adoptado es democrático y no elitista, pues “En la Ley, la opción adoptada respecto al proceso selectivo de los jurados es coherente con la consideración de que su participación constituye un derecho-deber. La ciudadanía, en las condiciones que habilitan para el pleno ejercicio de los derechos cívicos, constituye el índice de la capacidad presunta no necesitada de otras exclusiones o acreditaciones de capacidad probada, salvo aquellas que notoriamente impedirían el ejercicio de la función de enjuiciamiento”<sup>13</sup>.

Importante es también determinar quién ha de valorar la aptitud exigible. No considero que sea una función encomendada exclusivamente al Magistrado-Presidente<sup>14</sup>, sino que desde el momento en el que la LOTJ prevé un procedimiento del cumplimiento de la constitución del jurado, hay numerosos momentos en los que se va a poder constatar la falta de aptitud si la hubiese, ya sea por la propia persona, por quien o quienes ejerzan las medidas de apoyo (la curatela, asistencial o representativa, la guarda

<sup>11</sup> Por ejemplo, GARCIMARTÍN ROMERO, R. “La inclusión de las personas con discapacidad...”, cit., pp. 19-26.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L. “La participación de las personas con discapacidad en la institución del Jurado. A propósito de la ley orgánica 1/2017, de 13 de diciembre”. *Revista de Derecho Político*. UNED, n.º 103, septiembre-diciembre 2018, p. 341.

<sup>13</sup> *Id.* MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L. “La participación de las personas con discapacidad...”, cit., p. 340 y en concreto la nota a pie de página 18.

<sup>14</sup> Así lo considera GARCIMARTÍN MONTERO, R. “La inclusión de las personas con discapacidad...”, cit., p.18.



de hecho,...), el Ministerio Fiscal o “cualquier ciudadano”, entre otros como ahora señalaremos.

El procedimiento de formación del jurado se ha de calificar de garantista por lo que la sección de los miembros que lo componen está acompañada de numerosos pasos que aseguran una correcta participación en la Administración de Justicia. En concreto podemos referirnos al art. 14 LOTJ que prevé las reclamaciones contra la inclusión en las listas, al art. 15 LOTJ que fija las medidas en cuanto a la resolución de las reclamaciones o al art. 16 LOTJ que al regular la comunicación y rectificación de las listas definitivas señala que “Ultimada la lista definitiva por cada provincia, la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral la enviará al Presidente de la Audiencia Provincial respectiva, quien remitirá copia al Presidente del Tribunal Superior de Justicia correspondiente y al Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Asimismo, remitirá copia a los Ayuntamientos de la respectiva provincia para su exposición durante los dos años de vigencia de la citada lista”. Además, “los incluidos en la lista de candidatos a jurados podrán ser convocados a formar parte del Tribunal del Jurado durante dos años a contar del uno de enero siguiente. A tal efecto, tendrán la obligación de comunicar a la Audiencia Provincial cualquier cambio de domicilio o circunstancia que influya en los requisitos, en su capacidad o determine incompatibilidad para intervenir como jurado”. Y “asimismo, cualquier ciudadano podrá comunicar a la Audiencia Provincial las causas de incapacidad o incompatibilidad en que, durante el citado período, pueda incurrir el candidato a jurado. También el Alcalde del Ayuntamiento respectivo deberá comunicar esa incidencia, si de ella existiera constancia”. Por último, “la Audiencia Provincial, con la composición prevista en el apartado 3 del artículo 13, practicará las diligencias informativas que estime oportunas y, tras oír, en su caso, al interesado no reclamante, resolverá motivadamente, sin que contra su resolución quepa recurso, notificándolo al interesado y efectuando, en su caso, la exclusión oportuna en la lista de candidatos a jurados”.

También habrá ocasión de poner de manifiesto si existe o no aptitud suficiente en el momento de la designación y citación de candidatos a jurados para cada causa (art. 18, 19 y 20 LOTJ). En concreto, conforme al art. 20 LOTJ, reformado por la LO 1/2017, se prevé que “Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del cuestionario, los candidatos a jurados designados lo devolverán al Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado, por correo con franqueo oficial, debidamente cumplimentado, haciendo constar, en su caso, aquellas circunstancias personales asociadas a situaciones de discapacidad que pudieran presentar y que fueran relevantes para el ejercicio regular de esta función; asimismo acompañarán las justificaciones documentales que estimen oportunas y concretarán la solicitud de los medios de apoyo y ajustes razonables que necesiten para desempeñar su función”.

En definitiva, una vez constituido el Tribunal del Jurado en tiempo y forma, se ha acreditado en distintas fases del procedimiento que las personas (con y sin discapacidad) que lo componen tienen la aptitud suficiente para el desempeño de la función del jurado.

Otro tema interesante es determinar si la discapacidad puede ser causa de recusación. En general, el art. 21 LOTJ regula la recusación en los siguientes términos, “El Ministerio Fiscal y las demás partes, a quienes se ha debido entregar previamente el cuestionario cumplimentado por los candidatos a jurados, podrán formular recusación, dentro de los cinco días siguientes al de dicha entrega, por concurrir falta de requisitos o cualquiera de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición previstas en esta Ley. También propondrán la prueba de que intenten valerse.

Cualquier causa de recusación de la que se tenga conocimiento en ese tiempo, que no sea formulada, no podrá alegarse posteriormente”.

Consideramos que al igual que la discapacidad “per se” no puede ser causa para excluir a una persona como miembro del jurado, tampoco puede ser argumento para justificar la recusación, sobre todo cuando la persona la persona ha puesto de manifiesto y ha solicitado en el cuestionario al que se refiere el art. 20 LOTJ los medios de apoyo y ajustes razonables que necesita para desempeñar su función.

Por su parte el art. 40 LOTJ que regula la selección de los candidatos a jurados y la constitución del Tribunal prevé en su apartado 3 que “las partes, después de formular al nombrado las preguntas que estimen oportunas y el Magistrado-Presidente declare pertinentes, podrán recusar sin alegación de motivo determinado hasta cuatro de aquéllos por parte de las acusaciones y otros cuatro por parte de las defensas”. Conforme a este enunciado MARTÍNEZ-PUJALTE se plantea si la recusación de un jurado por razón de su discapacidad, en el trámite de recusaciones libres constituiría una discriminación prohibida por el art. 14 CE. Coincido con él en que “aun cuando se trata ciertamente de una cuestión problemática, ... hay razones suficientes para sostener que no existen obstáculos constitucionales para la admisión de cualquier recusación, aun cuando sus reales motivos subjetivos sean de naturaleza discriminatoria”<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., “La participación de las personas con discapacidad...”, cit., p. 350.

### 3. EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE SER MIEMBRO DEL JURADO: LA DISCAPACIDAD COMO EXCUSA PARA ACTUAR COMO JURADO

Con la reforma por la LO 1/2017 se modificó el art. 12 LOTJ que regula las causas para excusar la actuación como jurado. En concreto, se modificó el número 1 quedando con la siguiente redacción: «Los mayores de sesenta y cinco años y las personas con discapacidad.»

No compartimos que expresamente se haya incorporado a la persona con discapacidad como sujeto que puede excusarse para ser miembro del jurado. Estaríamos ante una incongruencia transcendental, ya que la LOTJ estaría admitiendo que la discapacidad “per se” es una causa legal para no cumplir con un deber de ciudadano, cuando previamente sí ha admitido que la discapacidad “per se” no puede ser motivo de exclusión de una persona a su derecho a participar en la administración de justicia a través del Tribunal del Jurado. No era necesaria la incorporación de esta causa, ya que la persona con discapacidad, al igual que la persona sin discapacidad podrá excusar su nombramiento cuando concorra alguna de las causas previstas<sup>16</sup> en el art. 12, pero no por tener discapacidad.

Si con motivo de la discapacidad, la persona tiene incompatibilidad o dificultad para desarrollar las funciones del jurado, siempre podrá excusarse acudiendo a cualquiera de las demás causas del art. 12, y si no coincide con ninguna siempre tiene la opción de solicitar la excusa del art. 12.7 LOTJ: “Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado”.

Distinto es que con motivo de la discapacidad requiera medidas de apoyo, adaptación de horarios o de las condiciones donde se celebren las sesiones, ya que estas circunstancias nunca pueden ser un argumento para excusar el cumplimiento de un deber

---

<sup>16</sup> Las otras causas de excusa para actuar como jurado previstas en el art. 12 LOTJ son:

2. Los que hayan desempeñado efectivamente funciones de jurado dentro de los cuatro años precedentes al día de la nueva designación.
3. Los que sufran grave trastorno por razón de las cargas familiares.
4. Los que desempeñen trabajo de relevante interés general, cuya sustitución originaría importantes perjuicios al mismo.
5. Los que tengan su residencia en el extranjero.
6. Los militares profesionales en activo cuando concurren razones de servicio.
7. Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado.

de ciudadano y en concreto, del deber de formar parte del jurado. La excusa es una exención del deber que tendrá que valorarse por el Juez y tendrá que estar debidamente justificada.

### III. LOS AJUSTES RAZONABLES, EL SISTEMA DE APOYOS Y LOS AJUSTES DE PROCEDIMIENTO PARA GARANTIZAR LA PARTICIPACIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL TRIBUNAL DEL JURADO

#### 1. LOS AJUSTES RAZONABLES Y LA PROVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO EN LA LOTJ: ARTÍCULO 20 Y DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA

Tal y como señalamos, la LO 1/2017 reformó el art. 20 reconociendo la posibilidad de que si una persona con discapacidad era designada como candidata a jurado debía hacer constar al Magistrado-Presidente en el cuestionario facilitado “en su caso, aquellas circunstancias personales asociadas a situaciones de discapacidad que pudieran presentar y que fueran relevantes para el ejercicio regular de esta función; asimismo acompañarán las justificaciones documentales que estimen oportunas y concretarán la solicitud de los medios de apoyo y ajustes razonables que necesiten para desempeñar su función”.

Además, se incorporó al texto de la LOTJ la Disposición Adicional Tercera que con la rúbrica “Provisión de los medios de apoyo” estableció que “Las Administraciones Públicas competentes proveerán los medios de apoyo necesarios en los Tribunales de Justicia para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a ser jurado”.

Sin duda, ambos preceptos son normas modelo para ese momento, ya que legalmente se estaba incidiendo en la necesidad de que para el ejercicio de un derecho reconocido a las personas con discapacidad era necesario además que la Administraciones Públicas cumplan con su obligación general del art. 9.2 CE, y en concreto proveer de los medios de apoyo necesarios para su ejercicio. Y, además, será la propia persona la que, a través del cuestionario, y si es necesario, la que comunicará los ajustes razonables y apoyos que requiere.

Tal y como señalaba en la Introducción hasta la Ley 8/2021 no hemos tenido una regulación jurídica de los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica<sup>17</sup>. En el Pre-

---

<sup>17</sup> DE SALAS MURILLO, S. “Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, n.º 5, 2018, pp. 71-120.

ámbito se reconoce que el término apoyos es “... un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”.

Las medidas de apoyo se fijarán respecto a la persona y/o a sus bienes, incluyendo los ámbitos de salud, domicilio o comunicaciones. Así mismo, se prevé que podrá beneficiarse cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo”.

Por tanto, la persona que las necesite podrá solicitar las medidas de apoyo voluntarias, y si éstas no existen o son insuficientes se acordarán medidas de apoyo judiciales por las normas de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y si hubiese oposición por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ya lo avanzaba CUENCA GÓMEZ al explicar que “Las medidas de apoyo deben caracterizarse por su amplitud y, por tanto, proyectarse en todas aquellas esferas en las que las personas requieran apoyo en la toma de sus decisiones y mantenerse –con las debidas revisiones– mientras sean necesarias. En todo caso, el funcionamiento de estas medidas y la articulación de todo el sistema debe estar presidido por los derechos. Ello implica que el sistema de apoyo no sólo debe ser respetuoso con los derechos, sino orientarse de modo prioritario a favorecer el ejercicio de los derechos por parte de las personas a las que se dirige. Por tanto, los mecanismos de apoyo –en contra de lo defendido desde algunos planteamientos– deben proyectarse sobre cuestiones relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales. En todo caso, y dada la relevancia de la materia afectada, deben establecerse especialmente en este ámbito garantías adecuadas”<sup>18</sup>.

Así pues, la lectura y aplicación del art. 20 y de la Disposición Adicional Tercera, y por tanto de la LOTJ ha de ser conforme a Ley 8/2021 que dota de contenido jurídico al concepto general de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica.

---

<sup>18</sup> CUENCA GÓMEZ, P., “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”, *REDUR* 10, diciembre 2012, p. 76.

## 2. REFERENCIA A LOS AJUSTES DE PROCEDIMIENTO PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 7 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Conforme a los “Principios y Directrices Internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad”, en concreto a tenor del Principio 7, se ha “asegurar la participación en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad en el sistema de jurados, proporcionando todo el apoyo, los ajustes razonables y los ajustes de procedimiento necesario. Entendiendo por ajustes de procedimiento, “todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto del acceso a la justicia, cuando se requieran en un caso determinado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. A diferencia de los ajustes razonables, los ajustes de procedimiento no están limitados por el concepto de «carga desproporcionada o indebida”. Además, “los ajustes de procedimiento servirían también para “hacer valer efectivamente el derecho a un juicio imparcial y el derecho a participar en la administración de justicia”, siendo “un elemento intrínseco del derecho de acceso a la justicia”<sup>19</sup>.

Actualmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria regulan expresamente los ajustes de procedimiento en el art. 7 bis, introducido por la Ley 8/2021.

Dada su extensión, nos limitamos a transcribirlo ya que su lectura es necesaria para comprender el alcance de los ajustes que se han de hacer igualmente en el Tribunal del Jurado:

“1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.

Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

---

<sup>19</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, A/HRC/37/25, 2017, p. 8.

2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.”

Analiza este artículo ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO<sup>20</sup> destacando la importancia del derecho de la persona con discapacidad a entender y a ser entendida, y a los apoyos a la comunicación, ya que existe la obligación de que las comunicaciones ha de ser en un lenguaje claro, sencillo y accesible que tenga en cuenta sus características personales o sus necesidades de apoyo, como la Lectura Fácil. Asimismo, nos recuerda que la enumeración que se realiza no es exhaustiva por lo que se deberán facilitar a la persona todos los recursos que requiera la persona, aunque no figure en el art. 7 bis, como, por ejemplo, los sistemas aumentativos o alternativos de comunicación (SAAC).

Al igual que señalábamos el carácter supletorio del Código Civil, también ostenta este carácter la Ley de Enjuiciamiento Civil que en su art.4 establece que, “en defecto

---

<sup>20</sup> ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I. en “Comentario del Artículo Cuarto Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Dos: Se introduce un nuevo art. 7 bis LEC” y Comentario del Artículo Séptimo Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria Uno: Se introduce un nuevo art. 7 bis LJV en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Serie Derecho de la Discapacidad, Vol. III (Dir. Guilarte Martín-Calero, C.), Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 1125-1132 y p. 1373.

de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”.

Así pues, hasta que al LOTJ sea reformada en este sentido, hemos de aplicar las disposiciones del art. 7 bis de la LEC en cuanto a los ajustes de procedimiento que se han de realizar para garantizar el ejercicio del derecho a ser jurado.

### 3. SOBRE LOS APOYOS REALIZADOS POR PERSONAS: EL FACILITADOR JUDICIAL, EL ASISTENTE PERSONAL O EL INTÉRPRETE DE LENGUA DE SIGNOS

El art. 7 bis, 2 hace referencia a los apoyos desempeñados por personas que realizan las funciones requeridas por la persona con discapacidad. En concreto en el apartado d) se reconoce que “la persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.” Entre ellas, podemos incluir al intérprete de leguas de signos reconocidas legalmente, la participación de un profesional experto a modo de facilitador<sup>21</sup>, o el asistente personal.

El principal problema que nos encontramos es que ninguna de estas figuras está prevista en una regulación legal expresa por lo que su estatuto jurídico queda sin concretar en cuanto a la formación que se requiere, la situación laboral, el contenido de sus funciones, etc. Es decir, es una realidad la importancia de estos profesionales en el desempeño de sus funciones de apoyo a las personas con discapacidad, pero no tienen un respaldo legal a su trabajo.

Por ejemplo, se puede cuestionar quién puede ejercer la función del facilitador judicial. Así GARCIMARTÍN MONTERO considera razonable “que esta función recaiga en el Letrado de la Administración de Justicia dentro del cumplimiento como funcionario encargado de auxiliar al jurado (art. 57 y 61 LOPJ)<sup>22</sup>. Sin embargo, coincido con el sector que considera que los facilitadores son profesionales cuyas dos funciones principales son: prestar asistencia en materia de comunicación a las partes y al Sistema de Justicia y determinar si se necesitan ajustes, cuáles serían y, en su caso, proporcionarlos o indicar cómo proporcionarlos. Por tanto, podrán ser los profesionales

<sup>21</sup> Vid. CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyos...”, cit., p. 75, DE SALAS MURILLO, “Significado jurídico...”, cit., pág. 14.

<sup>22</sup> GARCIMARTÍN MONTERO, R. “La inclusión de las personas con discapacidad...”, cit., p. 30.



que tengan al menos conocimientos sobre: modelo de derechos humanos de la discapacidad, distintos tipos de discapacidad, accesibilidad universal y accesibilidad cognitiva, ciertos conocimientos sobre Derecho, fundamentalmente Derecho Procesal que le permitan facilitar la comprensión sobre el procedimiento y sus particularidades, si la persona facilitadora va a realizar el informe que determine si se precisan apoyos y cuáles, deberá tener conocimientos sobre psicología forense, comunicación y lenguaje<sup>23</sup>.

Igualmente, la carencia de regulación de lugar a cuestionar si una persona de apoyo (facilitador, intérprete de lengua de signos, asistente personal, etc.) puede acompañar al miembro del jurado con discapacidad sin afectar al régimen de régimen de incomunicación y a las notas de imparcialidad e independencia que caracterizan la función del jurado. Coincido nuevamente con MARTÍNEZ-PUJALTE quien considera que su presencia “no viola el régimen de incomunicación; ahora bien, este profesional estaría sujeto también a la obligación de secreto que recae sobre los jurados, así como a la prohibición de facilitar a los jurados informaciones sobre la causa que ellos no hayan conocido en el proceso”<sup>24</sup>.

Así pues, se requiere con celeridad la regulación legal de los profesionales que desempeñan la función de apoyo a las personas con discapacidad, delimitando sus funciones, la formación que por tanto requieren y el régimen laboral al que deben someterse en cumplimiento de la legislación general y especial.

#### IV. CONCLUSIONES

- El reconocimiento legal de la titularidad del derecho, en este caso, para ser miembro del Tribunal del Jurado, ha de ir respaldado por las normas que garanticen el ejercicio y el cumplimiento del derecho-deber para no incurrir nuevamente en la sistemática discriminación de la persona con discapacidad.

- La reforma que se realizó por Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, constituyó un importante avance en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito

<sup>23</sup> Tomado como referencia el documento de Plena Inclusión, “La persona facilitadora en procesos judiciales”, Madrid, 2020, p. 16.

<sup>24</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., “La participación de las personas con discapacidad...”, cit., pp. 348-350. Sin embargo, no son pacíficas las opiniones, así, por ejemplo, GARCIMARTÍN MONTERO, R. admite que “en el momento de la deliberación puede ser oportuno prescindir en la medida de lo posible de cualquier apoyo personal para evitar cualquier interferencia externa” en “La inclusión de las personas con discapacidad...”, cit., p. 30.

de la Administración de Justicia. Con la reforma de los artículos 8.5, 12.1, 20 y la nueva Disposición Adicional 3.º se incorporó el nuevo estatuto de la persona con discapacidad como miembro del jurado.

- La actual regulación ha de conectarse con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. Desde su entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021 contamos con el respaldo legal para poder dar contenido a los ajustes de procedimiento que se requieren en el desempeño de la función como miembro del Tribunal del Jurado por una persona con discapacidad. Hemos de conectar la aplicación de los Principios de Diseño para todas las personas y Accesibilidad Universal (incluida la Accesibilidad Cognitiva) con la realización de ajustes razonables y la adopción de medidas de apoyo que requiera la persona para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones.

- Se ha de conseguir la formación de los operadores jurídicos tal y como expresamente se prevé en la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

- Urge la regulación del estatus jurídico de los profesionales que ejercen las figuras de apoyo, tales como facilitador judicial, asistente personal o intérprete de lengua de signos. Contribuirá a su especialización y al desempeño de su trabajo en las condiciones óptimas conforme a la legislación laboral.

- Hemos de trabajar para que las personas con discapacidad tengan garantizado el acceso a la justicia, así como la presencia y la participación en la Administración de Justicia. Sólo así, estaremos cumpliendo con la plena y efectiva inclusión en la sociedad en condiciones de igualdad.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “Calificación jurídica de los «apoyos» a la persona con discapacidad como parte integrante del concepto de «alimentos» del artículo 142 del Código Civil”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, n.º 4, 2019, pp. 33-47.

“Mecanismos de garantía y de protección de los derechos de las personas con discapacidad», «Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo» Monereo Pérez, J. L. (dir.) 2020, pp. 1169-1190.

CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: prin-

ceptos generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR* 10, diciembre 2012, pp. 61-94.

DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I.: *Acceso a la Justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, España, Plena Inclusión, 2018.

“Comentario del Artículo Cuarto Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Dos: Se introduce un nuevo art. 7 bis LEC” y Comentario del Artículo Séptimo Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria Uno: Se introduce un nuevo art. 7 bis LJV en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Serie Derecho de la Discapacidad, Vol. III, (Dir. Guilarte Martín-Calero, C.), Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 1125-1132 y p. 1373.

DE ASÍS ROIG, R. “Sobre el significado de los ajustes de procedimiento”, *Teoría Jurídica Contemporánea* 5:1, enero-junio 2020 pp. 225-247.

DE LORENZO GARCÍA, R. “El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, n.º 4, 2019, pp. 11-31.

DE SALAS MURILLO, S. “Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención”, *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, n.º 5, 2018, pp. 71-120.

“¿Existe derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 96, n.º 780, 2020, pp. 2227-2268.

GARCIMARTÍN MONTERO, R. *La inclusión de las personas con discapacidad en el Tribunal del Jurado: un análisis a la luz de la reforma de la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2018.

LORCA NAVARRETE, A. M., “El Tribunal del Jurado no es un jurado popular: tampoco es un tribunal popular”, *Revista Vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 14, n.º 2, 2002, p. 317.

*El jurado: experiencias y futuro en el décimo aniversario de la Ley del Jurado (1995-2005)*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005.

MARÉZ ROGER, F. y MORA ALARCÓN, J. *Comentarios a la Ley del Jurado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 110.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L. *Derechos fundamentales y discapacidad*. Colección Convención ONU, n.º 14, Editorial Cinca, Madrid, 2015.

“La participación de las personas con discapacidad en la institución del Jurado. A propósito de la Ley orgánica 1/2017, de 13 de diciembre”, *Revista de Derecho Político*. UNED, n.º 103, septiembre-diciembre 2018, pp. 331-353.

NACIONES UNIDAS Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, A/HRC/37/25, 2017.

NACIONES UNIDAS, “Principios y Directrices Internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad”, Ginebra, 2020.

NAVARRO MEMBRILLA, R., “Hacia un sistema judicial inclusivo” *Anales de Derecho y Discapacidad* N.º 4, 2019, pp. 201-225.

PLENA INCLUSIÓN, “La persona facilitadora en procesos judiciales”, Madrid, 2020.

RECIO ZAPATA, M., “La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual”, ALEMANY CARRASCO, A., MANZANERO PUEBLA, A., *SIGLO CERO, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 43 (3), núm. 243, 2012, pp. 54-68.

VV.AA.: *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*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 2011.



**Agustín Huete García**

Sociólogo. Universidad de Salamanca. Facultad de Educación. INICO

---

## **LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PARTE DEL DERECHO A LA INCLUSIÓN, VISIÓN ACADÉMICA**

### **1. INSTITUCIONALIZACIÓN. MARCO CONCEPTUAL**

El diccionario de la Real Academia Española (2022) define institución como un “organismo que desempeña una función de interés público, especialmente benéfico o docente”, esto es, las instituciones cumplen una función social de carácter educativo o de atención a las necesidades básicas de determinadas personas. Ahora bien, esta definición no incorpora información sobre la dinámica interna de las instituciones, o sobre los efectos que pueden tener sobre la vida diaria de los individuos.

La Coalición Europea para la Vida Comunitaria (ECCL por sus siglas en inglés)<sup>1</sup>. define institución como “cualquier lugar en el que las personas son aisladas, separadas y/u obligadas a vivir juntas. Una institución es también cualquier lugar en el que las personas no tienen, o no se les permite, ejercer un control sobre su vida y sus decisiones del día a día”. La institucionalización tiene por tanto un efecto en los individuos que se insertan en ella, asumiendo en su contexto toda una serie de normas y procedimientos aplicados en el seno de éstas.

---

<sup>1</sup> European Coalition for Community Living: <https://cps.ceu.edu/research/eccl>

Así pues, las instituciones o la incorporación de individuos a las mismas (institucionalización), además de desempeñar una función social (de carácter educativo, social o de atención a las necesidades básicas), puede implicar, por su propia naturaleza, la asunción, por parte de los individuos ingresados en ellas, de una serie de pautas de comportamiento a través del sistema de normas y reglas que se les imponen.

Las instituciones residenciales en Europa han sido una respuesta común a la atención a personas con necesidades de alojamiento y asistencia en las necesidades de la vida diaria desde principios del siglo diecinueve. A ello no ha sido ajeno el grupo de las personas con discapacidad, que han sido alojadas durante siglos en hospitales psiquiátricos y otras instituciones consideradas como la forma más adecuada para alojarlas y atender a sus necesidades, al mismo tiempo que han servido para mantenerlas aisladas de la sociedad.

Después de la Segunda Guerra Mundial y hasta la actualidad, muchos países se han planteado la virtualidad del modelo caracterizado por la atención desde grandes instituciones residenciales. Los gobiernos de estos países han comenzado a desarrollar políticas para el cambio de la atención institucional, a la prestación de atención y apoyo en las comunidades locales. Ello se debe a diversos factores, entre los que se encuentran cambios de ideología, la aparición de frecuentes escándalos de abuso en el interior de las instituciones, y el surgimiento de organizaciones de la sociedad civil que han cuestionado estas soluciones sobre la base de análisis de coste beneficio, derechos humanos, o calidad de vida entre otras cuestiones.

### **Diversidad en la institucionalización**

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra el derecho a vivir en la comunidad, y obliga a los Estados miembros de la Convención a reemplazar su sistema de atención institucional por alternativas de carácter comunitario. El derecho explícito a vivir en la comunidad que figura en la Convención se deriva de una larga historia de institucionalización, que cada vez ha sido más reconocida como discriminatoria e innecesaria.

Pero la institucionalización no se ha extendido con igual intensidad, incluso en países de similar desarrollo económico y cultural. Tomando la ya clásica tipología de sistemas de bienestar de Esping-Andersen (1990), los estados del bienestar son el resultado de una constelación de encajes institucionales de carácter económico, político y social. A partir de estas dimensiones, tipifica tres modelos del bienestar capitalista: liberal, entre los que se localizan países como Reino Unido y Estados Unidos; conservador, característico de Alemania y Austria; y socialdemócrata, propio de los países Nórdicos.

Continuando con esta diversidad de modelos de bienestar a partir de patrones económicos, culturales e históricos, se puede identificar un modelo particular en la Europa del sur que incluye básicamente a España, Grecia, Italia y Portugal (Ferrera, 1995; Moreno, 1997). En este sentido, puede constatarse que estos países (y otros también mediterráneos) comparten analogías respecto a su régimen de bienestar en los que la solidaridad familiar es un factor clave. La familia en la cultura mediterránea desempeña un papel clave en el bienestar de sus miembros, en una frecuente priorización de los componentes del hogar frente a otros asuntos.

En un análisis de estrategias de cuidados, Bettio y Plantenga (2004) tratan de aplicar la literatura sobre regímenes de bienestar al estudio de una dimensión concreta, como es el modelo de articulación de cuidados de larga duración en los diferentes países. En un primer grupo, los países del Sur de Europa se caracterizan por la presencia bastante baja de cuidado residencial. En el otro extremo, los países nórdicos presentan una baja extensión en el cuidado informal, pero alto en cuidado residencial y comunitario.

## 2. INSTITUCIONALIZACIÓN Y DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

La institucionalización de las personas con discapacidad consiste pues en el internamiento en centros abiertos de los mismos, ya sea de forma voluntaria o involuntaria. Estos centros se encargan, además, de ofrecer servicios continuos de carácter tanto personal como sanitario (Ramiro Avilés, 2010). Estas personas, además, pueden pasar por los centros de manera temporal o convertirlos en su lugar de residencia.

La Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD08) se aplicó en 800 centros en los que residen de forma permanente personas con discapacidad (residencias de personas mayores, centros de personas con discapacidad, hospitales psiquiátricos y hospitales geriátricos), lo que supone una muestra de 11.000 personas residentes en establecimientos colectivos<sup>2</sup>.

La EDAD08 estimó en algo más de 269.000 las personas con discapacidad residente en centros, de los más de 4 millones de personas con discapacidad que viven en España, lo cual nos ofrece el primer y más relevante resultado: la institucionalización de personas con discapacidad en centros afecta a una población pequeña en términos relativos (menos del 7 % de la población con discapacidad), aunque considerable en términos absolutos: casi trescientas mil personas. Estos datos confirman por tanto la

---

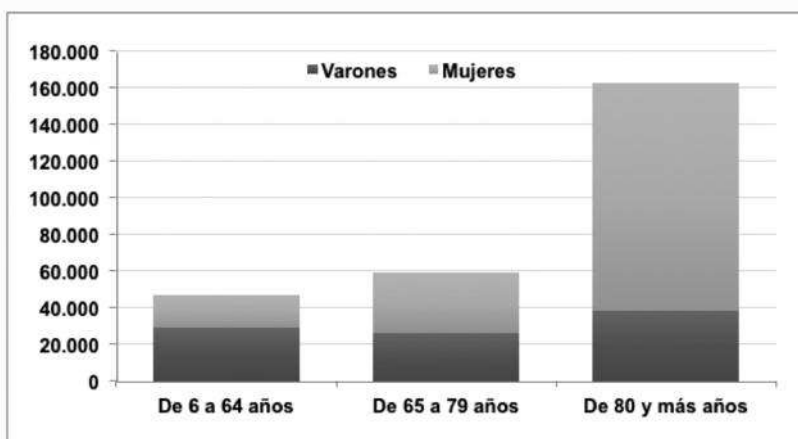
<sup>2</sup>Al cierre de este artículo, el INE ha hecho públicos los resultados de la nueva EDAD2020 aplicada en hogares, pero no los resultados de los datos recogidos en centros, razón por lo que no se pueden ofrecer datos más actualizados.



idea indicada en el marco analítico de este estudio, y evidencia que en España el modelo de atención a personas con discapacidad tiene una explicación social, y su fundamento en el hogar, como principal fuente de apoyos.

Del total de 269.139 personas, un 60,5 % son mayores de 80 años, es decir, se trata de una población fundamentalmente compuesta por adultos mayores, mientras que en edad laboral son 46.879 personas residentes en centros (incluso algunos menos, ya que habría que descontar a los menores de 16, pero la fuente de datos no lo permite).

*Población con discapacidad residente en centros, por grupo de edad y sexo.  
Total personas*



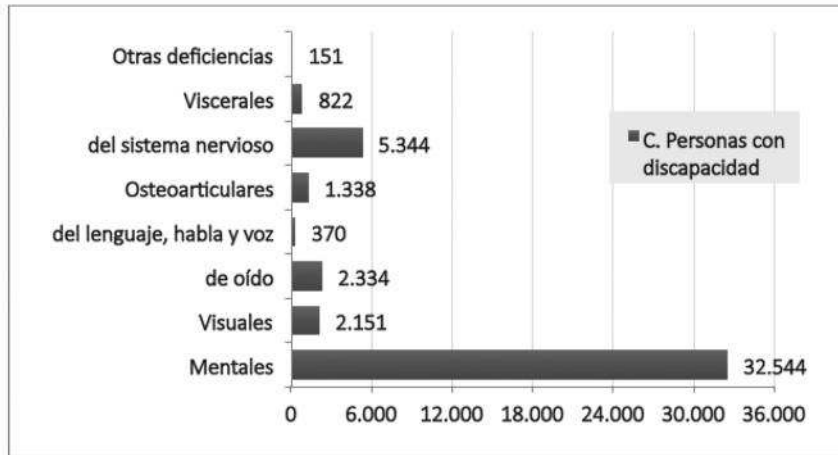
	De 6 a 64 años	De 65 a 79 años	De 80 y más años	Total
Varones	29.005	26.439	38.102	93.546
Mujeres	17.874	32.927	124.792	175.593
Total	46.879	59.366	162.894	269.139

Fuente: INE. Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia 2008.

A pesar de que desde una óptica del Modelo Social de la Discapacidad la deficiencia ha quedado en desuso como categoría de clasificación, resulta relevante su uso como categoría de análisis. Tal como se muestra, la población con discapacidad resi-

dente en centros se encuentra formada mayoritariamente por personas con deficiencias mentales. Conforme avanza la edad se hacen ligeramente más frecuentes otros tipos de deficiencia, aunque las mentales siguen siendo mayoritarias.

*Población con discapacidad residente en centros, por grupo de edad y grupo de deficiencia.  
Porcentaje y total personas*

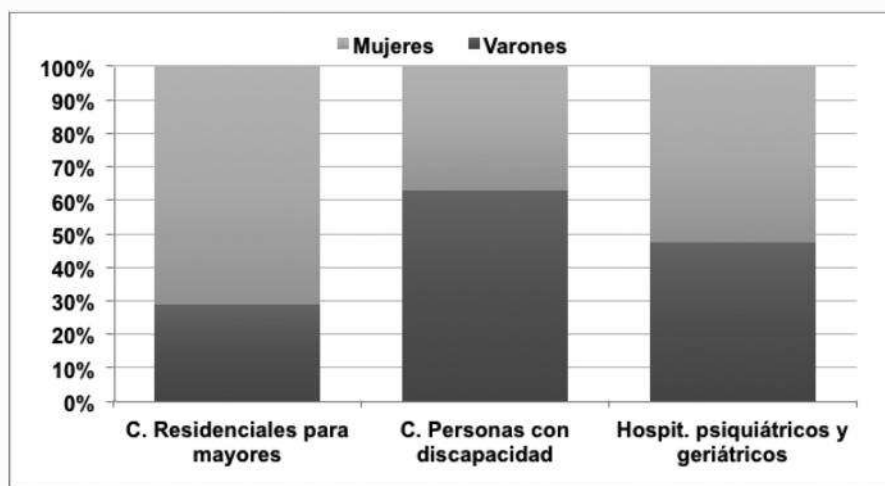


	De 6 a 64 años	De 65 a 79 años	De 80 y más años	Total
Mentales	40.957	34.619	84.896	160.472
Otras	5.922	24.747	77.998	108.667
Total	46.879	59.366	162.894	269.139

Fuente: INE. Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia 2008.

Atendiendo a la especificidad o tipo de centro, la población con discapacidad residente en instituciones específicas para dicha población asciende a 36.869 personas, de las cuales casi dos terceras partes (63 %) son varones.

*Población con discapacidad residente en centros, por tipo de centro y sexo.  
Porcentaje y total personas*



	C. Residenciales para mayores	C. Personas con discapacidad	Hospit. psiquiátricos y geriátricos	Total
Varones	62.863	22.575	8.108	93.546
Mujeres	153.315	13.294	8.985	175.594
Total	216.178	35.869	17.093	269.140

Fuente: INE. Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia 2008.

La población con discapacidad residente en centros es mayoritariamente inactiva, aun aquella que se encuentra en edad de trabajar, donde más del 70 % recibe una pensión como fuente de ingresos principal. De un total de casi 47.000 personas residentes en centros en edad laboral, únicamente 895 se encuentran trabajando y 275 buscando empleo, lo cual representa una tasa de actividad inferior al 2,5 %.

En relación con la autonomía personal y la toma de decisiones, se han evidenciado diferencias en función del género, que muestran una menor frecuencia en mujeres que tienen posibilidades para decidir en aspectos tan básicos como el aseo, la alimentación

o el vestido. Tal como se muestra en las siguientes tablas, las diferencias de género en las oportunidades para tomar decisiones sobre aspectos básicos de la vida diaria son persistentes.

*Población con discapacidad residente en centros de personas con discapacidad, por actividades en las que puede tomar decisiones.  
Porcentaje y diferencia en puntos porcentuales por sexo*

	Varones	Mujeres	Dif
Cuándo levantarse o acostarse	38,6	29,8	-8,8
Qué ropa ponerse	72,1	69,2	-2,9
Cuándo asearse	39,5	32,2	-7,3
Qué comer y cuando	14,4	5,3	-9,1
Cómo administrar su dinero	38,3	32,1	-6,2
Con quién comparte su habitación	11,9	8,6	-3,3
Cuándo salir y entrar al centro	37,1	26,5	-10,6
Dónde y con quién pasar el tiempo libre	75,4	69,1	-6,3
Decorar su habitación con cosas propias (cuadros, retratos, sillón, televisión)	76,5	73,7	-2,9

Fuente: INE. Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia 2008.

### 3. INSTITUCIONALIZACIÓN E INCLUSIÓN SOCIAL

Una sociedad es, en esencia, la configuración común de un tipo básico de individualidad adaptado perfectamente a una manera estándar de vivir, de forma que todos los individuos que la integran tengan un comportamiento parecido, o incluso igual, respecto a los valores, creencias o códigos fundamentales. Esta uniformidad cultural es mucho más evidente en grupos pequeños, y menos exigente conforme las sociedades se hacen más grandes y complejas.

La forma de vivir, esto es, la cultura, es por definición resistente al cambio, y en ella operan fuerzas que tratan de perpetuarla, generación en generación, como los mínimos cambios posibles. Pero a la vez, en un proceso que podríamos equiparar a la

forma en que evolucionan las especies biológicas, la cultura necesita adaptarse, es decir cambiar (Ávila Francés, 2005).

Estos cambios suelen ser difíciles de consolidar y llevan su tiempo. Ante cualquier expectativa de cambio social, encontraremos grupos sociales, normalmente poderosos y, por tanto, beneficiados por la cultura dominante, que tratarán de que esos cambios no se produzcan, mientras que otros grupos, generalmente perjudicados, tratarán de propiciar esos cambios, enfrentándose a la cultura dominante.

Se llega así al elemento nuclear que nos ocupa. La discapacidad, puede ser explicada como una construcción cultural, en la que el cuerpo “normal” es decir el de la mayoría de las personas consideradas “normales” es culturalmente considerado más valioso que el de las personas con discapacidad, lo cual se traduce en privilegios para los primeros, y desventajas para los segundos (Marín, 2013).

### **La discriminación por discapacidad**

La discriminación por discapacidad se basa en la idea general de que el funcionamiento y las habilidades consideradas “normales” son definitorias del ser humano y, por lo tanto, no se puede esperar para las personas con discapacidad un futuro equiparable al del resto de la humanidad, porque no son personas humanas “completas”. La discapacidad es así, con frecuencia, invisibilizada con base en valores, costumbres y creencias negativas que se traducen en barreras a la movilidad, la comprensión o la comunicación (Abberley, 2008).

La discriminación por discapacidad se construye socialmente mediante mecanismos insertos en el estilo de vida, y afecta también a la identidad de las propias personas con discapacidad. La presencia de actitudes capacitistas en la sociedad se da independientemente de si las personas que las reproducen tienen o no relación más o menos cercana con personas con discapacidad, al igual que hoy sabemos que el machismo, o el racismo o la homofobia, se presentan mediante actitudes generalizadas en la población, incluso en las mujeres, las minorías étnicas o las personas LGTB.

No es extraño, por tanto, que personas con o sin discapacidad entiendan que la discapacidad es una justificación suficiente para esperar menos de ellas, excluirlas, o infravalorarlas. Es el resultado lógico de una construcción cultural heredada, cuya transformación genera resistencias. A estas construcciones sociales basadas en que las personas sin discapacidad son más valiosas, o en la menor valoración de las personas con discapacidad, la llamamos discriminación por discapacidad, o “capacitismo”.

Desde esta perspectiva, la discapacidad se puede explicar por tanto como una forma de discriminación más, equiparable a otras ya reconocidas como la de género, etnia, edad, u orientación sexual. De esta forma, se entienden los bajos resultados en calidad de vida de la población con discapacidad no como resultado de su configuración corporal (capacidad), sino de un diseño social capacitista, es decir, concebido tradicionalmente por y para personas sin discapacidad.

### **La inclusión es presencial**

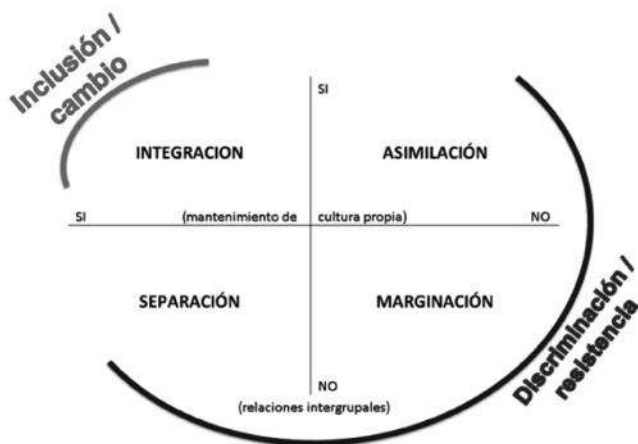
El hecho de considerar la discapacidad como una forma de discriminación equiparable a otras ya conocidas y estudiadas, es decir como una cuestión de derechos humanos, tiene una gran ventaja: resulta posible aprovechar los conocimientos generados sobre estas formas de discriminación (machismo, racismo, homofobia), para aplicarlos al estudio del capacitismo.

Uno de los modelos más utilizados para analizar la discriminación social es el que propone Berry (1990), para estudiar y explicar la discriminación étnica en el contexto migratorio canadiense. En este modelo, Berry estudia las diferentes formas en que una cultura dominante, se relaciona con otras minoritarias a las que supuestamente acoge.

Para ello, plantea dos sencillas preguntas: ¿Se relacionan las personas de la cultura dominante, con las de la cultura minoritaria? y ¿Las personas de la cultura minoritaria pueden mantener sus rasgos culturales? Contestando Sí o No a esas dos preguntas, se obtiene un esquema de cuatro posibilidades:

1. *Integración*: La minoría SÍ se relaciona con el grupo dominante y SÍ mantiene su identidad propia.
2. *Asimilación*: La minoría SÍ se relaciona con el grupo dominante y NO mantiene su identidad propia.
3. *Separación*: La minoría NO se relaciona con el grupo dominante y SÍ mantiene su identidad propia.
4. *Marginación*: La minoría NO se relaciona con el grupo dominante y NO mantiene su identidad propia.

*Inclusión cultural de las personas con discapacidad*



Fuente: elaboración propia a partir de Berry (1990).

Aplicando este esquema al estudio de la discriminación por discapacidad a la cuestión de la institucionalización, resulta evidente que toda institución en la que se concentra exclusivamente personas con discapacidad tiene un carácter puramente segregador, y por ende incompatible con la inclusión social.

Ahora bien, para generar posibilidades de inclusión social de las personas con discapacidad, además de liquidar los dispositivos que impiden la presencia social en los mismos espacios que el resto de las personas, se hace necesario valorizar las diferencias que definen la identidad de las personas con discapacidad, y ello, obviamente, no queda asegurado con la simple reforma aperturista, o la definitiva desaparición de las instituciones residenciales o de cualquier otra índole específicas para personas con discapacidad.

#### 4. FUNDAMENTOS SOCIALES DE LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN

Diversos estudios han puesto en evidencia que los servicios de carácter comunitario proporcionan casi universalmente una mejor calidad de vida para las personas. Tal como señalan Beadle-Brown (2007) esto es en parte debido a que este tipo de programas permiten una mayor inclusión social y pueden proporcionar una mejor atención individual que las instituciones, donde los servicios se encuentran más orientados al grupo.

Aun existiendo un amplio consenso en relación con los beneficios de la desinstitucionalización de personas, existen también en la literatura numerosas referencias en cuanto a los obstáculos para la misma. Una barrera a menudo citada es el coste. Tal como recoge el informe de Human Rights Watch (2010), aunque la atención en la comunidad tiende a ser menos costosa en el largo plazo, los costes a corto plazo pueden ser altos.

Otro obstáculo a la desinstitucionalización es el estigma asociado a menudo con características como las discapacidades. Estereotipos, incluyendo que las personas con discapacidad son peligrosas, o son como niños y deben ser tratados como tal, a menudo pueden afectar la voluntad de la comunidad en general a aceptar tales individuos. Sin embargo, diferentes aportaciones han puesto en evidencia que la mejor manera de combatir esta barrera es promover el contacto entre la sociedad y las personas con discapacidad institucionalizadas (Corrigan y Watson, 2002), es decir, avanzar en la inclusión.

### **Desinstitucionalizar no basta**

La resistencia a la desinstitucionalización no sólo puede provenir de la comunidad, sino de los propios individuos residentes de las instituciones, a veces reacios a dejar un lugar en el que se han acomodado. Sin embargo, la investigación ha demostrado que incluso los individuos que están inicialmente menos dispuestos a abandonar las instituciones, una vez iniciada su vida en comunidad prefieren esta opción (OED, 2015).

Otro obstáculo para la desinstitucionalización a veces puede venir del personal y la comunidad en la que se ubica la institución. Las instituciones son a menudo grandes, ubicadas en zonas remotas, emplean a gran cantidad de personas y con frecuencia benefician la economía local en el que están situadas. En este sentido, la experiencia ha demostrado que el trabajo con el personal y la comunidad local orientadas a la formación y motivación, finalmente favorecen el proceso de desinstitucionalización (Mansell y Ericsson, 1996).

Según un estudio realizado la Unión Europea sobre las instituciones y sus alternativas en 28 países entre 2003 y 2007, los programas de apoyo basados en la comunidad también son por lo general más baratos que la atención institucional, y cuando no lo son (por ejemplo, para las personas con discapacidades más severas), los servicios comunitarios son igual o más rentables, ya que el aumento de la calidad de vida de los beneficiarios compensa el coste adicional (Mansell, 1996).



Ahora bien, desinstitucionalizar a las personas con discapacidad no es únicamente extraerlas de lugares segregados. En ausencia de apoyos comunitarios y con presencia social como ciudadanos valorados en contextos comunes, los mismos elementos de aislamiento y falta de autonomía que se dan en la institución, se pueden dar en el hogar familiar, o en otras alternativas residenciales.

Los planes de desinstitucionalización deben tener en cuenta que la inclusión efectiva de las personas con discapacidad residentes en instituciones pasa por la toma de control de la propia vida, y el ejercicio de la autonomía personal con los apoyos que sea necesario.

Desde este punto de vista, lo que al inicio de este artículo se presentaba como una ventaja, esto es, la baja tendencia a la institucionalización en los países mediterráneos como España, y la alta tendencia a la prestación de apoyos basados en la microsolidaridad familiar, ya no lo es tanto si se amplía el concepto de institucionalización a cualquier espacio en el que a las personas con discapacidad son sometidas a pautas de comportamiento a través de un sistema de normas y reglas que se les imponen.

## 5. CONCLUSIONES

Millones de personas con discapacidad en el mundo, cientos de miles en Europa, viven en grandes instituciones segregadas. Estas instituciones nacieron con un ánimo positivo, el de dar protección, atención y cuidados a personas tradicionalmente abandonadas por la sociedad. Muchos años después, ha resultado evidente que para garantizar la dignidad de las personas con discapacidad es preciso atender sus necesidades médicas o funcionales, pero también lo es asegurar que puedan vivir sin ser rechazadas, segregadas o marginadas por la sociedad en la que viven, con los apoyos necesarios. Y que la prestación de estos apoyos, y la eliminación de las barreras, es una responsabilidad fundamentalmente social, no individual, ni familiar.

La institucionalización es en realidad la cristalización de un problema más complejo, que tiene que ver con la manera en que una sociedad resuelve el problema de proporcionar bienestar a personas objetivamente diferentes, y generalmente maltratadas ya sea por su sexo, edad, pobreza, etnia o como en el caso que nos ocupa, discapacidad. Detrás de la institucionalización, se halla entonces el problema de cómo lograr la inclusión de la población con discapacidad y en qué medida dicha inclusión es o puede ser consecuencia de la desinstitucionalización.

No se debe plantear este asunto como una conspiración, no es que una mayoría de personas sin discapacidad se ponga de acuerdo a diario para hacer la vida más difícil

a las personas con discapacidad. La sociedad en general no tiene la voluntad de discriminar, pero lo hace, a partir de una cultura en la que lo normal, lo valorado, es no tener discapacidad. Pero las culturas cambian, se adaptan. Y la inclusión social consiste en definitiva en tratar de eliminar aquellos elementos materiales e inmateriales que impiden o dificultan a las personas con discapacidad compartir la vida cotidiana con las demás personas, sin dificultades añadidas culturalmente.

Es verdad que técnicamente el problema de la desinstitucionalización de las personas con discapacidad en los países del sur de Europa puede parecer menos importante que en los supuestamente más ricos y avanzados del norte, dado que, por nuestra forma de vida, la familia soporta en buena medida los servicios de bienestar que en otras latitudes prestan las instituciones. Como resultado, en España es baja la tasa de segregación residencial de las personas con discapacidad. Pero esto no significa que no exista el problema de la desinstitucionalización.

El análisis de las fuentes estadísticas disponibles ha permitido evidenciar que la institucionalización de personas con discapacidad es efectivamente pequeña en términos relativos, ya que menos del 7 % de la población con discapacidad reside en centros. Es sin embargo una cifra considerable en términos absolutos, de casi 300.000 personas. Este dato confirma la hipótesis de la que parte este artículo, y evidencia que en España la atención a personas con discapacidad tiene su fundamento en el hogar, como principal fuente de apoyos.

Los planes de desinstitucionalización pasan por terminar con los grandes centros segregados, es verdad, pero también por la prestación de atención y servicios de manera comunitaria, esto es, por la presencia social de las personas con discapacidad en los mismos espacios que las demás personas, lo que se llama “la comunidad”, o “los servicios comunitarios”.

La residencia preferente en el hogar evita la institucionalización, pero no tiene por qué generar más autonomía o participación social. Desinstitucionalizar no es únicamente cerrar centros, es evitar la tendencia a impedir que ciertas personas expresen sus opiniones y elecciones hasta donde sea posible, con los apoyos necesarios, y sin reglas impuestas por criterios espurios. En el mismo sentido, cualquier pauta de comportamiento impuesta a determinadas personas en su vida diaria, podría ser considerada una forma de institucionalización.

La desinstitucionalización significa terminar con los usos y costumbres que tienden a apartar a las personas con discapacidad de los lugares y los tiempos que ocupan las personas sin discapacidad. Y esto tiene poco que ver con dónde o cómo viven las per-

sonas con discapacidad en la actualidad, y mucho que ver con qué se hace para que vivan dignamente, valiosamente, conforme a sus gustos e intereses, allí donde se desarrolla la vida.

En definitiva, los planes de desinstitucionalización únicamente pueden ser exitosos, acompañados de la emancipación de las personas con discapacidad, de su ocupación de los espacios públicos, pero también del respeto a sus deseos, y la promoción de la autonomía personal, con los apoyos que sean necesarios. Llevado al extremo, incluso que una persona con discapacidad resida en una institución, podría terminar siendo secundario, si dicha institución no se impone a su identidad, ni se opone a su participación valorada en la vida comunitaria.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Abberley, P. (1998): "Trabajo, utopía e insuficiencia". En Len Barton (comp.): *Discapacidad y sociedad*, Ediciones Morata. Madrid, pp. 77-96.
- Ávila Francés, M. (2005). "Socialización, Educación y Reproducción Cultural: Bourdieu y Bernstein". *Revista Interuniversitaria de Formación Del Profesorado*, 19(1), pp. 159-174.
- Beadle-Brown J., Mansell J. y Kozma A. (2007): "Deinstitutionalization in intellectual disabilities," *Current Opinion in Psychiatry*, vol. 20.
- Berry, J. W. (1990): "Psychology of Acculturation". En J. J. Berman, *Cross-Cultural perspectives. Nebraska Symposium on Motivation: 1989 (pp. 201-234)*. Lincoln: Nebraska University Press.
- Bettio, F. y Plantenga, J. (2004): "Comparing Care Regimes in Europe". *Feminist Economics*, vol. 10 (1), pp. 85-113.
- Corrigan, P.W., y Watson, A. C. (2002). "Understanding the impact of stigma on people with mental illness". *World Journal of Psychiatry*, 1, pp. 16-19.
- Esping-Andersen, G. (1990). *Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity-Press.
- Ferrera, M. (1995): "Los Estados de bienestar del Sur en la Europa social". En Sarasa, S.: Moreno, L. (ed.), *El Estado de bienestar en la Europa del sur*. Madrid: CSIC, pp. 85-111.
- Human Rights Watch (2010): "Once you enter, you never leave". *Deinstitutionalization of persons with intellectual or mental disabilities in Croatia*. New York: Human RightsWatch.
- Mansell, J. y Ericsson, K. (1996): *Deinstitutionalization and Community Living: Intellectual Disability Services in Britain, Scandinavia and the USA*. London: Chapman and Hall.

- Marín, C. (2013): *El derecho a la propia discapacidad*. Madrid: Dykinson.
- Moreno L. (1997). *The Spanish development of Sourthen Welfare*. Madrid: IESA (serie Documentos de Trabajo, 97-04). OED, 2015.
- Observatorio Estatal de la Discapacidad, OED (2015). *Institucionalización de las personas con discapacidad en España*. Madrid: OED.
- Ramiro Avilés, M. Á. (2010). “La institucionalización de las personas con discapacidad en la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia”. En M. C. Barranco Avilés, *Situaciones de Dependencia, Discapacidad y Derechos*, pp. 275-306. Madrid: Dykinson.



**Gregorio Saravia Méndez**

Delegado del CERMI para los Derechos Humanos  
y para la Convención de la Discapacidad de la ONU  
Doctor en Derecho

---

## **LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PARTE DEL DERECHO A LA INCLUSIÓN EN LA COMUNIDAD, VISIÓN SOCIAL**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Entre los muchos efectos que ha traído la pandemia de la COVID-19 en España está el haber puesto de relieve la urgente necesidad de llevar a cabo un proceso paulatino pero sostenido de desinstitucionalización.

Debe pesar en nuestra conciencia colectiva, la forma en que miles de personas mayores que vivían en residencias murieron a lo largo del 2020 de una manera indigna. Sabemos que existe una amplia gama de mejoras que habría que tener bien identificadas en relación con la gestión que se hizo de la pandemia en las residencias de personas mayores ya que los fallecimientos en algunas de ellas fueron en condiciones de soledad, sin comunicación con los familiares y particularmente dramático.

No se trata de demonizar a las residencias porque pueden continuar siendo una opción para quienes quieran recibir sus servicios, pero hay que garantizar la libertad de elección de las personas y buscar de forma progresiva, no abrupta ni acelerada, una serie de fórmulas habitacionales inclusivas en la comunidad<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El denominado *cohousing* es un recurso idóneo para algunas personas que les permite disponer de apoyos y ejercer su autonomía. Se trata de una fórmula a medio camino entre el modelo residencial y la vivienda individual, que se presta al desarrollo de un proyecto vital comunitario. Otras personas necesitarán que su casa esté adecuadamente adaptada o con el apoyo de asistencia personal. Y para otras personas lo mejor puede ser un centro residencial donde reciba una intensidad de apoyos mayor.

Sabemos que en nuestro país existe un fuerte apego a la vida familiar, y muchas personas quieren vivir allí donde han nacido, han desarrollado gran parte de su vida, donde tienen lazos, donde se sienten partícipes de la comunidad.

Cuando una persona llega a la vejez y necesita apoyo, no puede ser que su vida se convierta absolutamente en otra vida y tenga que pasar los últimos años en un entorno donde las decisiones sobre sí mismo se ponen en manos de otras personas que no ha elegido.

Necesitamos poder reflexionar serenamente como sociedad acerca del futuro de las residencias de personas mayores dentro de un marco más general que incluye también la situación y el funcionamiento del sistema de atención a las personas en situación de dependencia<sup>2</sup>. Es éste, y no otro, el ámbito dentro del cual resulta pertinente preguntarse cuál debe ser el papel de los centros residenciales.

Debemos replantearnos seriamente una desinstitucionalización e ir a modelos de fórmulas habitacionales mucho más comunitarias, ya que el modelo residencial está lejos de ser óptimo y ya estaba en cuestión antes de la pandemia debido a la ausencia de medidas respecto a la potencial especialización de las mismas, la falta de adecuación de sus infraestructuras y la siempre insuficiente financiación del sistema.

Más allá de la situación de las personas mayores –muchas de ellas, huelga decirlo, con algún grado de discapacidad– el bienestar mental general de las personas corre mayor riesgo cuando se encuentran en entornos institucionalizados, debido al aislamiento y la falta de contacto social que producen.

El futuro deberá traer cambios que a su vez serán el resultado de un proceso de debate social intenso dada la pluralidad de actores involucrados en el ámbito sociosani-

---

<sup>2</sup> El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) ha calificado como fallido al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) creado por la Ley 39/2006, y urge a una refundación ambiciosa a través de un gran pacto político, institucional y social. A 15 años de su creación, el SAAD está muy lejos de haberse consolidado como nuevo dispositivo de protección social de las situaciones de personas que por edad o discapacidad precisan de apoyos intensos para su autonomía personal y su inclusión en la comunidad. La percepción generalizada entre sus destinatarios –personas mayores y personas con discapacidad, y sus familias– es que el SAAD está constituyendo un fracaso colectivo, una promesa de mejora social no cumplida, por cuanto no responde a las elevadas expectativas que despertó en los grupos cívicos más necesitados de protección y apoyo. El CERMI ha instado al Gobierno de España en más de una ocasión a que lidere un proceso político y social de debate y acuerdo, entre todos los grupos de interés concernidos -partidos políticos, Administraciones, agentes y sectores sociales, profesionales, academia, etc.- que permita la refundación del SAAD, en clave de derechos, suficiencia y sostenibilidad económicas, participación y orientación a la autonomía personal y vida independiente.

tario y las propias personas institucionalizadas. El presente, pasa por la necesidad de mejorar lo que ya existe garantizando la disponibilidad de trabajadores formados de manera adecuada junto con un significativo avance en las condiciones laborales/contractuales de los mismos. El reto de la vida en comunidad no pasa por instituciones estrictas y en ocasiones deshumanizadas, sino por disponer de los recursos necesarios para lograr una vida autónoma en el lugar elegido, ya sea el hogar familiar, una vivienda compartida o una pequeña residencia.

Ahora bien, la necesidad de transformación de todo el sistema de cuidados no puede ir de la mano de una vocación revolucionaria en el sentido de poner todo patas para arriba o plantear la demolición completa de lo que ya existe para reemplazarlo por algo completamente nuevo que aún no existe. No se trata de crear espacios novedosos de manera precipitada sino de crear recursos adaptados a cada persona. Por ello participamos de la idea de que no deben cambiar las personas, pero sí las estructuras y la sociedad, que deben ser verdaderamente inclusivas.

En las páginas que siguen se intentará ofrecer un conjunto de argumentos que abonan el principio de que la atención comunitaria ofrece la perspectiva de una mejor calidad de vida que la atención institucional para las personas dependientes. Además, la atención comunitaria no es más costosa que la institucional, una vez que la comparación se hace sobre la base de necesidades y calidades de la atención comparables. Por ejemplo, la propia Comisión Europea ya manifestó en su *Ageing Report* de 2009 que los cuidados en el domicilio y en el entorno tienen mayor capacidad para resolver las necesidades y respetar las preferencias de las personas que precisan apoyos y de sus familias cuidadoras, haciéndolo, además, a un coste menos elevado que la atención en residencias<sup>3</sup>.

En consonancia con el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), España, como Estado parte, debe dar un impulso para la lograr la desinstitucionalización<sup>4</sup>. Por ello, el segundo epígrafe de este

<sup>3</sup> The 2009 Ageing Report – Economic and budgetary projections for the EU-27 Member States (2008-2060) disponible en: [https://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/pages/publication14992\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14992_en.pdf)

<sup>4</sup> España fue uno de los primeros Estados en dictar una ley específica de adaptación del ordenamiento jurídico a la Convención mediante la Ley 26/2011 de 1 de agosto, y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de la misma rúbrica. Como resultado, las normas modificadas por la Ley 26/2011 con el objetivo de adecuar su contenido a la Convención Internacional fueron varias, dentro de las que se destaca 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, que respondía a una petición del movimiento asociativo de la discapacidad, y que fue atendida a través del mandato contenido en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos



trabajo será dedicado a un análisis pormenorizado del artículo 19 de la CDPD que reconoce el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad, con la libertad de elegir y controlar su vida.

Este análisis tendrá un especial interés en lo que ha dicho el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General n.º 5 (2017) sobre el Derecho a Vivir de Forma Independiente y a ser Incluido en la Comunidad. También la atención se dirigirá al principio de vida independiente como directriz básica del Derecho de la Discapacidad en España.

El tercer epígrafe de este trabajo ofrecerá un conjunto de consideraciones acerca de lo que supone la institucionalización en términos de las características de la vida colectiva, la limitación de la autonomía y las principales consecuencias que se derivan de ella.

El cuarto epígrafe estará dedicado a algunas iniciativas vinculadas con la desinstitucionalización, es decir, el modelo de vida con apoyos en la comunidad.

El quinto y último epígrafe incluye algunas conclusiones provisionales, antes del apartado 6 que está dedicado a la bibliografía consultada.

Antes de entrar en materia, nos gustaría insistir en la idea de que defender la desinstitucionalización no significa echar la culpa de todos los males a las instituciones, ni señalar a las instancias públicas o privadas que se encargan de la gestión de las mismas ni mucho menos señalar a las familias de las personas institucionalizadas que han optado por ellas. Es lógico que se produzcan conflictos de intereses o colisión de puntos de vista entre, por ejemplo, lo que sostienen los expertos de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y la realidad compleja de unas instituciones que cubren una serie de necesidades porque el sistema nacional de cuidados es claramente perfectible.

---

de las Personas con Discapacidad. Para ampliar la información acerca del Texto refundido, remito a DE LORENZO GARCÍA, R., “Concepto y alcance de la refundición de textos legislativos. El mandato de refundición en el caso del Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social”, en la obra ARENAS, F., CABRA DE LUNA, M. Á. (coords.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Ed. La Ley, Madrid, 2015, p. 512.

El mecanismo mediante el cual se busca reformar lo existente es lento y complicado, tal como corresponde a todo aquello que afecta a los derechos humanos de la ciudadanía. En temas delicados como éste, no conviene tener un espíritu aventurero ni convertir al país en una suerte de laboratorio de experimentación social. En todo caso, estos apuntes no pueden aspirar a más que a plantear los términos de una discusión y en ningún caso a sugerir soluciones mágicas a problemas serios o a introducir elementos utópicos ante la dureza de algunas realidades.

## 2. EL DERECHO EN IGUALDAD DE CONDICIONES DE TODAS LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A VIVIR DE FORMA INDEPENDIENTE Y A SER INCLUIDAS EN LA COMUNIDAD, SEGÚN LA CDPD

El artículo 19 de la CDPD se apoya en el principio fundamental de los derechos humanos de que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y en derechos y todas las vidas tienen el mismo valor. Es una de las disposiciones de mayor alcance y más interdisciplinar de la CDPD, y debe considerarse esencial para la plena aplicación de ese instrumento.

Al artículo 19 le otorga su fundamento la idea de la vida independiente e inclusiva en la comunidad. Una idea que históricamente hunde sus raíces en movimiento social de las personas con discapacidad que desde hace décadas reivindican ejercer el control sobre la manera en que quieren vivir, mediante la creación de formas de apoyo que potencien el pleno ejercicio de sus derechos, como la asistencia personal<sup>5</sup>, y piden que se cumplan de manera efectiva los principios del diseño universal.

Por otro lado, estas ideas implican tener libertad de elección y capacidad de control sobre las decisiones que afectan a la propia vida con el máximo grado de libre determinación e interdependencia en la sociedad<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> En la actualidad la implantación de esta prestación es prácticamente residual en España, a pesar de que sus múltiples beneficios para promover la autonomía personal de las personas con discapacidad. La asistencia personal es capaz de poner a la persona en el centro y cambiar la perspectiva de la atención de una óptica asistencialista a una óptica en el que la persona es el sujeto activo.

<sup>6</sup> En las sociedades occidentales modernas, la condición ciudadana sigue vinculada a una noción de individuo independiente, autosuficiente, ligado a la posesión de propiedades y otros recursos materiales. Sin embargo, esta idea de ciudadanía olvida que todos los seres humanos somos interdependientes. Ha llegado el momento de empezar a reflexionar en torno a un modelo de ciudadanía que incorpore las interdependencias, la fragilidad y la vulnerabilidad. Por falta de espacio para incluir el análisis de estas cuestiones en el marco del presente trabajo, se remite a la lectura del artículo de María Teresa Martín-Palomo: MARTÍN PALOMO, M. T., "Autonomía, dependencia y vulnerabilidad en la construcción de la ciudadanía", *Zerbitzuan: Revista de servicios sociales*, n.º 48, 2010.

Si echamos la mirada hacia atrás, nos percatamos de que durante demasiado tiempo se ha dado por hecho que la mayoría de las personas con discapacidad eran incapaces de vivir de forma independiente. A causa de ello, se les ha negado la posibilidad de tomar decisiones y ejercer el control de manera personal e individual en todas las esferas de su vida. No se les brinda apoyo para este fin, o su prestación está siempre vinculada a determinados sistemas de vida, y la infraestructura de la comunidad no se ajusta al diseño universal. Los recursos se invierten en instituciones y no en el desarrollo de las posibilidades que tienen las personas con discapacidad de vivir de forma independiente en la comunidad. Ello ha dado lugar al abandono, la dependencia de los familiares, la institucionalización, el aislamiento y la segregación<sup>7</sup>.

La Observación General n.º 5 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, versa sobre el Derecho a Vivir de Forma Independiente y a ser Incluido en la Comunidad. Como todas las Observaciones Generales tiene por objeto ayudar a los Estados parte a aplicar el articulado de la CDPD y a cumplir con las obligaciones que impone<sup>8</sup>. En este caso, atañe principalmente a la obligación de garantizar a todas las personas el disfrute del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad, pero también está relacionada con otras disposiciones de la CDPD.

El derecho amparado en el artículo 19 está muy arraigado en el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, se puede mencionar a la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagra en el artículo 29, párrafo 1, la interdependencia del desarrollo personal de un individuo y el aspecto social de formar parte de la comunidad: *“Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”*.

En su Observación General *núm. 5*, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales subraya que *“la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la*

---

<sup>7</sup> Las soluciones basadas en un recurso universal, como el cuidado familiar o el formato residencial tradicional, al que las necesidades y carencias del sistema obliga a recurrir en la mayor parte de los casos como única alternativa, vienen siendo muy cuestionadas desde hace años por diferentes sectores.

<sup>8</sup> El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad contempla en sus Métodos de Trabajo la facultad de realizar Observaciones Generales (apartados 54 a 57). Según el apartado 54 de los Métodos, con estos escritos el Comité orienta a los estados Parte acerca de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, con el objetivo de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos de las personas con discapacidad. Los Métodos contemplan todo el procedimiento de formulación de las Observaciones Generales. Una vez ha finalizado este proceso y la Observación General ha sido aprobada, será objeto de una amplia distribución en los medios de difusión y en el sitio web del Comité. Además, en el momento en el que se encuentra en fase de proyecto, se contempla la posibilidad de que se realice su distribución a un número reducido de expertos con el fin de recabar su opinión. A día de hoy, el Comité ha elaborado 7 Observaciones Generales.

*imposición de impedimentos físicos y sociales*” se consideran discriminación. También destaca, en relación con el artículo 11, que el derecho a un nivel de vida adecuado no sólo incluye el acceso en igualdad de condiciones a una alimentación adecuada, una vivienda accesible y otras necesidades materiales básicas, sino también la disponibilidad de servicios de apoyo y de recursos y tecnologías auxiliares que respeten plenamente los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Por último, el artículo 19 de la CDPD debe orientar y apoyar la aplicación de la *Nueva Agenda Urbana aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III)*<sup>9</sup> como parte integrante de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. La Nueva Agenda Urbana promueve un modelo de ciudades y asentamientos humanos en los que todas las personas puedan disfrutar de los derechos y oportunidades en pie de igualdad, promoviendo que sean inclusivos, justos, seguros, saludables, accesibles, asequibles, adaptables y sostenibles. En lo que atañe al artículo 19 de la Convención, la meta 10.2 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas) y la meta 11.1 (asegurar el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles) revisten especial importancia.

## **2.1. Contenido normativo del artículo 19 de la CDPD**

“Artículo 19. Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad

*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;*

---

<sup>9</sup>La NAU es la guía global más importante que orienta de forma clara, cómo la urbanización bien planificada y gestionada puede ser una fuerza transformadora para acelerar el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): <https://onuhabitat.org.mx/index.php/la-nueva-agenda-urbana-en-espanol>

*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 ésta:*

*c) 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.”*

### *2.1.1. Artículo 19, párrafo introductorio*

En el párrafo introductorio se abarcan los conceptos del derecho a *vivir de forma independiente* (dimensión individual del derecho) y el derecho a ser *incluido en la comunidad* (dimensión social). Esto se traduce en un derecho a la propia emancipación sin ver denegados accesos ni oportunidades y en el derecho a que se creen entornos inclusivos.

El artículo 19 se refiere explícitamente a todas las personas con discapacidad, sin distinción alguna. Todas ellas han de tener la libertad para elegir ser activas y deben tener el mismo grado de opción y control sobre sus vidas que los demás miembros de la comunidad. Ni la privación total o parcial de cualquier “grado” de capacidad jurídica ni el nivel de autonomía o necesidad de apoyo requerido o ninguna otra característica pueden alegarse para negar o limitar estos derechos.

### *2.1.2. Artículo 19, a)*

La elección de cómo, dónde y con quién vivir es la idea central del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Por tanto, las decisiones personales no se limitan al lugar de residencia, sino que abarcan todos los aspectos del sistema de vida de la persona: sus horarios, rutinas y modo y estilo de vida, tanto en la esfera privada como en la pública y tanto en lo cotidiano como a largo plazo.

La personalidad jurídica y la capacidad de obrar son las bases para que las personas con discapacidad logren vivir de forma independiente en la comunidad. El artículo 19 está vinculado al reconocimiento y el ejercicio de la personalidad y la capacidad jurídica establecidas en el artículo 12 de la CDPD y explicadas con mayor detalle en la Observación General núm. 1 (2014) del Comité sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley. Además, está relacionado con la prohibición de la privación de libertad por motivos de discapacidad, recogida en el artículo 14 y detallada en las directrices respectivas.

### 2.1.3. *Artículo 19, b)*

El apartado b) menciona diversos servicios individualizados que forman parte de la categoría de servicios de apoyo. No se limitan a los servicios prestados en el hogar, sino que es necesario que también puedan extenderse a las esferas del empleo, la educación y la participación política y cultural, la potenciación de la función parental y la capacidad de llegar a los familiares y otras personas, la participación en la vida política y cultural, los propios intereses y actividades de ocio, y los viajes y las actividades recreativas.

Los servicios de apoyo individualizado deben considerarse un derecho y no una forma de atención médica, social o de beneficencia. Para muchas personas con discapacidad, el acceso a una variedad de servicios de apoyo personalizado es un prerrequisito para vivir de forma independiente en la comunidad. Dichas personas tienen derecho a elegir los servicios y a sus proveedores en función de sus necesidades individuales y sus preferencias personales, y el apoyo personalizado debe ser suficientemente flexible para adaptarse a las exigencias de los “usuarios” y no a la inversa. Estos apoyos deben estar concebidos para facilitar la vida en la comunidad y evitar el aislamiento y la separación respecto de las demás personas, y deben ser adecuados a tal fin. Por lo tanto, cualquier forma institucional de servicios de apoyo que segregue y limite la autonomía personal no está permitida por el artículo 19 b).

Todo ello debe estar asegurado por los Estados partes y se tiene que concebir y prestar contribuyendo siempre a la inclusión y participación plenas, individualizadas, efectivas y de propia elección, y la vida independiente.

### 2.1.4. *Artículo 19, c)*

Los servicios y las instalaciones que se mencionan en esta sección no son específicos de la discapacidad sino destinados a toda la población: viviendas, bibliotecas públicas, hospitales, escuelas, medios de transporte, comercios, museos, Internet, medios de comunicación social y otros servicios e instalaciones similares, etc. Estos deben estar disponibles y ser universalmente accesibles, aceptables<sup>10</sup> y adaptables para todas las personas con discapacidad como condiciones esenciales para su inclusión y participación en la comunidad.

---

<sup>10</sup> En el sentido de que deben cumplir estándares de calidad y tener en cuenta las diferencias culturales y las relativas a la edad y el género.

Diversos programas de desinstitucionalización han puesto de manifiesto que el cierre de las instituciones y la reubicación de los internos en la comunidad no son suficientes en sí mismos. Esas reformas deben ir acompañadas de servicios integrales y programas de desarrollo comunitario, incluidos programas de toma de conciencia.

En cuanto al alcance material, el artículo 19 abarca el deber de asegurar el acceso a viviendas seguras y adecuadas, los servicios personales y las instalaciones y servicios comunitarios y a tener las opciones de vivir en igualdad de condiciones con los demás. A tal fin, se necesita nueva construcción residencial sin barreras y la adaptación de las estructuras residenciales existentes. Además, las viviendas deben ser asequibles. También debe haber servicios de apoyo disponibles y asequibles en un entorno físico y geográfico seguro al alcance de todas las personas con discapacidad, ya vivan en zonas urbanas o rurales.

Los servicios de apoyo individualizado que no permiten la elección personal y el control de sí mismo no ofrecen una forma de vida independiente en la comunidad puesto que la capacidad de elección es uno de los tres elementos fundamentales del derecho a vivir de forma independiente en la comunidad. Por otra parte, la eficacia en relación con los costos de los servicios que se ofrecen no debe prevalecer sobre la esencia del derecho humano en cuestión.

Además de un derecho reconocido dentro del articulado de la CDPD en el artículo 19, la independencia de las personas con discapacidad y su derecho a ser incluido en comunidad se encuentra entre los principios rectores de su artículo 3 que rigen toda la CDPD. Por tanto, y tal y como se encarga de incidir la propia Observación General que aquí analizamos, este derecho se interrelaciona con el disfrute de otros derechos humanos siendo una de las disposiciones de mayor alcance y más interdisciplinar de la CDPD.

Dado que hay muchas formas de proceder a realizar un análisis de este derecho por razón de su propia amplitud, procedemos a separarlo para un mejor análisis, aprovechando las definiciones que fijó el Comité en su Observación General nº5. En este sentido, resulta de vital relevancia considerar qué significa *vivir de forma independiente*.

El Comité expone, en la Observación General nº5, que vivir de forma independiente conlleva que las personas con discapacidad han de contar con todos los medios necesarios para que puedan tomar decisiones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten. Este estadio del derecho hace referencia a una dimensión individual, como un derecho a la propia emancipación sin ver denegados accesos ni oportunidades.

La autonomía personal y la libre determinación son fundamentales para la vida independiente y todos los aspectos de la vida se encuentran dentro de estos considerandos. Las decisiones personales a este respecto no se limitan al lugar de residencia, sino que abarcan todos los aspectos de la vida de una persona: *“el acceso al transporte, la información, la comunicación y la asistencia personal, el lugar de residencia, la rutina diaria, los hábitos, el empleo digno, las relaciones personales, la ropa, la nutrición, la higiene y la atención de la salud, las actividades religiosas y culturales, y los derechos sexuales y reproductivos (...) dónde vivimos y con quién, qué comemos, si nos gusta dormir hasta tarde o acostarnos a altas horas de la noche, si preferimos quedarnos en casa o salir, si nos gusta poner mantel y velas en la mesa, tener animales domésticos o escuchar música. Tales acciones y decisiones nos hacen ser quienes somos”*<sup>11</sup>. La vida independiente no es, por tanto, necesariamente el vivir solo ni ser capaz de llevar a cabo actividades cotidianas por uno mismo, sino que va más allá: implica que la persona con discapacidad ha de poseer libertad de elección y tener control de su modo de vida y sus actividades cotidianas, siempre realizándose en consonancia con el respeto de la dignidad inherente<sup>12</sup> y la autonomía individual consagradas en el artículo 3.a de la Convención.

Para poder asegurar estos aspectos, los servicios e instalaciones han de estar disponibles, ser universalmente accesibles, cumplir con estándares de calidad, tener en cuenta las diferencias culturales y relativas a la edad y el género y ser adaptables a todas las personas. Si no se puede acceder a ellos, no se está garantizando la efectiva inclusión y participación de las personas con discapacidad en la comunidad.

El Comité hace referencia en el párrafo 33 de la Observación a la necesidad de que se establezcan programas de desinstitucionalización, pero que también se ha de contar con servicios integrales y programas de desarrollo comunitario, incluidos programas de sensibilización. Todo ello va en pos de lograr una accesibilidad universal y es deber de los Estados el cumplir con estas exigencias.

El 11 de enero de 2019 se publica un Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>13</sup> reseñando las actividades llevadas a cabo por la relatoría en 2018 y presentando un estudio temático sobre formas de privación

<sup>11</sup> Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 5.

<sup>12</sup> Sobre esta cuestión, remito a la lectura de un trabajo de Ignacio Campoy Cervera: CAMPOY CERVERA, I., “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 21, 2004.

<sup>13</sup> Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad: A/HCR/40/54 <https://undocs.org/en/A/HRC/40/54>



de libertad específicas de la discapacidad, habida cuenta de las normas establecidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aquí se revela el problema de la privación de libertad de las personas con discapacidad como uno de los principales motivos de preocupación en materia de derechos humanos en todo el mundo. Se muestra en dicho informe que, independientemente de la situación económica del país o de su tradición jurídica, las estadísticas y la información administrativa disponibles de una serie de países demuestran que las personas con discapacidad son sistemáticamente encarceladas, reclusas, detenidas o sometidas a algún tipo de restricción física en todo el mundo. Las personas con discapacidad están considerablemente sobrerrepresentadas en los entornos convencionales de privación de libertad, como las prisiones y los centros de detención de inmigrantes. Si bien se estima que constituyen el 15 % de la población, en muchos países la proporción de personas con discapacidad encarceladas representa hasta el 50 % de los reclusos. Del mismo modo, está perfectamente demostrado que los niños con discapacidad están sobrerrepresentados en los centros de detención de menores y en las instituciones residenciales para niños, como los orfanatos, los centros de atención social y los hogares funcionales para grupos pequeños<sup>14</sup>.

Además, se demuestra que, tanto en entornos convencionales de privación de libertad, como en las prisiones, centros de detención e inmigrantes, las personas con discapacidad están considerablemente sobrerrepresentadas. Esto también ocurre en el caso de los niños con discapacidad en centros de detención de menores y en instituciones residenciales para niños como los orfanatos, centros de atención social, y hogares funcionales para grupos pequeños.

De reconocimiento notable en los tratados internacionales de derechos humanos, el derecho a la inclusión en comunidad y a la vida independiente de las personas con discapacidad encuentra su reconocimiento legislativo también en nuestro ordenamiento jurídico principalmente en el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad (TRLDPD) y en la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

### 3. LA INSTITUCIONALIZACIÓN BAJO EXAMEN

Las personas con discapacidad tienen que tener a su disposición los distintos servicios de asistencia domiciliaria, residencial y servicios de apoyo para poder decidir

---

<sup>14</sup> Apartados 12 y 13 del Informe del Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad.

libremente dónde y cómo quieren desarrollar sus vidas. De esta manera habrá quienes decidan vivir en una residencia y quienes prefieran vivir en sus domicilios y recibir asistencia.

Por institucionalización se entiende el ingreso, voluntario o involuntario, en un centro abierto que presta servicios continuados y que se convertirá en la residencia, permanente o temporal, de una persona con discapacidad. El concepto «centro abierto» engloba a las residencias para personas mayores, los hospitales de media y larga estancia, los centros de atención a personas con discapacidad física, los centros de atención a personas con discapacidad intelectual, los centros psiquiátricos (las unidades de salud mental comunitarias y las unidades de hospitalización), los hospitales de día, los centros de día, las unidades de noche, el acogimiento familiar, las viviendas con servicios de apoyo, las unidades de convivencia y los centros de rehabilitación psicosocial y laboral. Quedan excluidos los centros penitenciarios e instalaciones análogas<sup>15</sup>.

La CDPD en todo su conjunto señala la importancia del respeto a la autonomía y la independencia individual, vale recordar que en su preámbulo reza: *“Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”*.

El alto porcentaje de personas con discapacidad institucionalizadas se debe a que, en muchas ocasiones, cuando el nivel de exigencia de servicios personales es muy elevado, los Estados parte contemplan las instituciones como la única solución posible. Esto se incrementa cuando los servicios personales se consideran *“demasiado costosos”* o se piensa que la persona con discapacidad no es capaz de vivir fuera de un entorno institucional<sup>16</sup>. El pensamiento de que las personas con discapacidad intelectual y psicosocial no pueden vivir fuera de entornos institucionales, está desgraciadamente muy extendida en nuestra sociedad. Todas estas situaciones violan el artículo 19 de la CDPD, ya que en todo momento se ha de velar por una vida independiente e inclusiva en comunidad.

---

<sup>15</sup> DE ASÍS, R., BARRANCO, M.<sup>a</sup> C., *El impacto de la Convención Internacional de la ONU Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*, CERMI/Ediciones Cinca, Madrid, 2010, p. 42.

<sup>16</sup> La asistencia personal juega un papel fundamental y es necesario que esta prestación esté totalmente garantizada en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), porque solo así podremos cerciorarnos de que quien vive en una residencia lo hace por decisión propia y no porque es el único servicio que le puede proporcionar la atención que necesita.

Se ha de comprender que no se puede considerar vida independiente a un estilo de vida individual “predeterminado”, y que, como el propio Comité señala, ni los jóvenes con discapacidad deben verse obligados a vivir en entornos concebidos para las personas de edad con discapacidad, ni las personas de edad con discapacidad deben verse en la obligación de vivir en entornos para los jóvenes con discapacidad.

Sin embargo, el problema de la institucionalización va más allá. Muchas veces la decisión de las personas con discapacidad de dónde vivir no puede ser tomada de manera libre ya que carecen de alternativas. Esto pasa, por ejemplo, cuando no se dispone de apoyos fuera de las instituciones para poder llevar una vida efectivamente independiente y libre, cuando el apoyo no profesional de la familia es la única opción existente, cuando los edificios y el entorno en los que se habita no son accesibles, cuando no se dispone de formas de residencia adecuadas. A esto se le suma la falta de información accesible sobre las opciones realmente disponibles y las protecciones legales que se poseen para ejercer la capacidad jurídica de manera efectiva<sup>17</sup>. El desconocimiento sobre estas cuestiones conlleva a una limitación de la propia libertad.

La institucionalización ha de ser vista con especial precaución ya que el ingreso en un centro abierto de una persona con discapacidad solo podrá producirse cuando haya mediado consentimiento, y sólo excepcionalmente y con las debidas garantías legales y judiciales puede ordenarse la institucionalización involuntaria<sup>18</sup>.

El consentimiento de la persona ha de ser precedido siempre de haber recibido información suficiente, accesible y comprensible de información, en la que se proporcione la información relevante acerca de las cuestiones que tiene que decidir. El internamiento en otras circunstancias si no se adoptan las medidas y garantías legales oportunas, conlleva una violación de la Convención.

Además, las decisiones que conllevan a la institucionalización de las personas con discapacidad en su mayoría van en el sentido de motivos como carencia de red de apoyo familiar, incapacidad de la familia de asumir las atenciones que necesita la persona, necesidad de asistencia intensa y continuada o falta de accesibilidad. Todo ello lleva a afirmar que, efectivamente el internamiento no es un acto libre y voluntario,

---

<sup>17</sup> Al respecto, resultan de sumo interés las reflexiones de Antonio-Luis Martínez-Pujalte López en MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., “Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Enseñanzas de las recientes reformas legislativas en Argentina e Irlanda”, *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y de derechos humanos*, n.º 37, 2017, pp. 167-192.

<sup>18</sup> DE ASÍS, R., BARRANCO, M.ª C., *El impacto de la Convención Internacional de la ONU Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*, op. cit., p. 43.

sino que las personas con discapacidad se ven condicionadas por las limitaciones que se encuentran en la sociedad que no garantizan la atención necesaria para desarrollar una vida independiente<sup>19</sup>.

Los organismos internacionales han señalado que España no dispone de una estrategia para la desinstitucionalización. Por ejemplo, así lo señaló en 2019 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, solicitando la puesta en marcha de planes de acción para impulsar la vida independiente en su comunidad de todas las personas con discapacidad. Esto mismo podría señalarse para otros grupos, como las personas mayores, e implica la necesidad de impulsar un profundo cambio de los modelos, diseños, sistemas de planificación y gestión de los centros desarrollados para estas personas.

Según las Directrices Comunes Europeas para la transición de la Atención Institucional a la Atención Comunitaria, el termino desinstitucionalización no debe interpretarse tanto como un proceso de cierre generalizado de “centros residenciales” –ya que para algunas personas esta es la única alternativa posible– sino como un cambio cultural que promueve la permanencia en el hogar de las personas dependientes siempre que sea posible, y una forma alternativa de atención cuando se desplazan a un centro residencial.

Este cambio sí supone evitar las “instituciones”, entendidas como centros en los que los residentes están aislados de la comunidad en general, no tienen suficiente control sobre sus vidas y sobre las decisiones que les afectan, y los requisitos de la propia organización tienden a tener prioridad sobre sus necesidades individualizadas. Además, es un proceso de desarrollo de una serie de servicios en comunidad, incluida la prevención para eliminar la necesidad de cuidado institucional. Estas mismas Directrices definen los servicios comunitarios como un “espectro de servicios que permiten a las personas vivir en la comunidad y, en el caso de los niños, crecer en un entorno familiar y no en una institución”.

El alcance de estos cambios que permiten el paso de un modelo de cuidados “institucionalizado” a otro próximo a la comunidad es, por tanto, profundo, porque no implican solo un cambio en el lugar donde viven las personas, sino una transformación en la forma en que se piensan y desarrollan los apoyos y cuidados. El cambio más re-

---

<sup>19</sup> MUYOR RODRÍGUEZ, J., “La (des)institucionalización en el marco de la Convención Internacional de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Ediciones Complutense, *Trabajo Social*, 32 (2) 2019: pp. 407-417.

levante tiene que ver con la superación de los modelos asistenciales para promover modelos de apoyo centrados en las personas y basados en un marco de derechos. Estas metodologías son especialmente relevantes para la inclusión en la comunidad de personas con grandes necesidades de apoyo.

Por eso mismo, para que el proceso de desinstitucionalización y cambio en el modelo de cuidados se produzca de forma efectiva es necesario desarrollar una estrategia nacional que lo impulse, dándole coherencia.

El grupo objetivo de la reforma son las personas mayores, las personas con discapacidad y personas dependientes con necesidad de apoyos y cuidados de larga duración.

No se trata, decíamos antes, de demonizar el sistema, porque sabemos que más allá de los esfuerzos personales que las personas encargadas de las instituciones realicen, claramente la institución opera con una dinámica que le es intrínseca, siendo uno de sus rasgos la dificultad para la observancia de la singularidad del sujeto. En pocas palabras, toda institución absorbe parte del tiempo y del interés de sus miembros y les proporciona en cierto modo un mundo propio; tiene tendencias absorbentes y están simbolizadas por los obstáculos que se oponen a la interacción social con el exterior.

Entre las características de la vida institucionalizada están:

- todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo la misma autoridad única;
- cada etapa de la actividad diaria del miembro se realiza en la compañía de muchos otros, a quienes se da el mismo trato y de quienes se requiere que hagan juntos las mismas cosas;
- todas las etapas de las actividades diarias están estrictamente programadas, de modo que una actividad conduce en un momento prefijado a la siguiente, y toda la secuencia de ellas se impone desde arriba, mediante un sistema de normas formales explícitas y un cuerpo de funcionarios;
- las diversas actividades obligatorias se integran en un solo plan racional, concebido *ex profeso* para lograr objetivos propios de la institución.

Entre las consecuencias que la vida institucionalizada genera se encuentran:

- a) un sentimiento profundo de soledad;
- b) sentimientos de incomprensión;
- c) aislamiento de la sociedad en general;
- d) desarraigo;
- e) incertidumbre frente a su futuro al no saber quién los va a apoyar, proteger, acompañar; sentimientos de rechazo;
- f) baja autoestima;
- g) la falta de lazos y redes;
- h) falta de preparación para la asunción de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos.

Cada vez hay más datos e información del impacto diferencial en la calidad de vida de las personas con modelos centrados en la comunidad y con una atención a la persona desde el entorno comunitario.

Las personas con discapacidad y, singularmente, las personas con discapacidad psicosocial, con discapacidad intelectual y con otros tipos de discapacidad de carácter cognitivo se ven afectadas por modalidades especiales de privación de la libertad distintas de las modalidades ordinarias aplicables a la población en general.

El internamiento involuntario en instituciones de salud mental es la forma más reconocida de privación específica de la libertad basada en la discapacidad regulada expresamente en el plano de los ordenamientos jurídicos nacionales en leyes especiales de salud mental o en previsiones particulares incluidas en la legislación sanitaria general o en las leyes procesales civiles.

En todo caso, es importante tener en cuenta que los internamientos involuntarios de personas con discapacidad no consisten únicamente en ingresos sin consentimiento en centros de salud mental sino que, junto a estas situaciones, se producen también de forma habitual internamientos igualmente no voluntarios en instituciones de cuidado y asistencia social, esto es, institucionalizaciones forzosas de personas con discapacidad en entornos que no son médicos u hospitalarios y que no tienen un fin específicamente o principalmente terapéutico. Este tipo de internamientos de carácter más asistencial usualmente carecen de una regulación específica en los sistemas jurídicos domésticos y, con carácter general, no son considerados como auténticas privaciones de la libertad, sino meramente como una forma de cuidado por lo que se trata de prácticas que comúnmente han permanecido invisibilizadas.

El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)<sup>20</sup> permite, con intervención judicial, los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico. Esta situación viola de manera manifiesta los preceptos de la CDPD<sup>21</sup>.

El CERMI ha denunciado en diversas ocasiones la necesidad de modificar la legislación para derogar esta práctica: *“la permanencia en el ordenamiento jurídico español de los internamientos forzosos ‘por razón de trastorno psíquico’, como reza la LEC, colisiona con la exigencia del tratado internacional de la discapacidad de que en ningún supuesto la existencia de una discapacidad puede justificar una privación de la libertad”*<sup>22</sup>.

El internamiento de personas con discapacidad en una institución psiquiátrica o asistencial sin su consentimiento o con el consentimiento de una tercera persona que le sustituye en la toma de esa decisión viola el derecho a elegir de manera libre dónde, cómo y con quién se quiere vivir. Esto supone la vulneración de manera flagrante de numerosos preceptos de la CDPD, entre otros: el artículo 5 de igualdad y no discriminación; el artículo 12 en relación ya que se está dando un trato diferente en el reconocimiento como persona ante la ley al dejar que terceras personas sustituyan en la toma de decisiones; el artículo 14 ya que limita el derecho a la libertad y seguridad de la persona; el artículo 19.1 en cuanto al derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en comunidad, su plena inclusión y participación; el principio del consentimiento libre e informado de la persona interesada para recibir tratamiento médico recogido en el artículo 25.

El punto b del artículo 14.1 establece de manera específica que los Estados Partes han de asegurar que las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás no se ha de ver privada de su libertad de manera ilegal o arbitraria, que cualquier privación de la libertad sea de conformidad con la ley y que la existencia de una discapacidad no puede justificar en ningún caso una privación de la libertad. El Comité aprobó en su 14.º período de sesiones unas Directrices sobre el derecho a la libertad y a la seguridad de las personas con discapacidad<sup>23</sup>. En el párrafo 6 de estas Directrices se remarca que el artículo 14 no admite excepciones en virtud de las cuales pueda pri-

---

<sup>20</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>21</sup> Sobre esta cuestión, remito al trabajo de Patricia Cuenca Gómez: CUENCA GÓMEZ, P., “Discapacidad y Privación de la Libertad”, *Derechos y Libertades*, n.º 32, Época II, enero 2015, pp. 163-203.

<sup>22</sup> <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/abolir-los-internamientos-forzosos-por-trastorno-mental>

<sup>23</sup> Directrices sobre el derecho a la libertad y a la seguridad de las personas con discapacidad, aprobadas por el Comité en su 14.º período de sesiones (17 de agosto a 4 de septiembre de 2015). Recogidas en el Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad A/72/55.

vase a una persona de su libertad por motivos de deficiencia real o percibida. Toda práctica en este sentido será una actuación discriminatoria y equivalente a una privación de libertad arbitraria.

Está claro que es una discriminación por motivos de discapacidad al establecer un supuesto específico de privación de la libertad aplicable exclusivamente a las personas con cierto tipo de discapacidades en unas condiciones que resultan perjudiciales en relación con el tratamiento que recibe el resto de la ciudadanía (vulnerándose el art. 5 CDPD); supone la sustitución de la persona en la toma de decisiones sin que se prevea, además, la prestación de apoyos (violándose el art. 12 CDPD); a través de un proceso que, si bien está fijado en la ley y contempla algunas garantías, no asegura la efectiva participación efectiva de la persona afectada al no incluirse, por ejemplo, medidas de accesibilidad y los ajustes procedimentales necesarios (en contraposición con las exigencias del art. 13 CDPD).

Además, su aplicación práctica da lugar a la vulneración de otros derechos reconocidos en la CDPD.

En particular los tratamientos médicos involuntarios rutinariamente aplicados en los internamientos forzosos no respetan el derecho de las personas con discapacidad al consentimiento libre e informado (art. 25) y afectan a su derecho a la integridad física y mental (art. 17); algunos tratamientos médicos involuntarios especialmente invasivos y otras intervenciones coercitivas pueden implicar tratos inhumanos, degradantes o incluso tortura (art. 15) y no existen suficientes mecanismos para evitar prácticas abusivas (art. 16). Finalmente, el sistema español no dispone de los recursos sociosanitarios para hacer realidad el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19) capaces de evitar situaciones de desatención que aboquen a las personas con discapacidad a la institucionalización forzosa.

Actualmente, en España se está desarrollando por parte del Gobierno una Estrategia Nacional de desinstitucionalización y la implantación de un modelo de atención centrado en la persona, para dar así respuesta a los requerimientos del Comité recogidos en las observaciones finales realizadas en 2019<sup>24</sup>. Esta iniciativa se encuentra recogida en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, componente 22, que se define como: *plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión*<sup>25</sup>. El objetivo principal del plan es la modernización y el refuerzo del con-

---

<sup>24</sup> Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España Aprobadas por el Comité en su 21er período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019): CRPD/C/ESP/CO/2-3.

<sup>25</sup> <https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-22-plan-de-choque-para-economia-de-cuidados-y-refuerzo-de-politicas-de-inclusion>



junto de los servicios sociales, con especial atención al modelo de cuidados de larga duración, promoviendo la innovación y un modelo de Atención Centrada en la Persona, impulsando así la desinstitucionalización.

#### 4. DESINSTITUCIONALIZACIÓN: VIDA Y APOYOS EN LA COMUNIDAD, DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Las instituciones se crearon en un principio para facilitar cuidados, alimentos y alojamiento, pero en la actualidad se ha demostrado que no pueden garantizar servicios centrados en la persona ni tampoco la ayuda apropiada necesaria para propiciar una inclusión completa.

La separación física de las comunidades y las familias limita enormemente la capacidad y el grado de preparación de las personas que residen o crecen en instituciones para participar de forma plena en su comunidad y en una sociedad más abierta en que quepan todos y todas.

Las personas con discapacidad que viven en estos entornos están separadas del resto, tienen poco control sobre lo que les ocurre y poca capacidad de tomar decisiones. Y, en muchos casos, lo que necesita la Institución prevalece sobre lo que necesitan las personas<sup>26</sup>.

A través de la desinstitucionalización, lo que se pretende es que las instituciones se conviertan en servicios y apoyos en la comunidad. Así, en lugar de residencias que haya pisos compartidos o en lugar de centros ocupacionales apoyos para que las personas puedan realizar tareas en sus propios barrios.

La desinstitucionalización supondría tres características:

- 1.- las personas con y sin discapacidad comparten la vida.
- 2.- las personas eligen cómo quieren que sea su vida.
- 3.- los apoyos se ofrecen en los domicilios de las personas con discapacidad, en la calle, en el mercado, en el transporte, en una entidad bancaria o en cualquier otro sitio donde las necesite.

---

<sup>26</sup> Al respecto, resulta interesante la lectura de: IMSERSO, *Institucionalización y Dependencia*, Centro de Estudios Serie Dependencia, Madrid, 2006.

La aproximación a la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos implica entender que las personas con discapacidad no deben ser contempladas como objetos de protección, asistencia y cuidado, sino como auténticos sujetos plenos y activos de derechos humanos. Así, este enfoque exige que las intervenciones en el campo de la discapacidad dejen de estar basadas en perspectivas asociadas a la caridad o a la beneficencia y se orienten a proteger y garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

El alcance del derecho consiste esencialmente en el derecho a vivir, en pleno goce, inclusión y participación en la comunidad en igualdad de condiciones<sup>27</sup>. Desde un punto de vista práctico, un rasgo común de estas manifestaciones del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad es que su efectividad depende, intensamente, de la aprobación de las partidas presupuestarias correspondientes para que puedan realizarse los desembolsos económicos derivados de las prestaciones de atención a la dependencia<sup>28</sup>.

Cuando hablamos de desinstitucionalización, estamos haciendo referencia a tres aspectos interrelacionados entre sí y que incluye 3 esferas:

- Derecho a ser incluido en la comunidad.
- Sistemas de vida independiente.
- Asistencia personal.

#### **4.1. Derecho a ser incluido en la comunidad**

En el párrafo introductorio del artículo 19 se abarcan los conceptos del derecho a vivir de forma independiente (dimensión individual del derecho, como un derecho a la propia emancipación sin ver denegados accesos ni oportunidades), y el derecho a ser incluido en la comunidad (dimensión social, el derecho positivo a crear entornos inclusivos).

El derecho a 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 CDPD.

---

<sup>27</sup> DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.), *Fundamentos del Derecho de la discapacidad*, Editorial Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 330.

<sup>28</sup> DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.), *Fundamentos del Derecho de la discapacidad*, *op. cit.*, p. 331.

La inclusión de las personas con discapacidad significa entender la relación entre la manera en que las personas funcionan y cómo participan en la sociedad, así como garantizar que todas tengan las mismas oportunidades de participar en todos los aspectos de la vida al máximo de sus capacidades y deseos. Por tanto, el cambio radical estaría fundándose en la reivindicación de la autonomía de la persona con discapacidad para poder decidir respecto de su propia vida y participar activamente como un miembro más de la comunidad<sup>29</sup>.

Incluye llevar una vida social plena y tener acceso a todos los servicios que se ofrecen al público, así como a los servicios de apoyo proporcionados a las personas con discapacidad para que puedan ser incluidas y participar plenamente en todos los ámbitos de la vida social. Esos servicios pueden referirse, entre otras cosas, a la vivienda, el transporte, las compras, la educación, el empleo, las actividades recreativas y todas las demás instalaciones y servicios ofrecidos al público, incluidos los medios de comunicación social. Ese derecho también incluye tener acceso a todas las medidas y acontecimientos de la vida política y cultural de la comunidad, entre otras cosas reuniones públicas, eventos deportivos, festividades culturales y religiosos y cualquier otra actividad en la que la persona con discapacidad desee participar. Todos ellos han de ser proporcionados de manera accesible, aceptable y adaptable siendo ello indispensable para la inclusión en la sociedad de las personas con discapacidad. Procederemos a hacer mención a continuación a algunos aspectos de los que conforman la vida en sociedad.

En cuanto al trabajo y empleo de las personas con discapacidad, este es un derecho fundamental para la inclusión en la comunidad en la que vivimos y se encuentra recogido en el artículo 27 de la CDPD de manera amplia. En este precepto recoge, entre otros, el derecho a la igualdad de oportunidades en este campo, a un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible y la obligación de que los Estados Partes salvaguardan y promuevan el ejercicio del derecho al trabajo.

Aunque es obligación de las políticas públicas y normas jurídicas revertir tal desigualdad, es indispensable un compromiso social activo que asimile como normal y necesaria la contribución de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo. Esto es importante, ya que las dificultades que tienen que sortear las personas con discapacidad en el acceso al mercado de trabajo no derivan tanto de una normativa que garantiza formalmente la igualdad de trato, como de la insuficiente asimilación de las misma en el tejido productivo, la escasa aceptación por los agentes que operan en el mercado laboral<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Fundamentos del Derecho de la discapacidad*, op. cit., p. 334.

<sup>30</sup> DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Fundamentos del Derecho de la discapacidad*, op. cit., p. 334.

Por otra parte, para una efectiva inclusión es sociedad es de vital importancia que las personas con discapacidad sean partícipes de manera activa de la vida política de la comunidad. Tal y como se establece en el artículo 4.3 de la Convención, las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, han de ser consultadas y deben colaborar en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la CDPD<sup>31</sup>. En España se aprecia un avance paulatino en estas cuestiones siendo un ejemplo de ello la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

La participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y deporte se encuentran también contempladas en el artículo 30 de la Convención. Movido por la, cada vez más creciente, importancia del ocio en todas sus dimensiones (deporte, cultura, recreación, turismo) este se está transformando en un ámbito cada vez más inclusivo. Sin embargo, queda mucho camino por hacer y se ha de luchar – entre otros– por conseguir un ocio que supere los tintes paternalistas y pedagógicos y que ponga en el centro la preocupación por los intereses y gustos de la propia persona con discapacidad. Además, se ha de buscar una igualdad de oportunidades efectiva entre deportistas con y discapacidad tanto en el marco normativo como en la oferta, la participación activa (y no solo pasiva como espectador) de la persona en las actividades culturales, etc.

En definitiva, se ha de respetar el derecho a la inclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos y aspectos de la sociedad abogando siempre por la autonomía personal y la libre determinación en cada uno de ellos. Es para ello un papel fundamental tanto el de los Estados como el de la sociedad en sí misma.

#### **4.2. Derecho a acceder a sistemas de vida independiente**

El Comité explica que los sistemas de vida independiente no hacen referencia al hecho de vivir en un edificio o lugar particular; sino a no perder la capacidad de elección y la autonomía personales como resultado de la imposición de una forma y unos sistemas de vida determinados. Sea cual sea el lugar donde se reside (una institución ya sea grande o pequeña o un hogar individual) pueden ser llamados sistemas de vida independiente si contienen otros elementos definitorios de instituciones o de institucionalización.

---

<sup>31</sup> Para un estudio más pormenorizado de estas cuestiones, se recomienda ver el trabajo del Comité en el análisis de la Observación General n.º 7.

En esta Observación se explica a su vez que, si bien los entornos institucionalizados pueden variar en sus características, tienen ciertos elementos inherentes (compartir de forma obligatoria los asistentes con otras personas; aislamiento y la segregación respecto de la vida independiente en la comunidad; falta de control sobre las decisiones cotidianas; nula posibilidad de elegir con quién se vive; la rigidez de la rutina independientemente de la voluntad y las preferencias de la persona, etc.) que conlleva a un enfoque paternalista de prestación de servicios y a una supervisión del sistema de vida en el que las posibilidades de elección y control de su forma de vida por parte de los residentes en estas instituciones, es mínima.

El artículo 19. B hace referencia a los servicios de asistencia o apoyo individualizados. *“Estos son un derecho y no una forma de atención médica, social o de beneficencia ya que para conseguir una vida independiente se necesita de estos servicios. Todos los servicios han de ser elegidos por las propias personas que les necesitan en función de sus necesidades y preferencias; no siendo por tanto impuestos de manera predeterminada. Los Estados han de garantizar la existencia y la puesta en disposición de estos servicios que han de llegar a todas las esferas y ámbitos de la vida para así asegurar la vida independiente. Se ha de facilitar a su vez la vida en comunidad y evitar el aislamiento y la separación al respecto de las demás personas”*<sup>32</sup>.

Se está avanzando en la consecución de la prestación de apoyos en este sentido. Es un ejemplo de ello el programa de apoyo de vida independiente de la Fundación Tutelar de Madrid para Personas con Discapacidad Intelectual (FUTUMAD), miembros de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares y Plena Inclusión<sup>33</sup>.

#### **4.3. Derecho a la asistencia personal**

Es también relevante hacer referencia a la asistencia personal, definida por el Comité como el apoyo humano dirigido por el interesado o el “usuario” que se pone a disposición de una persona con discapacidad como un instrumento para permitir la vida independiente. En la Observación General n.º 5 se establecen como elementos comunes diferenciales:

- La financiación de la asistencia personal debe proporcionarse sobre la base de criterios personalizados y tener en cuenta las normas de derechos humanos para un empleo digno. Debe estar controlada por la persona con discapacidad y serle

---

<sup>32</sup> Observación General n.º 5, p. 5.

<sup>33</sup> <http://futumad.org/>

asignada a ella para que contrate cualquier asistencia que necesite. Se basa en una evaluación de las necesidades individuales y las circunstancias vitales de cada persona;

- El servicio está controlado por la persona con discapacidad y esta puede personalizar su servicio (planearlo y decidir por quién, cómo, cuándo, dónde y de qué manera se presta, dar instrucciones, dirigir a las personas que los presten, etc.).
- Este tipo de asistencia es una relación personal. Los asistentes personales deben ser contratados, capacitados y supervisados por las personas que reciban la asistencia, y no deben ser “compartidos” sin el consentimiento pleno y libre de cada una de estas personas;
- La autogestión de la prestación de los servicios. Las personas con discapacidad que requieran asistencia personal pueden elegir libremente el grado de control personal a ejercer sobre la prestación del servicio en función de sus circunstancias vitales y sus preferencias. Aunque otra entidad desempeñe la función de “empleador”, la persona con discapacidad sigue detentando siempre el poder de decisión respecto de la asistencia, es a quien debe preguntarse y cuyas preferencias individuales deben respetarse. El control de la asistencia personal puede ejercerse mediante el apoyo para la adopción de decisiones.

Por su carácter contractual y por ser la persona con discapacidad la que elige y decide, la figura del asistente personal difiere de otras figuras de apoyo informal como el que recibe de su familia, amigos u otros miembros de la comunidad. El asistente personal persigue a través de las tareas que realiza, ciertos objetivos o finalidades, siempre marcado por la persona que le ha contratado. El empoderamiento de la persona con discapacidad, asumiendo que esta siempre es la gestora de su recurso, también es un rasgo relevante a destacar de la figura del asistente personal con respecto a otras figuras laborales. La asistencia personal es una alternativa de servicio centrado en la persona y los apoyos que se dan en ella deben ser flexibles, personalizados y respetuosos de las decisiones, derechos, seguridad y dignidad de la persona con discapacidad; facilitando con ello un modelo de vida diferente al tradicional y no deseable de la institucionalización<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.), *Fundamentos del Derecho de la discapacidad*, op. cit., p. 336.

El Comité también remarca que las “*soluciones combinadas*” que, o vinculan la disponibilidad de un servicio determinado a otro, o presuponen que dos o más personas han de vivir juntas o solo pueden ofrecerse en el marco de sistemas de vida especiales, no se ajustan al artículo 19. En todo caso, el concepto de asistencia personal en que la persona con discapacidad no ejerce plenamente la libre determinación y el control de sí misma no se considerará conforme con la CDPD.

Diane Richler, expresidenta de Inclusion International, hace referencia a que el artículo 19 consta de tres elementos principales, cada uno de los cuales expresados en un párrafo del texto de la Convención: *elección, apoyo e inclusión*<sup>35</sup>.

Hace referencia a la elección, en el sentido del derecho a tomar las propias decisiones, se vincula de manera estrecha con el artículo 12 de la Convención: igual reconocimiento de persona ante la ley. El *apoyo* implica tener acceso a servicios tales como cuidado brindado por asistentes, empleo con apoyo y servicios especiales para discapacidad; asistencia de ingresos, tales como beneficios para personas con discapacidad o créditos fiscales para cubrir los costos extraordinarios de tener una discapacidad; y apoyo personal brindado por familiares, amigos y la comunidad. Además, en lo relativo a la inclusión, se ha de tener en cuenta que, para que las personas con discapacidad puedan ejercer de manera efectiva el derecho a vivir en comunidad no solo ellas necesitan apoyo directo, sino también sus familias ya que estas necesitan información y ayuda para planificar servicios y acceder a ellos, compensación por las pérdidas de ingresos y los costes ocasionados por la discapacidad, y descansos.

Diane Richler hace referencia a su vez a la necesidad de que, para que el derecho a elegir donde vivir sea real es necesario cerrar las instituciones creadas para este fin y ayudar a las personas a desenvolverse en comunidad, pero también es necesario emprender la “*desinstitucionalización de segundo orden*”, denominada así por el estadounidense Steve Eidelman: “*no solo debemos concentrarnos en cambiar los lugares físicos donde viven las personas, sino también adoptar una filosofía que afirme la centralidad, autodeterminación, inclusión y participación plena de la persona en la vida y la estructura de la comunidad. Debemos comprometernos con la remodelación o transformación de los servicios comunitarios actuales para que las personas puedan desarrollar relaciones personales, seguir sus propios intereses y tratar de alcanzar sus sueños*”<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Conferencia Internacional 2008-2013: cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid, 6 de mayo de 2013. <https://www.cermi.es/es/actualidad/eventos/conferencia-internacional-2008-2013-cinco-a%C3%B1os-de-vigencia-de-la-convenci%C3%B3n>

<sup>36</sup> Conferencia Internacional 2008-2013: cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*

Actualmente, el debate acerca del internamiento involuntario se encuentra en un punto álgido debido al proceso de redacción del borrador del Protocolo Adicional del Convenio de Oviedo<sup>37</sup> elaborado por el Comité de Bioética del Consejo de Europa.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS

En España hace falta una adecuación de los sistemas de apoyo y protección social para garantizar una forma de vida independiente en la comunidad. Mientras las asignaciones presupuestarias sean nulas o escasas y los marcos jurídicos para la prestación de asistencia personal y apoyo individualizado resulten insuficientes o directamente una quimera, los cambios que son necesarios no se producirán.

La institucionalización física y reglamentaria, también de niñas y niños, y todas las formas de tratamiento forzoso deben erradicarse definitivamente. Lo mismo que la falta de estrategias y planes de desinstitucionalización.

Resulta imperioso atajar la falta de servicios e instalaciones disponibles, aceptables, asequibles, accesibles y adaptables. Se debe suplir la ausencia de mecanismos de supervisión apropiados para asegurar la aplicación adecuada del artículo 19 de la CDPD.

Debemos avanzar como sociedad ante las actitudes negativas, estigmas, estereotipos e ideas erróneas que aún circulan respecto a los derechos de las personas con discapacidad.

Existe, además, la necesidad de derogar la regulación actual del internamiento involuntario contenida en el art. 763 LEC en tanto supone un claro ejemplo de privación de la libertad por motivos de discapacidad enfrentado radicalmente con la CDPD en general y con su art. 14 en particular.

La implantación de un modelo de atención comunitario, que debe diseñarse en consulta estrecha con las organizaciones de personas con discapacidad, exige que las personas con discapacidad mantengan el control sobre sus apoyos y requiere el diseño e implementación de estrategias adecuadas de desinstitucionalización y la localización y reasignación de recursos humanos y financieros. Conviene, además, tener presente que la prestación de apoyos, servicios y tratamientos en la comunidad no sólo es más

---

<sup>37</sup>Nombrado así de manera coloquial, su nombre completo es “Borrador del Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamientos involuntarios (BPAITI)”.



respetuosa con los derechos de las personas con discapacidad, sino que es también más eficaz y más rentable que la opción de la institucionalización forzosa.

Lo anterior supone que la plena realización del derecho a la libertad de las personas con discapacidad depende, de un modo muy relevante, de la efectividad de dimensiones otros derechos, algunas de las cuales parecen estar sujetas a realización progresiva. En este punto, es necesario tener en cuenta que tal y como ha resaltado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad *a fin de lograr la efectividad progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes deben adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y en que esas medidas deben adoptarse de inmediato o dentro de un período de tiempo razonablemente breve, y deben ser deliberadas, concretas, selectivas y utilizar todos los medios apropiados.*

Asimismo, ha resaltado el Comité que la efectividad progresiva de algunos de los aspectos del art. 19 CDPD entrañan *la obligación inmediata de concebir y aprobar estrategias, planes de acción y recursos concretos para desarrollar servicios de apoyo, y de hacer inclusivos los servicios generales, tanto existentes como de nueva creación, para las personas con discapacidad.*

La estructura y los servicios que se crean deben ser los que se adapten a la persona y no al revés, tiene que cambiar la sociedad para que sea realmente inclusiva.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### Publicaciones

- CAMPOY CERVERA, I., “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 21, 2004.
- CUENCA GÓMEZ, P., “Discapacidad y Privación de la Libertad”, *Derechos y Libertades*, n.º 32, Época II, enero 2015, pp. 163-203.
- DE ASÍS, R., BARRANCO, M.<sup>a</sup> C., *El impacto de la Convención Internacional de la ONU Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*, CERMI/Ediciones Cinca, Madrid, 2010.
- DE LORENZO GARCÍA, R., PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Fundamentos del Derecho de la discapacidad*, Editorial Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- DE LORENZO GARCÍA, R., “Concepto y alcance de la refundición de textos legislativos. El mandato de refundición en el caso del Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social”, en la obra ARENAS, F.,

- CABRA DE LUNA, M. Á. (Coords.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Ed. La Ley, Madrid, 2015, p. 512.
- MARTÍN PALOMO, M. T., “Autonomía, dependencia y vulnerabilidad en la construcción de la ciudadanía”, *Zerbitzuan: Revista de servicios sociales*, n.º 48, 2010.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., “Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Enseñanzas de las recientes reformas legislativas en Argentina e Irlanda”, *Derechos y libertades*, n.º 37, 2017, pp. 167-192.
- MUYOR RODRÍGUEZ, J., “La (des)institucionalización en el marco de la Convención Internacional de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Ediciones Complutense, *Trabajo Social*, 32 (2) 2019: 407-417.

### **Pronunciamientos e Informes del Comité de Derechos de las personas con discapacidad**

- Directrices sobre el derecho a la libertad y a la seguridad de las personas con discapacidad, aprobadas por el Comité en su 14.º periodo de sesiones (17 de agosto a 4 de septiembre de 2015). Recogidas en el Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad A/72/55.
- Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad: A/HCR/40/54
- Observación General nro. 5 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, 27/10/2017, CRPD/C/GC/5.
- Observación General nro. 7 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 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, 9/11/2018, CRPD/C/GC/7.
- Observaciones Finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España. Aprobadas por el Comité en su 21er periodo de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019): CRPD/C/ESP/CO/2-3.

### **Páginas web oficiales de referencia**

- Alto Comisionado de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas:  
<https://www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx>  
 CERMI: <https://www.cermi.es/>  
 Organización de Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/>

## Otros documentos

COMISIÓN EUROPEA, The 2009 Ageing Report — Economic and budgetary projections for the EU-27 Member States (2008-2060):

[https://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/pages/publication\\_summary14911\\_en.htm](https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication_summary14911_en.htm)

Conferencia Internacional 2008-2013: cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid, 6 de mayo de 2013.

Gobierno de España, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Componente 22: Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión: <https://planderecuperacion.gob.es/>

IMSERSO, *Institucionalización y Dependencia*, Centro de Estudios Serie Dependencia, Madrid, 2006.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

**Mercedes López Romero**

Parlamentaria andaluza en la XI Legislatura

y miembro del Comité de Apoyo de la Convención de la ONU del CERMI



## **LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PARTE DEL DERECHO A LA INCLUSIÓN EN LA COMUNIDAD, VISIÓN POLÍTICA**

Como siempre que hablamos de discapacidad hablamos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el año 2006 por las Naciones Unidas y que establece el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Concretamente, se reconoce *“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.”*

También la Unión Europea en su legislación reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad, propugnando una gradual desinstitucionalización y, para ello, una mayor diversificación en los tipos de servicios y apoyos que disponen de reconocimiento público.

Evidentemente, nuestra Constitución también hace un mandato a los poderes públicos de *“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación en la vida política, cultural y social”* en su artículo 9.

Asimismo, en España, la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, recoge en varios de sus artículos mandatos orientados a la promoción de la vida independiente en clave de inclusión y participación: de atención integral (artículo 13), de habilitación y rehabilitación (artículo 14), de protección social (artículos 49 y 50) y medidas de acción positiva (artículos 67 y 68).

Por tanto, hay una amplia y elevada legislación que establece todo un catálogo de derechos tendentes a esta desinstitucionalización.

En otro orden de cosas, que las personas con discapacidad puedan vivir una vida independiente en la comunidad, supone un gran avance en el ejercicio de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad. Se trata de una transformación social que genera la participación de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad, en condiciones efectivas de inclusión e igualdad en diversidad. Una transformación que, además, genera retornos sociales y económicos muy significativos.

Como Directora General de Discapacidad de la Junta de Andalucía impulsé la formulación de unas “Bases y ejes de transformación para el ejercicio del derecho a la vida independiente en la comunidad” que suponía un proceso de investigación práctica y participativa que tenía como finalidad primordial apoyar el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

En resumen, esta iniciativa se diseñó con la previsión de un triple eje de transformación y aportación de valor:

- A. Potenciar el empoderamiento de las personas con discapacidad para que puedan ejercer, de manera efectiva y real, su derecho a la vida independiente.
- B. Promover la transformación de los entornos en clave de accesibilidad universal, inclusión e igualdad de oportunidades.
- C. Innovar en los sistemas de servicios y apoyos para la vida independiente, de manera que se alcancen alternativas a la institucionalización con un alto nivel de calidad, eficacia y sostenibilidad.

Cabe agradecer en este foro la participación activa que tuvieron las organizaciones representativas de la discapacidad. Fue un trabajo intenso para definir este documento.

Siempre he actuado en mi participación en la vida política en la participación de las organizaciones representativas de los intereses de los ciudadanos.

Así, en el documento y en las actuaciones que se siguieron en la Dirección General iban enfocadas esas propuestas de las organizaciones representativas de la discapacidad.

Estas conclusiones indicaban que todas las personas quieren vivir vidas plenas y activas, con el completo respeto a su libertad para elegir dónde y con quién quieren vivir, poder decidir y avanzar hacia su proyecto vital, con opciones iguales a los demás, sin que se los discrimine por cualquier condición o rasgo. Sin que una discapacidad o situación de dependencia suponga tener que aceptar un sistema de vida específico, como puede ser la vida en una residencia o en entornos institucionalizados.

Fue un proceso de participación que se ha realizado utilizando la metodología “Laboratorio Viviente” en clave de participación colaborativa para la innovación social. Todos los actores participaron activamente en el proceso de innovación (abierto y colaborativa), en la co-creación y validación de las soluciones, en contextos de uso reales, conformando así un ecosistema de Investigación y Desarrollo, que posibilita de manera permanente la Innovación Social.

Más concretamente, para la realización de esa investigación se ha aplicado un esquema de trabajo acorde con los sistemas empleados por los “Espacios Sociales de Innovación”, sobre todo en la doble dimensión de:

- a) Identificar los principales retos y elementos de éxito para una Vida Independiente.
- b) Aportar propuestas de soluciones para afrontar retos personales, superar barreras del entorno y conseguir mejores apoyos y servicios.

Asimismo, en paralelo a la elaboración de un Plan de Transición para la Vida Independiente, que responda a las pautas y criterios del citado Comité, se recomienda programar, en colaboración con las entidades representativas de las personas con discapacidad, y activar aquellas medidas que suponga importantes avances a corto y medio y plazo, destacándose las siguientes:

## **A. EMPODERAMIENTO DE LAS PERSONAS**

En relación con el empoderamiento de las personas y de sus entornos vitales, en un marco de colaboración con las entidades representativas de las personas con discapacidad, se recomiendan las medidas siguientes:

1. Realizar una campaña de difusión sobre el derecho a la vida independiente, dirigida a todos los actores clave para su efectivo cumplimiento.
2. Incorporar procesos formativos para el empoderamiento en vida independiente y en derechos, tanto en relación con las propias personas con discapacidades, los familiares y entornos vitales, y los profesionales que apoyan sus proyectos vitales.
3. Contar con las propias personas con discapacidad en la planificación de los apoyos para la vida independiente, en base a métodos de trabajo centrados en su propio proyecto vital.
4. Incorporar la perspectiva transversal de género cuando nos planteamos el ejercicio efectivo del derecho a la vida independiente; concretamente para afrontar y superar el doble reto que supone ser mujer con discapacidad.
5. Contar con un apoyo psicológico que permita afrontar la discapacidad y desarrollar estrategias y capacidades con ese fin; de manera muy notoria en situaciones de discapacidad sobrevenida o con evoluciones intensas.
6. Promover la actualización de los sistemas de protección de derechos, entre los cuales la función de apoyo tutelar, para que se oriente de manera efectiva al ejercicio del derecho a vivir de forma independiente en la comunidad.

## **B. TRANSFORMACIÓN DE LOS ENTORNOS**

Transformar los entornos, en clave de accesibilidad universal, inclusión, no discriminación e igualdad de oportunidades, es otra de las dimensiones clave para avanzar hacia un modelo de vida independiente que se propone contar con una intensa actuación institucional y ciudadana para su desarrollo. Así, en esta actuación transformadora, se recomiendan las siguientes medidas prioritarias:

7. Activar todas las medidas institucionales y administrativas de que se dispone para el efectivo cumplimiento de la legislación en materia de accesibilidad universal.
8. Garantizar el obligatorio cumplimiento, en todo tipo de contratación pública, de la legislación en materia de accesibilidad y movilidad universales.

9. Diseñar y aplicar las técnicas más avanzadas de accesibilidad cognitiva en todas las actuaciones que tienen como propósito la realización de la accesibilidad universal.
10. Promover que la Fiscalía de Discapacidad actúe de oficio ante cualquier vulneración de la legislación en materia de accesibilidad y movilidad universales.
11. Realizar campañas dirigidas al conjunto de la ciudadanía sobre el bien público para todas las personas que supone una efectiva implantación de la accesibilidad universal.
12. Introducir la accesibilidad universal y el derecho a la vida independiente en el diseño curricular de toda oferta educativa, bien sea a nivel de la enseñanza general básica, como en niveles de formación profesional o universitaria.

### **C. SISTEMA DE SERVICIOS Y APOYOS**

En el plano del sistema de servicios y apoyos, se plantean las siguientes medidas prioritarias:

13. Modificar el actual Catálogo de Servicios Sociales, incorporando una gama más diversa de servicios y apoyos, con el objeto de poder realizar opciones de vida independiente. Modificando, asimismo, aquellos requisitos de acceso y uso de los servicios en clave de fomentar e incentivar las modalidades orientadas a ejercer el derecho a la vida independiente.
14. Ampliar la cobertura y mejorar las condiciones normativas y dotacionales del servicio de Asistencia Personal para la Vida Independiente. Asegurando que la misma se aplique de acuerdo con los principios de vida independiente, los criterios de la Observación general nº5 del Comité Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad de NNUU, y que suponga una plena disposición en proximidad y una mayor transversalidad en cualquier etapa vital y en relación a las mujeres con discapacidad.
15. Contar con un suficiente parque de viviendas plenamente accesibles con apoyos, como alternativa a la institucionalización residencial.
16. Poner en marcha el servicio de promoción de la autonomía personal con un enfoque de apoyo y promoción de la vida independiente.
17. Garantizar un acceso al ocio y a todo tipo de actividad en la comunidad.
18. Elaborar nuevas herramientas metodológicas básicas, como es el caso de los “planes de apoyo integral a la vida independiente”.
19. Establecer una actualización y prescripción instantánea a la amortización técnica de los productos de apoyo. La revisión del Catálogo de Prestaciones Or-



toprotésicas ha de incorporar ese procedimiento de renovación automática en función de la innovación continua que se está produciendo en el campo de la tecnología para el apoyo a la vida independiente.

20. Reformar la normativa sobre copago eliminando cualquier coste para los servicios de tipo profesional y limitando las bases del copago a la sustitución de alimentos y a los costes alternativos a la vivienda en entornos institucionales de residencia.
21. Eliminar el copago farmacéutico a todas las personas con discapacidad.
22. Promover más y mejores oportunidades de empleo para personas con discapacidad, en condiciones de plena igualdad y no discriminación, a través de mejoras en la incorporación a la Función Pública y de medidas eficaces para el efectivo cumplimiento de la legislación en esta materia, tanto en los procedimientos de contratación con el sector público como en relación a la inspección laboral y aplicación del régimen sancionador vigente.
23. Actualizar la política social de vivienda en Andalucía, introduciendo la prioridad de disponer de suficientes viviendas sociales ordinarias plenamente accesibles.
24. Extender los beneficios aparejados a las “Familias Numerosas” a las Personas con Discapacidad.
25. Abordar el apoyo personalizado para la vida independiente de las personas con discapacidad que están cursando estudios universitarios o de formación profesional avanzada, o bien que se plantean realizarlos.
26. Dotar el apoyo para la vida independiente con las condiciones más abiertas posibles en el uso de los recursos y servicios necesarios. En base al propio plan de apoyo a la vida independiente y con medios tipo cheque-servicio.
27. Dedicar recursos para una continua innovación, desarrollo y aplicación de tecnologías para la vida independiente, centradas en las necesidades de las personas con discapacidad, en sus preferencias y necesidades, y en la participación para su diseño, uso y actualización.

Y de manera transversal a todas las dimensiones expuestas, se considera imprescindible dar continuidad a una gobernanza participativa en el impulso del derecho a la vida independiente y en el diseño de estrategias y actuaciones que permitan su efectivo cumplimiento y una progresiva desinstitucionalización.

Con todo ello, se puede resaltar que una Estrategia Integral de Transición por la Vida Independiente, es la vía más eficaz para conseguir un efectivo apoyo al derecho a vivir una vida independiente y a ser incluido en la comunidad, a la vez que supone una excelente oportunidad para mejorar la sostenibilidad futura de los sistemas de ser-

vicios sociales y de apoyos a las personas con discapacidad. Una estrategia que, sin lugar a dudas, va a contribuir a avanzar en el camino para la plena igualdad, la innovación social y la calidad de los sistemas de protección y promoción social.

Este es un trabajo que debe realizarse desde la participación. Siempre he defendido que la discapacidad no debe tener color político. Debe impulsarse independientemente del partido que tenga responsabilidades de Gobierno y debe seguir avanzando en ese total reconocimiento de los derechos demandados por las organizaciones que desempeñan una gran labor.



**María José Alonso Parreño**

Abogada en ejercicio, Doctora en Derecho

Asesora jurídica de la Fundación Iberoamericana Down 21



## **LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA INFANCIA CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA**

### **1. NECESIDAD DE UNA PERSPECTIVA GLOBAL**

Cuando intentamos abordar cuál es la protección jurídica de la infancia con discapacidad en España, descubrimos que tenemos muchas leyes y reglamentos, estatales, autonómicas y locales. Sin embargo, muchas veces en las leyes de infancia, los niños y niñas con discapacidad aparecen solamente de manera marginal. Por otra parte, en las leyes sobre discapacidad que se refieren a las personas en cualquier edad, muchas veces se olvida a la infancia.

Se hace necesario por tanto intentar estudiar la materia desde una perspectiva global, para descubrir en qué aspectos es susceptible una mejora de esta protección a la infancia con discapacidad.

Por encima de todas las leyes y reglamentos está nuestra norma fundamental la Constitución española de 1978 y al mismo nivel constitucional la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 además de la Convención de Derechos del Niño de 1989.

A continuación, intentaré ofrecer una visión global de este asunto haciendo hincapié en las novedades legislativas de los últimos años y en aquellos aspectos que todavía están pendientes.

## 2. EJE VERTEBRADOR DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA INFANCIA CON DISCAPACIDAD

El eje es, en buena medida, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, es decir, la Ley 1/1996 que fue objeto de reforma en 2015 mediante una ley orgánica y una ley ordinaria (Ley 26/2015 y Ley Orgánica 8/2015). En adelante me referiré a ella como LOPJM.

Hasta la reforma de 2015, la LOPJM no mencionaba a la infancia con discapacidad.

Después, en 2021, la LOPJM ha sido objeto de reforma en la Ley Orgánica 8/2021 de protección de la infancia frente a la violencia.

### **2.1. Avances, todavía cortos, en la LOPJM para la protección de la infancia con discapacidad**

#### *2.1.1. Derecho a ser oído*

En primer lugar, nos encontramos con el derecho a ser oído con apoyos suficientes.

En el nuevo artículo 9 apartado 1 LOPJM se recalca que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

Es decir que el derecho a ser oído afecta tanto a su entorno habitual, en casa, como fuera de ella.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualifica-

dos o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

En el apartado dos del mismo artículo nueve, se especifica que se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

Es preciso generar esa información accesible en los juzgados y la existencia de intérpretes. El derecho de acceso a la justicia de los menores con discapacidad sigue siendo vulnerado a diario. En demasiadas ocasiones, no pueden participar en los procesos que les afectan, por no contar con esa accesibilidad y apoyos, procesos que con frecuencia son la separación o el divorcio de sus padres.

### *2.1.2. Derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno*

Respecto al derecho a tener los recursos para participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, pese a que el nuevo artículo 7 LOPJM señala que se garantizará la accesibilidad de los entornos y la provisión de ajustes razonables necesarios, esta garantía no se ha materializado todavía en las actividades dirigidas a la infancia.

### *2.1.3. Medidas de las administraciones públicas para facilitar el ejercicio de los derechos por parte de los menores*

Los niños y niñas con discapacidad tienen el derecho a recibir de las Administraciones Públicas, la información en formato accesible y asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como a que se garantice su respeto (artículo 10.1 LOPJM).

#### *2.1.4. Derecho a que estén garantizados los servicios sociales especializados para los menores con discapacidad y sus familias*

El artículo 11.1 párrafo tercero LOPJM contiene dos disposiciones importantes para la infancia con discapacidad:

Por un lado, el artículo 11 establece que las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen, y por otro, en su párrafo tercero del mismo apartado 1, se ha añadido a la importante frase “En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos” una frase final muy importante para los menores con discapacidad: “Se garantizará a los menores con discapacidad y a sus familias los servicios sociales especializados que su discapacidad precise”. Han pasado cinco años desde la reforma de la legislación de infancia, y todavía no están disponibles a su debido tiempo, y próximos al domicilio, por poner un ejemplo, los servicios de atención temprana, en los que sigue habiendo lista de espera.

Tampoco existen servicios públicos de apoyo a familias con menores con discapacidad a cargo. Siguen siendo las asociaciones de familias las que cubren estas lagunas, pese a la vigencia del nuevo apartado 8 del artículo 12 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor:

«Los poderes públicos garantizarán los derechos y obligaciones de los menores con discapacidad en lo que respecta a su custodia, tutela, guarda, adopción o instituciones similares, velando al máximo por el interés superior del menor. Asimismo, garantizarán que los menores con discapacidad tengan los mismos derechos respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos y a fin de prevenir su ocultación, abandono, negligencia o segregación velarán porque se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias».

Hay que tener en cuenta que estas disposiciones no tienen rango de ley orgánica, sino de ley ordinaria, y que son de aplicación subsidiaria a la de las comunidades autónomas en materia de infancia y servicios sociales. Sin embargo, las disposiciones de la ley orgánica de protección jurídica del menor siempre ha sido una fuente de inspiración para la normativa autonómica y su aplicación subsidiaria cuando hay lagunas significa que son obligatorias cuando no hay normativa autonómica.

### *2.1.5. Derecho a la accesibilidad y a ser incluido en la comunidad*

Del mismo modo, en el párrafo quinto del artículo 11 apartado 1 de la LOPJM se señala que las Administraciones Públicas tendrán particularmente en consideración la adecuada regulación y supervisión de aquellos espacios, centros y servicios en los que permanezcan habitualmente menores, en lo que se refiere a sus condiciones físico-ambientales, higiénico-sanitarias, de accesibilidad y diseño universal y de recursos humanos, así como a sus proyectos educativos inclusivos, a la participación de los menores y a las demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos.

Por poner un ejemplo, el más importante quizás, muchos de los colegios ordinarios siguen sin ser accesibles y sin tener proyectos educativos inclusivos. Si todos los colegios ordinarios fueran totalmente inclusivos, no habría debate, probablemente, sobre el cierre de los colegios de educación especial.

### *2.1.6. Sistema de información sobre la protección a la infancia y a la adolescencia*

En la Ley 26/2015 de reforma de la ley orgánica de protección jurídica del menor se introdujo el artículo 22 ter de la misma relativo sistema de información sobre la protección a la infancia y a la adolescencia.

En efecto, dicho artículo obliga a las Comunidades Autónomas y a la Administración General del Estado a establecer un sistema de información compartido que permita el conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia y a la adolescencia en España, y de los ofrecimientos para el acogimiento y la adopción, con datos desagregados por género y discapacidad, tanto a efectos de seguimiento de las medidas concretas de protección de menores como a efectos estadísticos. A estos mismos efectos están obligados a desarrollar el Registro Unificado de Maltrato Infantil (RUMI).

Este registro, aunque lleva pocos años en marcha, empieza a arrojar datos sobre menores con discapacidad en el sistema de protección y sobre menores con discapacidad que han sufrido maltrato. Todavía falta el recorrido de algunos años más para que se tengan datos fiables de todas las comunidades autónomas.

En relación con la protección de la infancia con discapacidad frente a la violencia dedicaré el siguiente al epígrafe 3, razón por la que no lo desarrolló en este apartado aunque el texto original de la Ley 1/1996 ya recogía ciertas disposiciones sobre este asunto.



## **2.2. Laguna importante en los derechos básicos de los menores extranjeros sin residencia legal en España**

Señala el artículo 10 en su apartado 2 LOPJM que los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables entre otros, los menores con discapacidad, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley.

Una laguna importante en esta Ley en su texto original de 1996, que no fue corregida en las reformas posteriores, consiste en que los menores con discapacidad que no tienen residencia legal en España no acceden al sistema de autonomía personal y dependencia pese a que muchas veces están en las familias con menos recursos económicos. El sistema de dependencia no se considera dentro de las prestaciones sociales básicas, como tampoco la prestación familiar por hijo a cargo o el Ingreso Mínimo Vital y eso los coloca en una situación de extrema vulnerabilidad.

## **3. PROTECCIÓN FRENTE A LA VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA CON DISCAPACIDAD**

### **3.1. La protección de la infancia con discapacidad frente a la violencia en la LOPJM**

En el texto original de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor ya se establecían algunas disposiciones sobre la protección de la infancia frente a la violencia, si bien no específicamente para proteger a la infancia con discapacidad.

El artículo 11.2. letra i) LOPJM señala lo siguiente:

«Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso.»

En el artículo 11 apartado 3 se señala:

«Los poderes públicos desarrollarán actuaciones encaminadas a la sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección de cualquier forma de violencia contra la infancia y la adolescencia mediante procedimientos que aseguren la coordinación y la colaboración entre las distintas Administraciones, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto públicos como privados, para garantizar una actuación integral.»

### **3.2. La reciente Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia**

Dentro de esta Ley se recoge una regulación específica destinada a proteger a la infancia con discapacidad, regulación que aparece de manera transversal y no en un título específico dedicado a la infancia con discapacidad, y que examinaré a continuación.

En el artículo 9.2 dedicado a la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia se establece la obligación de las administraciones públicas de poner a disposición de los niños niñas y adolescentes y de sus representantes legales los medios necesarios para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos previstos en esta ley, teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de aquellos que pudieran tener una mayor dificultad para su acceso. Se recoge una disposición específica a continuación cuando se establece que «En todo caso se tendrán en cuenta las necesidades de las personas menores de edad con discapacidad.»

#### *3.2.1. Ámbito familiar*

Cuando esta Ley orgánica 8/2021 regula la prevención de la violencia en el ámbito familiar, en el artículo 26 apartado 3, letra h) se refiere a la obligación de las administraciones públicas de proporcionar la orientación, formación y apoyos que precisen las familias de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, a fin de permitir una atención adecuada de estos en su entorno familiar, al tiempo que se fomenta su grado de autonomía, su participación activa en la familia y su inclusión social en la comunidad.

#### *3.2.2. Ámbito educativo*

En el artículo 30, dedicado a la formación a los alumnos en la prevención y evitación de la violencia, se recoge que el sistema educativo debe fomentar una educación inclusiva, y su participación en una escuela segura y libre de violencia, y que todos

los alumnos en todas las etapas educativas y con independencia de la titularidad del centro, deben recibir de forma transversal, una educación que incluya su participación, el respeto a los demás, a su dignidad y sus derechos, especialmente de aquellos menores que sufran especial vulnerabilidad por su condición de discapacidad o de algún trastorno del neurodesarrollo. Esta educación debe estar adaptadas un nivel madurativo y, en su caso, a su discapacidad, y orientada a la prevención y evitación de toda forma de violencia y de discriminación con el fin de ayudarles a reconocerla y a reaccionar frente a la misma.

Los protocolos contra el acoso escolar, deben incluir medidas específicas cuando el acoso se dirige contra los niños con discapacidad (artículo 34.2), pero no hay un baremo para indemnizar daños y perjuicios, pues las cuantías concedidas hasta ahora en las sentencias son bajas.

Esta ley introduce la figura del coordinador de bienestar y en todos los colegios (artículo 35). se trata de una figura clave para la prevención y la intervención frente a la violencia en el ámbito educativo y en el apartado 2G se incluye entre sus funciones la de fomentar el respeto a los alumnos y alumnas con discapacidad, o cualquier otra circunstancia de especial vulnerabilidad o diversidad.

### *3.2.3. Ámbito sanitario*

La Ley también incluye menciones a la discapacidad cuando se trata de prevenir y combatir la violencia en el ámbito sanitario (donde las administraciones sanitarias están obligadas a promover la elaboración de protocolos que tengan en cuenta la especificidad de la discapacidad).

### *3.2.4. Ámbito ocio y deporte*

En los ámbitos del ocio y del deporte incluyen también obligaciones para que las entidades que realizan actividades de ocio y deporte eviten la discriminación por discapacidad y formen a sus profesionales de forma que la actividad se ha inclusiva (artículo 48).

### *3.2.5. Ámbito protección de menores*

En el sistema de protección de menores se regulan procedimientos de queja o denuncia, accesibles y confidenciales, así como medidas específicas cuando hay acoso por razón de discapacidad (artículo 53).

### 3.2.6. Creación del Registro Central de Violencia contra la infancia

En el artículo 56, se crea el Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia con la finalidad de compartir información con datos de toda España alimentados por el Consejo general del poder judicial las fuerzas y cuerpos de seguridad, el RUSSVI (antes denominado RUMI) con la variable discapacidad de la víctima (art. 56).

### 3.2.7. Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

3.2.7.1. Previsiones en relación con la dispensa de la obligación de declarar en causas penales

Se establecen una serie de excepciones a la dispensa de la obligación de declarar, con el fin de proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección (modificación LECri artículo 416).

3.2.7.2. Excepción al régimen general de dispensa de la obligación de denunciar

Se modifica de la LECri el artículo 261 para establecer una excepción al régimen general de dispensa de la obligación de denunciar, al determinar la obligación de denunciar del cónyuge y familiares cercanos de la persona que haya cometido un hecho delictivo cuando se trate de un delito grave cometido contra una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.

3.2.7.3. Previsiones en materia de prueba preconstituida y medidas cautelares civiles y penales

Se modifica el artículo 449 ter de la LECri para incluir la prueba preconstituida siempre que tenga que intervenir como testigo en la instrucción de determinados delitos, con garantías de accesibilidad y apoyos necesarios. La prueba podrá practicarse mediante equipos psicosociales y evitando la confrontación visual con la persona investigada.

«Artículo 449 ter.

Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad

e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios.

La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve.»

También se incluyen disposiciones sobre medidas cautelares penales y civiles para proteger a menores y a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, durante la instrucción del procedimiento penal (artículo 544 ter).

De igual modo, se incluyen disposiciones para proteger a personas con discapacidad necesitadas de esta especial protección en el acto de la vista oral artículos 703 bis, para que no se requiera a la persona que actuó como testigo cuando se hubiera practicado prueba reconstituida, salvo excepciones, y 707 de la ley de enjuiciamiento criminal garantizando evitar la confrontación visual con el inculpado por cualquier medio técnico.

También se incluye la prueba reconstituida en la fase de diligencias previas de conformidad con el artículo 777.3 de la ley de enjuiciamiento civil.

### *3.2.8. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*

Se contemplarán disposiciones relativas a la Formación especializada en la carrera judicial y fiscal.

En concreto, se modifica el apartado cinco del artículo 433 bis de la LOPJ para que el Plan de Formación Continuada contemplará cursos específicos de naturaleza disciplinar sobre la tutela judicial de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En todo caso, en los cursos de formación se introducirá el enfoque de la discapacidad de los niños, niñas y adolescentes.

El Centro de Estudios Jurídicos impartirá anualmente cursos específicos de naturaleza multidisciplinar sobre la tutela judicial de los derechos de la infancia y la adolescencia. En todo caso, en los cursos de formación se introducirá el enfoque de la discapacidad de los niños, las niñas y los adolescentes (artículo 434.2. último párrafo LOPJ).

En la Disp. Final 20 se incluye mandato al gobierno para que remita un proyecto ley de reforma de la LOPJ dirigido a establecer la especialización juzgados de penal en delitos contra menores, planteándose la inclusión de juzgados de violencia contra la infancia y la adolescencia.

En el mismo proyecto de ley orgánica se dispondrán modificaciones para garantizar asimismo la especialización en el orden jurisdiccional civil en temas de Infancia, capacidad y familia.

Asimismo, el gobierno tendrá que presentar un proyecto de ley para modificar el estatuto orgánico del ministerio Fiscal y establecer su especialización en temas de violencia contra la infancia.

### *3.2.9. Derecho a la atención temprana*

Mención especial merece el reconocimiento del derecho a la atención temprana en el apartado 5 del artículo 12 de la Ley orgánica 8/2021: «Las administraciones sanitarias, educativas y los servicios sociales competentes garantizarán de forma universal y con carácter integral la atención temprana desde el nacimiento hasta los seis años de

edad de todo niño o niña con alteraciones o trastornos en el desarrollo o riesgo de padecerlos en el ámbito de cobertura de la ley, así como el apoyo al desarrollo infantil.»

Se trata de la primera vez que una norma con rango de Ley de carácter estatal establece el derecho a la atención temprana hasta los seis años como derecho de los niños y niñas y como deber de la Administración pública. Aunque este artículo es de carácter ordinario y no orgánico, no deja de ser un avance importante en el reconocimiento de este derecho fundamental para el desarrollo de los niños y las niñas con discapacidad y clave en la prevención de la violencia.

#### 4. REFORMA EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA E INFANCIA

##### 4.1. Sistema anterior a la reforma de la Ley 8/2021

En el sistema anterior a la Ley 8/2021 sólo podían presentar demanda de incapacitación contra un menor sus padres, y en solicitud de prórroga de la patria potestad.

El artículo 171 del código civil recogía un mecanismo automático que ha sido suprimido: «La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad.»

El Legislador ha entendido que la figura de la patria potestad prorrogada o rehabilitada era contraria a la Convención y muy rígida.

Por tanto, ya no existe la incapacitación de menores, como tampoco existe la de mayores de edad.

##### 4.2. Los menores de edad en la Ley 8/2021 reforma capacidad jurídica

###### 4.2.1. *La provisión de medidas judiciales de apoyos para menores mayores de 16 años para el futuro*

El legislador ha querido introducir para aquellas familias que deseen tener previstas unas medidas judiciales para cuando se alcance la mayoría de edad un artículo concreto:

Artículo 254 CC: «Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad, que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la auto-

ridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias.»

Teniendo en cuenta el principio de desjudicialización de la reforma recogido en el párrafo quinto del nuevo artículo 255 del Código Civil, este artículo será de aplicación sólo cuando no haya medidas voluntarias o cuando no pueda haber una guarda de hecho que constituya un apoyo suficiente.

#### *4.2.2. Las medidas voluntarias de los menores de edad*

En el mismo artículo 254 CC se recalca que las medidas judiciales son subsidiarias:

«Estas medidas (las judiciales) se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad.»

Parece difícil que una persona con necesidad de apoyo para tomar decisiones tenga madurez suficiente para hacerlo con tan sólo 16 años, pero se trata de una previsión consistente con el espíritu de la ley de dar prioridad a las medidas voluntarias frente a las judiciales.

#### *4.2.3. Medidas de apoyo en procedimientos de nulidad separación o divorcio*

En el nuevo artículo 91 segundo párrafo del Código Civil se contemplan medidas judiciales de apoyo, en el contexto de nulidad, separación y divorcio si, si hubiera hijos comunes que ya tengan 16 años y se prevea que van a necesitarlas por razón de su discapacidad.

En estos casos, previa audiencia del menor, la sentencia correspondiente resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas medidas, las cuales entrarán en vigor cuando el hijo alcance los 18 años. Todo ello se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. El objetivo es no tener que vivir dos procedimientos en dos años sobre el tema de con quien vive el hijo y quien le apoya.



#### *4.2.4. Derecho de visitas*

En el nuevo artículo 94 CC se regula el derecho de visitas del progenitor que no tenga consigo a los hijos, cuando hay un hijo mayor de edad o emancipado con discapacidad que precisa de apoyo para tomar esta decisión. El progenitor que no lo tenga en su compañía puede solicitar en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho de visitas. Se hace con audiencia del hijo y del Fiscal. También se regula en el artículo 94 las visitas de abuelos, hermanos y otros parientes o allegados al mayor de edad o menor con discapacidad. El juez resolverá teniendo siempre presente la voluntad, deseos y preferencias del mayor de edad o el interés del menor con discapacidad.

La excepción la encontramos en los casos de violencia de género: «No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.»

#### *4.2.5. Uso de la vivienda familiar después de la mayoría de edad de un hijo con discapacidad*

El nuevo artículo 96 apartado 1 CC establece que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos ellos alcancen la mayoría de edad.

A continuación, establece una nueva disposición para una vez cumplida la mayoría de edad con independencia de que se tengan medidas judiciales de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica: «Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la

vivienda familiar después de su mayoría de edad, el juez determinará el plazo de duración de este derecho en función de las circunstancias concurrentes.»

Esta novedad plasma en una norma una sentencia del Tribunal Supremo que reconoció este derecho a una persona con discapacidad por un plazo determinado (STS Sala 1 Pleno de 19 enero 2017).

## 5. AGENDA LEGISLATIVA PENDIENTE

### 5.1. Grado de discapacidad

Sigue pendiente modificar el Real Decreto 1971/1999 para incluir el factor edad en los baremos y pruebas homologadas para los niños. Incluir un baremo para niños y adolescentes con arreglo a la nueva CIF para niños y adolescentes que ha presentado la OMS en octubre de 2007 (Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud para Niños y Adolescentes).

También siguen pendientes las siguientes cuestiones:

- Suprimir la exclusión expresa del capítulo 15 donde se definen los criterios para la evaluación de la discapacidad debida a Retraso Mental de las reglas generales relativas a las AVD, los grados de discapacidad y las categorías de las deficiencias, de forma que todas las discapacidades estén sujetas a las mismas reglas generales sin discriminación alguna.
- Revisión del capítulo 15 e introducción de pruebas homologadas para evaluar la discapacidad intelectual.
- Establecer que los efectos de la resolución en el caso de niños con discapacidad congénita o causada durante el parto se retrotraigan a la fecha de nacimiento del niño, si bien dicha retroactividad excepcional solo surtiría efectos si la solicitud se formulara dentro del primer año de vida del niño (lo que daría un plazo razonable a los padres para ejercitar su derecho, sin que su desidia en el ejercicio del mismo pudiera perjudicar al interés general).

### 5.2. Supresión aborto eugenésico por discriminatorio en la Ley Orgánica 2/2010

Sigue pendiente la modificación de la LO 2/2010 sobre salud sexual y reproductiva, para eliminar cualquier distinción en cuanto al plazo para interrumpir el embarazo por deficiencia fetal, tal y como ha recomendado el Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en sus observaciones finales tras su examen a España de 19 de octubre de 2011 (p.18) y 9 de abril de 2019 (p.7c), dado que “contribuye a

crear un clima de estigma contra la discapacidad que puede llevar a situaciones de discriminación”.

También sigue pendiente la formación a los profesionales de la salud sobre cómo dar la primera noticia.

### **5.3. Educación inclusiva (artículo 24 Convención y Observación General n.º 4 2016)**

Sigue pendiente reconocer expresamente el derecho a la educación inclusiva en la LOE de 2006 y suprimir todo amparo legal y reglamentario a la escolarización forzosa en educación especial (artículo 74.1.LOE y reglamentos autonómicos y del Ministerio). Esto que es crucial no ha aparecido en la LOMLOE (LO 3/2020).

También sigue pendiente suprimir el dictamen de escolarización y sustituirlo por un informe de inclusión. El acceso debe ser en igualdad de condiciones.

Los apoyos personalizados y efectivos tienen que estar garantizados a cada niño en cada escuela elegida por sus padres.

Debe haber garantía legal de que el profesorado esté formado y siga formándose en discapacidad.

En definitiva, debe haber igualdad en el proceso educativo, lo cual está pendiente a día de hoy.

La evaluación y la titulación debe basarse en currículos accesibles. Debe medirse el progreso individual de cada alumno en relación con los objetivos generales teniendo en cuenta su situación de partida. Desarrollo del artículo 28.10 LOE en su redacción tras la LOMLOE, lo cual no ha ocurrido en el Real Decreto 984/2021, de 16 de noviembre, por el que se regulan la evaluación y la promoción en la Educación Primaria, así como la evaluación, la promoción y la titulación en la Educación Secundaria Obligatoria, el Bachillerato y la Formación Profesional (BOE 17 noviembre 2021).

Igualdad en el resultado (oportunidades de aprendizaje y titulación).

Por el contrario, si se ha solucionado el acceso a Formación Profesional Básica en la LOMLOE.

Finalmente sigue pendiente el Plan de transición hacia un modelo inclusivo.

#### **5.4. Tributos**

Siguen pendientes dos cuestiones:

- Mejorar los beneficios fiscales de los patrimonios protegidos.
- Mejorar los beneficios fiscales en los impuestos indirectos.

#### **5.5. Prestaciones sociales**

Sigue pendientes las siguientes cuestiones:

- Flexibilizar las incompatibilidades y cuantías de prestaciones económicas del sistema de autonomía personal y atención a la dependencia de la Ley 39/2006 para atender a menores con grandes necesidades de apoyo, creando servicios adecuados de asistencia personal.
- Establecer una prestación económica similar a la de reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave creada mediante el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para aquellas madres que no han podido acceder al trabajo o que tuvieron que renunciar a él antes de que este RD entrara en vigor.
- Esta prestación de la CUME se extendió hasta los 23 años en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, aunque se sigue necesitando que la prestación persista mientras continúe la situación de necesidad.

#### **5.6. Órgano de coordinación**

Es necesario crear un órgano de coordinación para los niños y niñas con discapacidad. Dado que España es un Estado descentralizado y las competencias en materia de infancia y adolescencia son fundamentalmente autonómicas, cabría establecer órganos autonómicos con una coordinación estatal.

## 6. AVANCES RECIENTES

### **6.1. Prestación farmacéutica gratuita**

La Ley de Presupuestos de 2021 modificó el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2015, de 24 de julio, disponiendo que “estarán exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios que pertenezcan a una de las siguientes categorías”, señalando entre estas a las “personas menores de edad con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %”.

Esta mejora está vigente desde 1 enero 2021.

**Juan Carlos Iturri Gárate**

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad



## **TRES PROBLEMAS DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

### 1. INTRODUCCIÓN

La profesora doña Esperanza Alcaín Martínez y el profesor don Antonio-Luis Martínez-Pujalte López fueron quienes me invitaron a participar en el Congreso. La bondad y el rigor intelectual sería lo que más destacaría de ambos. Ya les agradecí en persona su invitación.

Por supuesto que ese personal reconocimiento lo extiendo al resto de personas que lo organizaron.

Aprendí mucho en las intervenciones que se produjeron en su desarrollo. También saludé a viejos amigos, personas a las que sólo veo muy de vez en cuando.

Ese retorno a Granada también me dio la oportunidad de constatar una máxima muy personal: la mayoría de las personas más interesantes que he conocido están relacionadas con el mundo de la discapacidad.

Y terminando con los agradecimientos, también debo citar tanto a mi compañera de profesión, la magistrada doña Patricia Arrizabalaga Iturmendi, como al abogado

don Rafael Armesto del Campillo. Al resolver las dudas que les he planteado, han demostrado una generosidad y paciencia que debo resaltar. Hace tiempo que están dentro de ese podio personal que he explicado en el párrafo anterior.

Entrando ya en la materia, pretendo tratar tres problemas que entiendo que presenta nuestra legislación actual en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad.

1.- El primero está relacionado con los primeros pasos de una nueva e importante Ley: la que modifica nuestra regulación en materia tan importante como la capacidad jurídica de las personas.

Y digo que es muy importante, porque se trata de un instituto esencial y básico en el abordaje que el Derecho ha de realizar del propio concepto de “persona” y está estrechamente unido a la propia idea de la dignidad humana, que es uno de los pocos fundamentos del propio orden político y de la paz social, según expresa el artículo 10, punto 1 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978.

Esa modificación se ha producido a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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. Así se titula en el Boletín Oficial del Estado.

Pues bien, pretendo analizar la obligación legal de adaptar las previas situaciones de restricción de capacidad existentes al nuevo sistema de apoyos que impone la nueva Ley.

También y por si fuesen de interés para quienes se encargan de aplicar sus contenidos, sugiero una serie ideas al respecto.

En definitiva, me centro en estudiar la disposición transitoria quinta de esa nueva Ley y en cómo se pueden solucionar los múltiples problemas que plantea esa norma.

2.- El segundo tema que pretendo abordar, tiene que ver con el ejercicio jurisdiccional de las acciones de reclamación de los derechos de las personas con discapacidad.

El problema se presenta porque la actual coyuntura judicial impone que, según y para qué, una persona con discapacidad ha de acudir a diversos Juzgados para reclamar sus derechos.

Así, en lo relativo a esos apoyos en el ejercicio de la capacidad de las personas, se ha de acudir al orden civil de la Jurisdicción. Sin embargo, tratándose de prestaciones derivadas de la condición reconocida administrativamente de persona en situación de dependencia o discapacidad, al orden contencioso-administrativo y finalmente, para las cuestiones de reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social, al orden social, que también es competente para conocer las demandas impugnando la falta de reconocimiento administrativo de la condición de persona con discapacidad o cuando se pretende una valoración que de mayor puntuación que la valoración administrativa<sup>1</sup>.

Se trata de ver si es razonable pretender reducir esta diversidad de sitios a los que el ciudadano con discapacidad ha de acudir para reclamar sus derechos ante los órganos judiciales y si existe posibilidad de que ello acontezca en el futuro inmediato.

3.- Y el tercero tema a tratar, guarda relación con ciertas discordancias. Las que se presentan entre las diversas Administraciones Públicas que reconocen las prestaciones a las que tienen derecho las personas con diversidad funcional.

En estos ámbitos existen competencias de diversos órganos de las Administraciones de tipo local, autonómico y estatal.

Pues bien, con alguna frecuencia se producen decisiones que aparecen contradictorias unas con otras o bien valoran de diversa forma las disfunciones que presenta la persona afectada, causando su perplejidad.

¿Existen vías para evitar estas llamativas disfunciones? Eso pretendo analizar.

## 2. LA NECESARIA ADAPTACIÓN AL SISTEMA DE APOYOS DE TODAS LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA CAPACIDAD JURÍDICA ADOPTADAS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY 8/2021

El objetivo principal de la nueva ley se explica en el principio de su Exposición de Motivos<sup>2</sup>. Dicho resumidamente: dar un “paso decisivo” (sic) en la adecuación de nues-

---

<sup>1</sup> Son los llamados percentiles de discapacidad. En función de qué tipo de beneficios, exenciones o prestaciones se exige no sólo el previo reconocimiento de la situación administrativa, sino un determinado percentil de discapacidad en ese reconocimiento. Por ejemplo, a la hora de jubilarse de forma anticipada y por discapacidad, no es igual tener un percentil menor que 45 que más que esa cifra o más del 65. Véase, por ejemplo, el artículo 206, bis, de la vigente Ley General de la Seguridad Social.

<sup>2</sup> Dice su párrafo primero: “*La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos*



tro ordenamiento jurídico al postulado esencial que contiene el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, Convención aprobada en Nueva York el día 13 de diciembre de 2006 y por el que tal precepto fija diversas obligaciones a cargo de los Estados que suscriban el Tratado.

Ese principio básico en la Convención es el de que todas las personas tienen la misma capacidad jurídica.

Para ello, se parte de que es obvio que la realidad demuestra que existen personas con diversidad funcional y que, por ello, necesitan una serie de apoyos para que realmente su capacidad jurídica sea parangonable al resto de ciudadanos.

Y es para conseguir esa igualación, por lo que se imponen varias obligaciones a los poderes públicos<sup>3</sup>.

Y es que esa Convención no es una simple declaración programática o de buenas intenciones.

Por el contrario: se trata de una norma jurídica de vital importancia y alta jerarquía entre las existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, como todo tratado internacional, publicado que fue en el Boletín Oficial del Estado –este lo fue en el de fecha 21 de abril de 2008– forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. Así lo dispone el artículo 96, punto 1 de nuestra Constitución de 27 de diciembre de 1978.

Pero no sólo es que forme parte de nuestro ordenamiento jurídico, que es lo que derivaría de lo anterior. Es más que eso: sus contenidos prevalecen sobre las normas

---

*de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la 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, así como promover el respeto de su dignidad inherente.”*

<sup>3</sup> Especialmente destacables son los puntos 2 y 3 de este artículo:

*“2. Los Estados Partes reconocerán que 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.”*

españolas de origen interno, salvo las que tengan rango constitucional. Así lo dice el artículo 31 de la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)<sup>4</sup>.

De ello deriva no sólo que tenga rango legal, sino que ese rango es superior a las otras normas legales que no tienen rango constitucional, si se produce conflicto de éstas con lo regulado en el Tratado.

Por si esto fuera poco, esa Convención, que usualmente se le denomina por su acrónimo en inglés, CRPD<sup>5</sup>, es un tratado de derechos humanos. De hecho, es el primer tratado integral de derechos humanos del presente siglo<sup>6</sup>.

Por tal razón, aparte de ser norma y además de tener ese valor preferente con respecto de lo que pueda decir el derecho de producción interna –las leyes emanadas de nuestras Cortes Generales y los Reglamentos que pueda dictar el Gobierno y el resto del poder ejecutivo–, también tiene un valor adicional bien relevante y derivado de que es un tratado internacional sobre derechos humanos.

Por esto último, es, pues, material hermenéutico de primera mano a la hora de interpretar nuestras normas sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Así lo dispone el artículo 10, punto 2 de la Constitución<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup>Literalmente: “*Prevalencia de los tratados.*

*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.*”

<sup>5</sup> Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

<sup>6</sup> Sobre ello y la necesidad de un nuevo Tratado de Derechos Humanos en materia de los derechos de las personas con discapacidad, es interesante la tesis doctoral de doña Nuria Martínez Sánchez, titulada *El libre desarrollo de la personalidad en las personas con discapacidad*, pp. 64 y ss.

Puede ser localizada en este enlace:

<http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/10866/MARTINEZ%20SANCHEZ%20NURIA.pdf?sequence=1>

Y por supuesto, el artículo del profesor Martínez-Pujalte: “La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de derechos humanos”, en el libro *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Editorial Tirant Lo Blanc, 2015. Se puede localizar en este sitio: [https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/La\\_Convencion\\_Internacional.pdf](https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/La_Convencion_Internacional.pdf)

Véase también, en tal sentido, incluso la siguiente página propia de la Organización de Naciones Unidas:

<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>

<sup>7</sup> Así se explica en el informe del Consejo General del Poder Judicial al proyecto de ley. Puede ser localizado aquí: [https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura\\_14/spl\\_12/pdfs/5.pdf](https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_12/pdfs/5.pdf)

Además, y también, es norma de la Unión Europea.

La Decisión del Consejo de Europa de fecha 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 27 de enero de 2010 y por tanto, forma parte del acervo normativo europeo, teniendo también un valor muy prevalente a la hora de interpretar la normativa europea, como de forma recurrente recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>8</sup>.

Vuelvo a su condición de tratado sobre derechos humanos.

Pues bien, y precisamente por razón de que la CRPD trata de derechos fundamentales, no cabe que la nueva Ley sólo se aplique en adelante en el tiempo, obviando las previas medidas restrictivas de la capacidad jurídica existentes al tiempo de su entrada en vigor, puesto que ya se ha explicado que el objetivo principal de la Ley 8/2021 es el adaptar en nuestro Estado ese Tratado, que es derechos humanos y tiene como postulado esencial igualitarista ya enunciado de su artículo 12.

Esta es la idea a la que responde la disposición transitoria quinta de esa Ley 8/2021, que es la que impone revisar esas situaciones previas y adaptarlas a la nueva Ley.

Literalmente dice: *“Revisión de las medidas ya acordadas.*

*Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.*

*Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.”*

---

<sup>8</sup> La última sentencia de la que tengo conocimiento es la de 10 de febrero de 2022 (asunto C-485/20).

Vemos que se fija un plazo máximo de tres años en todo caso para realizar esas revisiones.

Es destacable significar que, en origen, el anteproyecto de ley fijaba la condición bienal ese lapso adaptativo. Fueron precisamente las dificultades detectadas por los órganos judiciales que deben hacer esas revisiones las que motivaron este otro año de prórroga, plazo, por otra parte, similar al que, como máximo, se fija para que proceda la revisión de las medidas de apoyo de la capacidad que se hayan adoptado por la autoridad judicial, aplicando ya la nueva Ley (artículo 268 del Código Civil, también reformado por la Ley 8/2021).

Incluso con este año de gracia, pública ha sido la crítica de las asociaciones judiciales, fiscales o de letrados de la Administración de Justicia por los enormes problemas que va a generar cumplir el mandato legal.

Y es que la norma irrumpió en un momento en el que los Juzgados encargados de tales revisiones ya estaban sobresaturados y este importante trabajo adicional no venía acompañado con un incremento de Juzgados o de plantilla, sino que en la Memoria del Análisis del Impacto Normativo que emitió el Ministerio preveía que no iba a haber una mayor carga de trabajo<sup>9</sup>.

Sin embargo, esa insuficiencia dotacional ya se advirtió por el Consejo de Estado en el informe al Anteproyecto de Ley de 11 de abril de 2019<sup>10</sup>.

Cierto es que se pudo fijar un plazo mayor. Pero es que en España tardamos casi quince años en hacer esa adaptación de la Convención, a diferencia de otros países<sup>11</sup> de nuestro mismo entorno cultural europeo. No parece razonable dilatar aún más esa adaptación.

En todo caso y con independencia de las opiniones personales, esa transitoria quinta de la Ley 8/2021 es una norma legal y se ha de cumplir.

---

<sup>9</sup> De hecho, en la misma se puede leer: *“El coste presupuestario y de dotación de personal por unidad no cambiará respecto al actual, ya que el coste acumulado (total de procedimientos gestionados en un año en todo el territorio) del escenario judicial (fiscalía, judicatura, administración de justicia y abogacía) no sólo no aumentará, si no que disminuirá al quedar aliviada la demanda judicial, sobre todo la contenciosa, con vías de provisión de apoyos alternativas al sistema judicial.”* Tal memoria se encuentra en este enlace: Ir al texto.

<sup>10</sup> El dictamen, se puede localizar en esta página del Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

<sup>11</sup> Cabe consultar en este sentido el informe del Consejo General del Poder Judicial, donde explica cómo se ha aplicado en Alemania, Austria, Francia, Italia, Portugal y Suiza. Es su capítulo IV. Se puede localizar aquí: [https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura\\_14/spl\\_12/pdfs/5.pdf](https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_12/pdfs/5.pdf)

Pero, ¿cuáles son los efectos del incumplimiento de ese plazo?

Pues la Ley no dice nada al efecto, cuando menos nada de forma expresa.

Sí que fija que se ha de hacer de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. Por tanto, vemos a quién encomienda velar por el cumplimiento de esa exigencia legal. En consecuencia, para saber a quién se le imputaría la responsabilidad por ese incumplimiento solo hay que dar un breve paso deductivo.

Entiendo que hubiese sido más interesante fijar los efectos que el transcurso de ese plazo hubiese producido la falta de revisión con respecto de las medidas restrictivas adoptadas previamente a la entrada en vigor de la Ley, pues parece más razonable atender a la solución del problema, que sólo considerar quién es el responsable de que el problema adaptativo siga perviviendo en el tiempo.

Esta idea de fijar un principio (el plazo máximo) y no poner todos los medios para alcanzar el objetivo a cumplir en tal plazo, me hace evocar la clásica crítica que se ha hecho en tiempo pasado al legislador a la hora de abordar las políticas activas públicas para evitar la discriminación por discapacidad, en cuanto que promulgaba una normativa que se calificaba de “blanda”, de “segundo grado”, “solo de principios”<sup>12</sup>, en vez de fijar directamente derechos y obligaciones con contenidos concretos y ejercicio inmediato.

Lo cierto es que la Ley entró en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, dado el contenido de la disposición final tercera de la Ley 8/2021.

Es decir, esta necesidad de revisión ha entrado en vigor en septiembre del pasado año 2021. Hay empieza el plazo trianual, que terminará, pues, en septiembre de 2024.

Una de las vías indirectas para que se hagan actuales y efectivos los contenidos de la reforma del año 2021 que tratamos es la que proporciona su disposición transitoria sexta<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Véase al efecto Segalés Fidalgo, Jaime, como yo mismo. “Trabajo y Discapacidad”. *Cuadernos digitales de formación*, 36. 2010. Consejo General del Poder Judicial.

<sup>13</sup> Dice: “Procesos en tramitación.

*Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento.”*

La misma impone que se aplique la nueva regulación que fija la reforma en las resoluciones que ponen fin a los procesos ya en tramitación a la entrada en vigor de la misma.

Y no dudó en hacerlo así la Sala Primera del Tribunal Supremo a los pocos días de esa entrada en vigor de la Ley. Basta leer su sentencia de 8 de septiembre de 2021 (sentencia 589/2021, recurso 4187/2019).

Pero no sólo la Sala Primera del Tribunal Supremo. Es la práctica habitual en todos los Juzgados e instancias judiciales superiores que están resolviendo estos procesos iniciados antes de la entrada en vigor de la reforma se está procurando aplicar la reforma.

Por encima de ello, me consta que, como quiera que esa revisión de la situación se puede hacer de oficio o a instancia de parte, la mayoría de los Juzgados están “aprovechando” cualquier incidente que se suscite en aquellos previos procesos de seguimiento y control en materia de capacidad de las personas, para realizar la revisión de la transitoria quinta. Ya sea que se pida autorización para ingresos residenciales, ya sea por formulación de excusas de la persona encargada de proporcionar el apoyo, de su remoción.

Aparte de lo dicho en relación con los procesos actualmente el curso, en todo caso y también se han de revisar los procesos en los que se fijaron medidas restrictivas de la capacidad jurídica de las personas y que están archivados.

Es importante determinar qué procedimiento emprender, pues ciertamente la Ley tampoco dice nada sobre este concreto particular.

A falta de previsión legal sobre el procedimiento a seguir para actuar tal revisión, cabe conjeturar con la genérica idea de acudir a promover un incidente en aquellos procesos en los que se adoptó la medida restrictiva, aunque tengo idea de que la vía que se está utilizando de forma habitual es la que prevé el artículo 42, bis, letra c de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio) que se entiende por los operadores jurídicos concernidos que es la más adecuada.

Es decir, se está usando la misma vía de revisión que la nueva Ley prevé para modificar las medidas judiciales adoptadas ya una vez vigente la misma.

Lo cual me parece una buena forma de solventar un problema interpretativo acudiendo a la identidad de razón a la que se alude en el artículo 4, punto 1 del Código Civil.

Según aquel precepto procesal, también producto de la reforma, en todo caso es siempre preceptiva la entrevista con la persona afectada por las medidas. Siempre se ha de producir la misma.

Además, y si se considera necesario –en función de las circunstancias del caso– también cabe pedir dictamen pericial –en su caso, informe médico forense–.

También se puede pedir el dictamen de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia (artículo 42, bis, b, 2).

Asimismo, cabe pedir cualquier otro tipo de diligencias que se consideren necesarias.

Ahora bien, se ha de considerar que este tipo de dictámenes e informes u otro tipo de diligencias pueden dilatar la propia revisión, pues, se haya pedido a instancia de parte o se solicite de oficio, primero se ha de acordar y luego se ha de emitir ese informe o dictamen o realizar la propia diligencia, debiendo tenerse en cuenta, así mismo, tanto el importante número de situaciones previas a revisar, como el perentorio plazo trienal ya referido.

Por tanto, es de suponer que se recabarán tales informes o diligencias sólo y exclusivamente en los casos en que se consideren necesarios. Lo que es absolutamente necesario es la entrevista con la persona afectado, aplicando, en su caso, los apoyos a los que alude el artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero). Más adelante vuelvo a citar este precepto (inicio del tercer capítulo).

Antes de dictarse esa “adaptación” a la nueva normativa, se ha de dar traslado de las actuaciones a la persona con discapacidad, a quien hace las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a las demás personas que hubiesen estado personadas en aquel proceso previo.

Ahora bien, lo cierto es que, si alguno de los últimamente mencionados formulase oposición, en teoría se ha de acudir al proceso “contencioso”, archivándose este expediente (artículo 17, punto 3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria).

Y ciertamente, como ponen de relieve los profesionales que se dedican a estos procesos, resulta difícil integrar este precepto con la existencia de una obligación legal de

hacer esa revisión, adaptando la situación a la normativa hoy en día vigente. La oposición, pues, no sería propiamente a la revisión en sí misma considerada –pues es preceptiva en cuanto que se trata de cumplir una obligación legalmente impuesta–, sino sólo con respecto de la o las medidas de apoyo a aplicar con la nueva normativa.

Y claro está, contra la decisión, cabe recurso de apelación (artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria).

En todo caso y, además, están las vías de la llamada “desjudicialización” de estas medidas, vinculadas a la idea de la “autorregulación” y el respeto de la autonomía de la voluntad de todas las personas, incluidas las que sufren diversidad funcional y que tienen papel tan preponderante en la reforma del Código Civil producida por esa Ley 8/2021.

En tal sentido, se han constatado ya casos de antiguos tutores de descendientes con discapacidad que, tras la reforma, han acudido todos ellos al notario y considerando la nueva normativa, tras afirmar la persona con discapacidad su plena capacidad jurídica, nombra como guardadores de hecho nuevos o asigna el cargo a los antiguos tutores. Seguidamente, se acude al Juzgado y el trámite es sencillo y efectivo.

Esto me consta que se realiza con personas ancianas o por ejemplo con activos jóvenes con síndrome de Down, en ambos casos con grado de discapacidad intelectual moderada.

Pero son casos concretos. Junto a los mismos hay otros en que quien es responsable del apoyo que previamente se acordó de la persona con discapacidad prefiere que todo el trámite esté judicializado y así evitar las suspicacias o las polémicas con allegados de esa persona.

Y es que cada caso es bien particular y diverso de los demás. No cabe igualar circunstancias, sino que es el particularismo de cada revisión el que determine la oportuna medida de apoyo, que ha de ser siempre la que sea “necesaria y proporcionada”, dado lo que dispone el actual artículo 249 párrafo primero del Código Civil.

Por ello, en algunos casos cabrá no fijar medida de apoyo, en otros habrá que constituir guarda de hecho y en otros habrá de acudir a la curatela, no solo asistencial, sino incluso la representativa (artículo 269 del Código Civil), pues es también variado y bien diverso el ámbito de las personas con discapacidad y se ha de pensar también en que hay muchos casos en las disfunciones intelectivas son mucha intensidad que otras.



En definitiva, se trata de aplicar la famosa idea del “traje a medida o cuantos hagan falta”, para reflejar que nos hemos de ceñir al concreto caso a decidir. Esta expresión, tan en boga hoy en día, ya se menciona en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, desde la sentencia de fecha 29 de abril de 2009 (sentencia 282/2009, recurso 1259/2006) y hasta la de 6 de mayo de 2021 (sentencia 269/2021, recurso 2235/2020) o la ya aludida de 8 de septiembre de 2021 (sentencia 589/2021, recurso 4187/2019).

### 3. LA NECESARIA UNIFICACIÓN EN UNA JURISDICCIÓN DE TODO LO RELATIVO CUESTIONES SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Al igual que el resto de los ciudadanos, las personas con discapacidad tienen que acudir a cualquiera de los órdenes jurisdiccionales diversos previstos en nuestra planta judicial.

Además, en todos ellos tienen derecho a las adaptaciones y ajustes previstos en el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), ya que la misma es de supletoria aplicación a todos los demás procesos, ya sean estos penales, contencioso-administrativos, laborales o militares, como establece su artículo 4.

Hoy en día, en los demás textos procesales no existe norma parangonable al indicado artículo 7 bis. Y es que este precepto, al igual que muchos de los hasta ahora citados, es también producto normativo derivado de la reforma producida por la Ley 8/2021. En efecto, ese nuevo precepto se introdujo por el artículo 4, punto 1 de esa Ley. Y de momento y en función de lo dicho, es el que se ha de considerar en todos los procesos judiciales, con independencia del orden jurisdiccional competente.

Pero no es este el problema que quiero tratar.

A lo que me refiero es que, aparte de los diversos órganos administrativos a los que la persona con discapacidad ha de acudir para reclamar sus derechos prestacionales frente a los poderes públicos, cuando pretende reclamarlos ante la justicia, pueden acudir a la jurisdicción civil, a la contencioso-administrativa o a la laboral, dependiendo de para qué.

Así, en cuanto a la Administración, en términos generales, resulta que, para obtener el reconocimiento administrativo de la situación de persona con discapacidad o persona en situación de dependencia, debe acudir al órgano administrativo competente dentro

de la comunidad autónoma (cabildo competente en Canarias y Diputación del territorio histórico correspondiente en Euskadi), siendo tal órgano también el competente para reconocerle las prestaciones correspondientes a persona con discapacidad o el programa individual de atención, tratándose de persona en situación de dependencia y luego ya, las prestaciones por dependencia, bien ante órgano competente de la entidad local o de la comunidad autónoma, dependiendo de cuál se trae. Por último, las prestaciones de Seguridad Social, caracterizadamente, las derivadas de las situaciones de incapacidad permanente<sup>14</sup>, ante la correspondiente Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Y en lo jurisdiccional, resulta que lo que es la impugnación ante la negativa al reconocimiento administrativo de la situación de persona en situación de dependencia y en general, todo lo relativo al programa individual de atención y las prestaciones fijadas por la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre) se ha de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que lo que es la impugnación de la denegación de reconocimiento de persona con discapacidad o del percentil fijado en vía administrativa, así como las prestaciones de Seguridad Social, se ha de acudir a la jurisdicción social.

Aparte de ello, si esa persona necesita algún apoyo para la efectividad de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás, ha de acudir a la jurisdicción civil.

Esta es la situación actual y ciertamente, el legislador pretendió, sino solucionar, cuando menos reducir el problema por la vía de remitir a una sola jurisdicción todo lo que sea reconocimiento de situaciones de discapacidad o dependencia, así como lo relativo a todas las prestaciones públicas en materia de discapacidad ya en el año 2011.

En efecto, a esa idea responde la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre). Basta leer el punto III de su Exposición de Motivos para ver esa finalidad<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Artículos 193 y siguientes de la vigente Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

<sup>15</sup> Dice: *“Esta Ley pretende clarificar la jurisdicción competente sobre las esenciales materias relativas a la asistencia y protección social pública, asignando al orden jurisdiccional social, las relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad y las incluidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y continuando las restantes como objeto de conocimiento del orden contencioso-administrativo. Con ello se adapta la nor-*

Con esta “racionalización” se pretendía superar problemas de disparidad de criterios judiciales, así como la dilación en la resolución de los asuntos, puesto que ambos problemas se considera que afectan en forma negativa a principios tan importantes como el de seguridad jurídica o tutela judicial efectiva a los que aluden el artículo 9, punto 3 y 24, punto 1 de la Constitución.

Por otra parte, también se consideraba que, por esta vía unificadora, se facilitaba el eficiente funcionamiento del sistema socioeconómico en el que estamos inmersos.

Y si nos vamos al articulado ordinario de esa Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, es muy claro su artículo 2, en sus puntos o y s.

El primero dice que la jurisdicción de lo Social es competente *“en materia de prestaciones de Seguridad Social, incluidas la protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos. También las cuestiones referidas a aquellas prestaciones de protección social que establezcan las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, dirigidas a garantizar recursos económicos suficientes para la cobertura de las necesidades básicas y a prevenir el riesgo de exclusión social de las personas beneficiarias. Igualmente, las cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, así como sobre las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, teniendo a todos los efectos de esta Ley la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social.”*

El segundo, por su parte, remachando el anterior y por su hubiese alguna duda, atribuye a tal jurisdicción lo relativo a la *“impugnación de actos de las Administraciones públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las comprendidas en el apartado o) de este artículo, incluyendo*

---

*mativa procesal laboral a la doctrina constitucional en su interpretación de la protección social, conforme al artículo 41 de la Constitución y, de esta manera, la jurisdicción social queda configurada como el juez natural de todas las esenciales políticas públicas relativas a la protección social. No obstante, la entrada en vigor de la atribución competencial sobre las prestaciones de dependencia en favor del orden jurisdiccional social se demora en cuanto a su efectividad, concediendo a tal fin al Gobierno el plazo de tres años para que remita a las Cortes el correspondiente Proyecto de Ley, para poder tener en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de Dependencia en orden a una más ágil respuesta judicial.”*

*las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción de las especificadas en la letra f) del artículo 3.”*

Parece claro, pues, la decidida voluntad legislativa de tender a la unificación de jurisdicciones en este tipo de pleitos.

Pero y es que siempre hay un pero en estas cosas, estas intenciones no se podía cumplir entonces de forma inmediata, formalmente dado el estado evolutivo del desarrollo de aquella Ley del año 2006, aunque en los medios cercanos a los negociadores de la Ley se aludía también a la importante repercusión económica que generaría su implantación inmediata.

El caso es que aquella flamante Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia que se había promulgado casi cinco años antes y que pretendía ser un hito histórico en el desarrollo de la promoción de la autonomía personal de todas las personas dependientes para hacer las funciones básicas de la vida diaria (véase el capítulo III de su Exposición de Motivos), precisamente ella y no otra Ley y en concreto, su grado de desarrollo, era la que formalmente imponía dilatar la entrada en vigor de esos tan innovadores preceptos en el último trimestre del año 2011.

Y esa dilatación tuvo su plasmación legal en la disposición final séptima, punto 2 de la propia Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, donde se fija la única excepción de la entrada en vigor de todos los apartados de esa Ley a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, en los siguientes términos: *“Se exceptúa del plazo previsto en el apartado anterior la atribución competencial contenida en las letras o) y s) del artículo 2 en materia de prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuya fecha de entrada en vigor se fijará en una ulterior Ley, cuyo Proyecto deberá remitir el Gobierno a las Cortes Generales en el plazo de tres años, teniendo en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de Dependencia, así como la determinación de las medidas y medios adecuados para lograr una ágil respuesta judicial en estas materias”*.

Vemos, pues, cómo lo que dicen los artículos se exceptiona en las disposiciones finales.

Aparte de comentarios irónicos, desde luego han pasado más que sobradamente tres veces ese plazo trianual desde 2011 y se desconoce qué ha sido de aquel proyecto de Ley que el Gobierno debiera presentar en tres años.

Este primer intento de solucionar legalmente el problema, en sí mismo, también dio lugar a diversos pareceres jurídicos y así, la Administración Autonómica catalana –más en concreto, el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales– comenzó a remitir a los ciudadanos a la jurisdicción de lo Social para resolver sus impugnaciones en materia de dependencia. Buena prueba de ello son las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de julio de 2012 y 26 de abril de 2013 (recursos 5674/2012 y 2943/2012) donde se resolvió sobre tal tipo de prestaciones sin dificultad.

Pero no era la única Sala, también el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, por ejemplo, en su sentencia de fecha 23 de diciembre de 2010 (recurso 2017/2010) consideró la competencia del orden social incluso antes de la promulgación y publicación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, bajo el argumento de que también aquellas prestaciones de protección social, las de dependencia, son prestaciones de Seguridad Social, tal y como había asumido ya para entonces el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>16</sup>.

Pero alguien reparó ya en esa disposición final séptima y el tema llegó a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Su sentencia de fecha 17 de septiembre de 2013 (recurso 2212/2012), aunque la demanda es posterior a la entrada en vigor de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, trata de un supuesto material acaecido de forma previa a esa entrada en vigor. Considera que, dado lo dispuesto en esa disposición final de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, hasta en tanto no se produzca lo allí previsto, se ha de aplicar la normativa competencial previa.

Esta sentencia no duda en afirmar que esas prestaciones de dependencia sí que son prestaciones de Seguridad Social<sup>17</sup>, pero que la normativa entonces vigente –ya que no se puede considerar directamente aplicable el artículo 2, letra o de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social por lo que dispone su disposición final séptima– impone remitir estas cuestiones al orden contencioso-administrativo, resaltando que

---

<sup>16</sup> Véase la siguiente nota. Sirve la misma cita.

<sup>17</sup> También lo afirma el Tribunal Constitucional. Véase, por ejemplo, la sentencia 239/2002, de 11 de diciembre.

Y de siempre lo ha señalado así el Tribunal de Justicia Europeo interpretando el Reglamento 1408/1971, del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y sus familias que se desplazan por la Unión Europea.

En tal sentido, desde la sentencia de 16 de julio de 2009 (asunto C 208/07) hasta la de 2 de septiembre de 2021 (asunto C 350/2020).

ese ha sido el régimen tradicional y que la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia nada dice sobre qué jurisdicción es la competente para conocer de las prestaciones que la misma regula.

Existen algunas sentencias más de esa Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el mismo sentido. Entre ellas, la de 6 de febrero de 2014 (recurso 908/2013) y la más moderna que tengo recopilada es la de 2 de noviembre de 2015 (recurso 308/2014).

En casi todas ellas se plantean cuestiones relativas al ingreso en residencia de persona con dependencia y en muchas se advierte que esta cuestión de la propia competencia jurisdiccional incluso se ha de examinar de oficio por el propio Tribunal y por tanto, con independencia de si lo plantean las partes.

Por tanto, seguimos como estábamos antes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social.

Pero ¿qué nos depara el futuro?

Pues ciertamente, aunque mi experiencia como vate es muy mala, creo que lo razonable es que nada pase en el corto plazo y que, por tanto, se mantenga el actual “statu quo”.

Si en el año 2011, con mejor coyuntura, ya se hizo un intento a través de un precepto legal, luego excepcionado en una disposición final, en la actualidad no parece sea el mejor momento, tanto por la sobrecarga que pesa sobre los Juzgados de lo Social por la crisis COVID-19, como por los malos tiempos que atravesamos en todos los terrenos y que imponen que nuestros poderes públicos dediquen su actividad a otros sectores.

De hecho, la reciente Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, sí que modifica el ya meritado y transcrito artículo 2, letra o de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social en su disposición final novena.

Pero lo hace sólo para dejar clara la competencia del orden jurisdiccional social en materia de las prestaciones de protección social que establezcan las comunidades autónomas y dirigidas a garantizar recursos económicos suficientes para la cobertura de las necesidades básicas y a prevenir el riesgo de exclusión social de las personas beneficiarias, manteniendo el resto de su anterior redacción.

Por tanto y pese a ese retoque del artículo que fija la competencia del Orden de lo Social, no modifica, ni menos deroga la disposición final que aplaza la entrada en vigor de ese artículo. Esa disposición final sigue vigente y en consecuencia, sigue paralizado el intento unificador de jurisdicciones prestacionales.

Sin embargo, sí que ha habido en las Cortes Generales algunos intentos de que la aspiración de unificar jurisdicciones en estas materias se plasme en la realidad.

Así, consta publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado (fecha 2 de julio de 2020), una proposición de ley de atribución de las controversias judiciales sobre autonomía personal y dependencia al orden de lo Social. Pero esa proposición hoy en día no se ha materializado en ley. Se trata de dos grupos parlamentarios minoritarios los que hacen la propuesta.

Más atrás en el tiempo, también consta publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados (fecha 17 de marzo de 2017) una proposición de ley similar del grupo parlamentario socialista.

Tal vez entre unos y otros al final, se haga realidad aquella aspiración aludida en la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social.

Como se ha expuesto, razones no faltan, como ha puesto de manifiesto incluso el año pasado el CERMI<sup>18</sup>.

#### 4. VÍAS PARA BUSCAR LA OBLIGADA COORDINACIÓN ENTRE PODERES PÚBLICOS COMPETENTES EN MATERIA DE PRESTACIONES DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Venimos de un tiempo preconstitucional en el que la protección que el Estado brindaba al ciudadano estaba basada en dos ideas esenciales en materia de protección social dispensada por los poderes públicos: el principio contributivo y el de la cobertura de concretos riesgos.

Con ello se quiere decir que, en el tiempo pretérito, la misión de los poderes públicos era garantizar que se pagasen prestaciones (indemnizaciones a tanto alzado, pensiones, etc.) si se producían dos condicionantes: que efectivamente se actualizaba un

---

<sup>18</sup> Véase esta página:

<https://solidaridadintergeneracional.es/wp/el-cermi-pide-que-el-grado-de-discapacidad-sea-competencia-de-la-jurisdiccion-social/>

concreto riesgo legalmente previsto previamente (vejez, muerte, “invalidez”, viudedad) y que, además, previamente a esa actualización del riesgo se hubiese cotizado a la Seguridad Social por ello durante un concreto periodo mínimo y siempre necesario para recibir la prestación legalmente prevista.

En este contexto, en el año 1978 entra en vigor el artículo 41 de nuestra Constitución, que dice: *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*.

Y como ha explicado su legal intérprete –nuestro Tribunal Constitucional<sup>19</sup>– ello supuso poner el énfasis no en esas dos viejas ideas de contingencia prevista y cotización realizada, sino directamente en que los poderes públicos han de solventar las situaciones o estados de necesidad de la ciudadanía. Por tanto, la idea esencial derivada de esa Norma no es la de vincular toda prestación a la concreta noción de predeterminado riesgo o contingencia cubierto, ni necesariamente a la idea de que la ha de aparecer siempre la previa cotización del sujeto causante para que se dé la prestación, sino atender de forma suficiente a las situaciones de necesidad.

En efecto, impone al Poder Público una muy clara obligación: garantizar las asistencias y prestaciones “suficientes” (sic) en “situaciones de necesidad” (sic).

Por ello, se habla de prestaciones de protección social, en cuanto que existe esa garantía pública de cobertura “suficiente” en “situaciones de necesidad”, con independencia de la cobertura complementaria que cada sujeto pretende realizar y que la Constitución impone que quepa también en el sistema legal (la llamada protección social complementaria).

Y ello también está relacionado con las prestaciones de bienestar social o asistencia social, que tradicionalmente estaban previstas con el primordial objetivo de cubrir las necesidades humanas de primaria, urgente e imprescindible cobertura.

Por esa vocación de que con ellas se atendían situaciones de necesidad humana primaria y de imprescindible cobertura, excepcionalmente las mismas no estaban condicionadas por la circunstancia de que el sujeto en situación de necesidad hubiese cotizado o no para la cobertura del siniestro protegido. Son las prestaciones de protección

---

<sup>19</sup> Véase, por todas, su sentencia 239/2002, de 11 de diciembre, citada en la nota 11.



social que tradicionalmente han venido siendo llamadas las “prestaciones no contributivas”. Lo más cercano en el tiempo es la regulación del ingreso mínimo vital, introducido en el año 2020 y hoy en día regulado por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

Lo cierto es que el artículo 41 de la Constitución, en cuanto que pone el acento en la cobertura pública “suficiente” de “situaciones de necesidad” ni se focaliza en unas ni en otras, ni en las contributivas ni en las no contributivas. Incluye ambas.

Por otra parte, la realidad demuestra que en los últimos tiempos ha existido un importante proceso de acercamiento entre ambos tipos de prestaciones (contributivas y no contributivas), aunque es evidente que en la actualidad no existe unificación en esta materia.

En efecto, de un lado, tenemos las prestaciones de Seguridad Social contributivas, que gestiona el Instituto Nacional de la Seguridad Social y paga la Tesorería General de la Seguridad Social.

De otro lado, las no contributivas, que se gestionan en cada comunidad autónoma por los diversos institutos o departamentos de asistencia y bienestar social (salvo en Canarias, donde las gestionan los Cabildos y en Euskadi, gestionadas por las respectivas Diputaciones) y junto a ellos, en la protección social cumplen papeles fundamentales las corporaciones locales, que gestionan o colaboran en la gestión de algunas de las de esta última clase. En todo caso, es necesario subrayar las especialidades que en este punto se introducen en materia del ingreso mínimo vital<sup>20</sup>.

Por simplificar, ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social la actuación de la persona con discapacidad viene determinada en relación con las prestaciones de incapacidad permanente, en sus diversos grados (parcial, total, absoluta o gran incapacidad) y las de incapacidad temporal (las bajas en el trabajo), mientras que las clásicas de asistencia o beneficencia social<sup>21</sup> o no contributivas, al igual que las derivadas del reconocimiento administrativo de persona con discapacidad o en situación de dependencia, se tramitan ante aquellos otros institutos u órganos administrativos.

---

<sup>20</sup> La Ley vigente establece la competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social en materia del ingreso mínimo vital, sin perjuicio de las competencias autonómicas (atención integral de sus beneficios en Navarra y País Vasco) y la posibilidad de convenios de colaboración con las demás comunidades autónomas y locales (artículos 25, 32 y disposición adicional cuarta y quinta de la Ley ya citada).

<sup>21</sup> Terminología bien propia del superado modelo médico en el abordaje de las políticas públicas del fenómeno de la discapacidad humana.

Y la realidad nos demuestra que el mismo ciudadano puede ver reconocidas limitaciones para una prestación o declaración de persona con discapacidad o en situación de dependencia y en otras no o puede darse el caso de que se reconozca la misma limitación, pero en diversa forma o matiz diferenciador, generándose disfunciones bien llamativas, sobre todo para el ciudadano afectado.

Lo que impone el sentido común es que se asuman las mismas limitaciones en ambos casos.

De hecho, por ello mismo en la propia Ley se suelen fijar una serie de vínculos o “puentes” entre unas y otras situaciones. Y ello efectivamente es un medio para superar esta posible contradicción.

Pero, hoy en día, esos vínculos entre situaciones diversas constituyen claramente una excepción en nuestra normativa vigente.

En concreto, en el ámbito de esta situación excepcional de equiparaciones legales o “puentes” se suelen citar dos casos.

Uno, el previsto en el artículo 4, punto 2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre).

Otro, el de la disposición adicional novena de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre)<sup>22</sup>, que impone que quien tenga reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la situación de gran incapacidad ha de ser reconocido como persona con dependencia.

Pero aparte de estas dos circunscritas equiparaciones legales, la realidad se impone y en la práctica se aprecian las ya comentadas disfunciones. Obvio que, para evitarlas, también debiera recurrirse al sentido común.

---

<sup>22</sup> El artículo 4 pretende que, quien tenga reconocida situación de incapacidad permanente, en el grado de total o superior, sea reconocida como persona con discapacidad y la disposición adicional novena, que quien tenga reconocida gran incapacidad por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sea reconocido como persona en situación de dependencia.

Ambas son objeto de interpretación restrictiva en la actual doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Sobre la primera, la más reciente sentencia es la de 22 de febrero de 2022 (sentencia 170/2022, recurso 4492/2018) y sobre la segunda, sentencia de 19 de julio de 2020 (sentencia 633/2020, recurso 805/2018).

Así, lo razonable parece imponer que haya una adecuada coordinación entre las Administraciones afectadas. De tal forma que, valoradas unas limitaciones para una prestación, el órgano administrativo que haya de examinar la procedencia o no de otra, o bien parta de las mismas limitaciones o bien, si entiende que hay otras –de menor o mayor intensidad o distintas– lo haga ver a aquella otra, para que se revise lo anteriormente dicho y se parta en todos los casos de las mismas limitaciones. Para ello es evidente que es necesario que ambos órganos se coordinen.

Esto de la coordinación entre Administraciones Públicas no es una vana esperanza o un puro deseo.

Efectivamente, no es lo que es la dogmática jurídica denominamos con el término latino “desideratum”. Es mucho más que un anhelo o aspiración: se trata de una obligación constitucional. Basta leer el artículo 103 de la Constitución<sup>23</sup>.

Pero es que, en el nivel más bajo, ya en el nivel de la legislación ordinaria, está establecido legalmente como uno de los principios de funcionamiento de las diversas Administraciones Públicas. Así se dispone en el artículo 3, punto 1, letra k de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 1 de octubre).

Pues bien, un supuesto muy típico que se presenta en la realidad en orden a diversas limitaciones funcionales de la misma persona suele darse en algunos supuestos de prestaciones por considerar subsumido el caso en la definición que la Ley General de la Seguridad Social vigente contiene de la situación de gran incapacidad, cuando la persona previamente ha obtenido la calificación de persona dependiente.

Examinemos la normativa aplicable.

En la ya citada de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, se define en su artículo 2 la dependencia de esta forma: *“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”*.

---

<sup>23</sup> “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Y las ABVD, es decir, las actividades básicas de la vida diaria, así: *“las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas”*.

En su artículo 26 se valoran los grados de dependencia según la frecuencia de la necesidad de ayuda para realizar esas ABVD tiene la persona al día.

Por otra parte, en cuanto a la gran incapacidad y a falta de desarrollo reglamentario pendiente, de los artículos 193, 194 y disposición transitoria vigésimo sexta de la vigente Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 23 de octubre), se deduce que se trata de una situación definitiva, a largo plazo o de duración incierta en la que la persona que, en situación de incapacidad permanente, necesita de la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales para la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos<sup>24</sup>.

Y es que en el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, fija en su anexo I una tabla de actividades y tareas sobre las que se hace la ponderación y que incluye alguna de las que dan lugar a gran incapacidad, como son las de comida y bebida, higiene personal relacionada con la micción y defecación, desplazamiento, dentro y fuera del domicilio o vestido.

Como se ve, entre los actos más esenciales para la vida que determinan la situación de gran incapacidad, se incluyen algunas de las ABVD que se consideran para fijar la situación de dependencia. Ahora bien, hay otras ABVD que no se incluyen dentro de lo que puede constituir gran incapacidad.

De hecho, por esas concomitancias parciales, la disposición adicional novena de la Ley de Promoción de Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia establece que las personas reconocidas en situación de gran incapacidad han de ser reconocidas personas dependientes.

---

<sup>24</sup> Según la jurisprudencia, no es necesario que se dé una necesidad acumulada, sino que en alguno de esos actos se requiera necesariamente el apoyo de otra persona para realizarlo. Entre las últimas sentencias, véase la de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 1 de diciembre de 2021 (sentencia 1183/2021, recurso 505/2019).

Pues bien, el problema suele plantearse porque en el expediente de reconocimiento por dependencia, se pueden señalar algunos actos de esa condición de las que dan lugar a gran incapacidad y existe el riesgo de omitir los mismos al valorar la gran incapacidad o valorar la misma función esencial para la vida de forma distinta.

Y este problema ha llegado el Tribunal Supremo. Me refiero a la sentencia de la Sala Cuarta, de fecha 9 de julio de 2020 (sentencia 633/2020, recurso 805/2018).

Tal sentencia nos recuerda que quien tiene reconocida la situación de gran incapacidad ha de ser reconocido como persona en situación de dependencia, atendido lo dispuesto en aquella disposición adicional novena de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que es uno de los dos supuestos de equiparación legal excepcionales.

En relación con ello, advierte que la equiparación ni es a grado de dependencia concreto ni existe equiparación inversa, es decir, aquélla que supondría que toda persona dependiente tenga derecho a la gran incapacidad.

También indica que el Sistema de Seguridad Social y el de Autonomía y Atención a la dependencia y la “protección de los Discapacitados” (sic) son distintos, destacando que atienden a finalidades distintas y garantizan distintas prestaciones.

Y por ello, indica que, cuando el legislador ha querido fijar las apuntadas equiparaciones legales, expresamente lo ha hecho, sin que haya fijado ninguna para el caso de que una persona haya sido declarada dependiente por una Administración Pública. Entiende, por ello, que la simple declaración de persona en situación de dependencia no da lugar a gran incapacidad.

Personalmente estoy de acuerdo en esta última aseveración, pero creo que, para resolver problemas concretos como el que estudiamos, hemos de dar un paso más.

En primer lugar, siendo cierto que se trata de prestaciones diversas y que las finalidades de ambos sistemas son distintos, tampoco podemos considerar ambos sistemas como dos mundos estancos e impermeables entre sí. Existe un elemento subjetivo común en ambos sistemas: las personas con discapacidad.

Ello es así no sólo por el hecho de que se fijen aquellas dos legales equiparaciones mencionadas –la del artículo 4, punto 2 de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social y la de la citada disposición adicional novena de la Ley de Promoción de Autonomía Personal y Atención a las personas en

situación de dependencia— sino porque la Exposición de Motivos de esta última Ley ya indica que se refiere a las personas de la tercera y cuarta edad de vida, así como a las de discapacidad y también es evidente que los grados de ineptitud permanente, en cuanto que fijan limitaciones funcionales definitivas, a largo plazo o duración incierta (artículo 193 de la vigente Ley General de la Seguridad Social) en un ámbito tal relevante para la persona como en el del trabajo, también evoca a las personas con discapacidad.

En segundo lugar, lo que creo que no cabe es que perviva una situación fáctica que permita que las mismas restricciones funcionales se valoren de forma distinta en uno y otro sistema, sin que se produzca una adecuada coordinación entre los órganos que han de hacer estas valoraciones. Se trata de una misma persona que no comprende, ni tiene porqué comprender, esa diversa catalogación de sus limitaciones. Ya se ha dicho que los órganos que han de reconocer la prestación tienen obligación legal de coordinarse.

Por ello, a la hora de afrontar estos supuestos, debiendo partirse, por definición, de que no cabe equiparar la situación de dependencia con la gran incapacidad, puesto que en la primera también se valoran otro tipo de actos distintos de los que dan lugar a la situación de gran incapacidad, entiendo que los Juzgados y Tribunales, no han de pararse ahí y valorar solo las secuelas constatadas por la segunda “Administración” que examina la situación de la misma persona, permaneciendo indiferentes ante la catalogación diversa de las mismas secuelas, sino que, en materia tan delicada, se ha de estar sobre todo a evitar la paradoja que puede suponer que se hayan asumido unas limitaciones en un caso y se consideren otras distintas en el otro, debiendo buscarse soluciones que superen esa discordancia. En tal sentido se pronuncia ya alguna sentencia de la llamada “jurisprudencia menor”<sup>25</sup>.

No se me escapa que ello puede suponer la solución de que se esté a las limitaciones indicadas en la primera valoración a la hora de ponderar la segunda, lo que resultaría sobre todo justificado en el caso de que la segunda “Administración” tuvo en vía administrativa la oportunidad de examinar esa valoración y se limitó a fijar limitaciones diversas, sin pretender ningún tipo de coordinación, impuesta por vía legal, según se ha dicho.

---

<sup>25</sup> Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 30 de noviembre de 2021 (sentencia 1908/2021, recurso 1227/2021) y 9 de febrero de 2021 (sentencia 233/2021, recurso 35/2021).

Por otra parte, la anunciada y futura reglamentación –a la que se alude desde hace años en el artículo 194 de la vigente Ley General de la Seguridad Social– no se ha producido en la actualidad, pese a que se viene anunciando desde el año 1997.

Esperemos que, cuando se produzca –si se produce– tenga en cuenta adoptar las medidas necesarias para lo que considero que es una grave disfunción en la atención de las personas con diversidad funcional por los poderes públicos.

Entiendo que ello no es tan difícil si en las normas reglamentarias que regulan la situación de dependencia (el aludido Real Decreto 174/2011) y la gran incapacidad (el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio y la Orden de desarrollo del mismo, de 18 de enero de 1996) reiteran esa obligada coordinación entre Administraciones Públicas y se impone la necesidad de considerar lo dicho en el otro expediente administrativo, si quiera sea para unificar ambas valoraciones.

**Dr. Miguel Ángel Cabra de Luna**

Director de Alianzas, Relaciones Sociales e Internacionales de Fundación ONCE.

Consejero del Comité Económico y Social Europeo (CEPES) en representación de CEPES.

Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad.

////////////////////////////////////  
**NIVEL DE VIDA ADECUADO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. COMPATIBILIDAD ENTRE ACTIVIDAD LABORAL Y PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

El presente informe tiene como objeto analizar el régimen jurídico vigente sobre compatibilidad con la actividad lucrativa por cuenta propia o ajena de las pensiones contributivas de incapacidad permanente, en especial en sus grados total, absoluta y gran invalidez, considerando tanto las situaciones de mantenimiento de la persona en el empleo que tenía cuando se le reconoce la incapacidad, como el regreso a la actividad lucrativa tras haber perdido el empleo. Al tiempo, se realizan propuestas de mejora de dicha normativa.

No se analiza, por consiguiente, ni la incapacidad temporal ni las pensiones no contributivas que atienden la situación de incapacidad.

**1. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN VIGENTE SOBRE COMPATIBILIDAD ENTRE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE Y TRABAJO**

Se reproducen a continuación las principales normas jurídicas de aplicación.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por el Reino de España, establece en materia de trabajo (Art. 27), “el derecho



de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás” y la obligación del Estado en orden a “promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad”, adoptando medidas pertinentes, tales como:

e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;

...

k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

Convenio OIT n.º 159 sobre readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas:

El Convenio n.º 159 sobre readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas, ratificado por el Reino de España, obliga a establecer medidas que permitan que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

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.

El artículo 194 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, establece lo siguiente:

1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente en los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente parcial.
- b) Incapacidad permanente total.
- c) Incapacidad permanente absoluta.
- d) Gran invalidez.

2. La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca.

A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

3. La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Sin embargo, en tanto no se desarrolle reglamentariamente el artículo 194 resulta de aplicación la Disposición transitoria vigésima sexta del mismo texto legal que establece:

Uno. Lo dispuesto en el artículo 194 de esta ley únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo será de aplicación la siguiente redacción:

«Artículo 194. Grados de incapacidad permanente.

1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
- d) Gran invalidez.

2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.

3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.»

Dos. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo, todas las referencias que en este texto refundido y en las demás disposiciones se realizasen a la «incapacidad permanente parcial» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente parcial para la profesión habitual»; las que se realizasen a la «incapacidad permanente total» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente total para la profesión habitual»; y las hechas a la «incapacidad permanente absoluta», a la «incapacidad permanente absoluta para todo trabajo».

El artículo 198 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, establece lo siguiente:

1. En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el artículo 196.2, párrafo segundo, y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

2. Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, com-

patibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

3. El disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1.

Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

Artículo 24, apartados 3 y 4

3. La pensión vitalicia por incapacidad permanente total para la profesión habitual, prevista en el número 2 del artículo 15, será compatible con la percepción de un salario, en la misma Empresa o en otra distinta. Cuando la invalidez del trabajador afecte a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, aquél podrá convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión; el contrato, en que así se convenga, deberá formalizarse por escrito y se presentará por triplicado ante la Delegación Provincial de Trabajo para su conocimiento y aprobación, con devolución a los interesados de dos ejemplares del contrato.

4. Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado de inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Art. 48.2 del texto refundido.

2. En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a

juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente.

Art. 49.1.e) del texto refundido.

1. El contrato de trabajo se extinguirá:

...

e) Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2.

Art.52 a) del texto refundido.

El contrato podrá extinguirse:

a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

...

Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores “minusválidos” (sic)

Art. 1.

Los trabajadores que hayan sido declarados en situación de incapacidad permanente parcial tienen derecho a su reincorporación en la Empresa, en las condiciones siguientes:

1. Si la incapacidad permanente parcial no afecta el rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse deberá el empresario reincorporarlo al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo. En el supuesto de que el empresario acredite la disminución en el rendimiento, deberá ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente

el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice jornada completa.

2. Los trabajadores que hubiesen sido declarados en situación de incapacidad permanente parcial y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional recobrarán su total capacidad para su profesión habitual, tendrán derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si el que viniesen ocupando fuese de categoría inferior, siempre que no hubiesen transcurrido más de tres años en dicha situación. La reincorporación se llevará a efecto previa la comunicación a la Empresa, y a los representantes del personal, en el plazo de un mes, contado a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente.

#### Art. 2.

1. Los trabajadores que hubieran cesado en la empresa por habérseles reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional.

2. Los trabajadores que hubieran cesado en la empresa por habérseles reconocido una invalidez permanente y después de haber recibido las prestaciones de recuperación profesional continuaran afectos de una incapacidad permanente parcial, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última Empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca y que resulte adecuada a su capacidad laboral.

3. Las readmisiones que lleven a efecto las Empresas, en los supuestos previstos en este artículo, darán derecho a reducciones del 50 por 100 de la cuota patronal de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes durante un período de dos años.

#### Art. 3.

1. Los trabajadores que, con arreglo al artículo anterior tengan derecho a ser readmitidos, deberán comunicarlo a la Empresa, y a los representantes del personal, en el plazo de un mes, contado a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente. La Empresa deberá poner en conocimiento de los trabajadores que se encuentren en tal situación, las vacantes que existan de igual o inferior categoría, quedando liberada de su obligación desde el momento en que el trabajador rechace un

puesto de trabajo de igual categoría a la que ostentaba en la Empresa o de categoría inferior si no hubiese obtenido la plena recuperación para su profesión habitual, que no implique cambio de residencia.

2. Cuando la Empresa tenga varios Centros de trabajo y la vacante que exista implique cambio de residencia, el trabajador podrá optar entre ocuparla o esperar a que exista plaza en el Centro de trabajo donde tenga establecida su residencia. En el primer supuesto mantendrá su preferencia para ocupar la primera vacante de su categoría o grupo profesional que se produzca en el Centro de trabajo originario.

A continuación, se realiza un análisis sintético de dicha normativa en relación con el objeto del presente informe-propuesta.

La declaración de incapacidad permanente incide de forma directa sobre la actividad, bien sobre las relaciones laborales que vinculan al beneficiario de la prestación con la empresa en la que presta servicios, bien situándole en una posición determinada cuando pretende desarrollar una actividad lucrativa, por cuenta propia o ajena, dependiendo del grado de incapacidad reconocido.

• Incapacidad permanente parcial.

Esta prestación no impide la realización de actividades lucrativas en modo alguno, y ello es porque se viene considerando que no impide la realización de las tareas fundamentales que venía realizando hasta su declaración y el beneficiario percibe únicamente una cantidad a tanto alzado y no una pensión.

• Incapacidad permanente total.

La percepción de una pensión de incapacidad permanente total es compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total. Ello aun cuando se siga manteniendo la misma categoría o grupo profesional, en la misma o distinta empresa.

En caso de mantener el empleo en la misma empresa, ésta y el trabajador podrán convenir que el salario del nuevo puesto de trabajo se reduzca en proporción a la menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder del 50 % del importe de la pensión (Art. 24.3 de la OM de 15 de abril de 1969).

En caso de que la persona a la que se le reconoce una incapacidad total cause alta en una empresa distinta a aquella en la que trabajaba cuando se produjo el reconocimiento, no existen límites ni condicionantes legales o jurisprudenciales, siempre, obviamente, que desarrolle funciones distintas a aquellas que determinaron la incapacidad.

Ahora bien, el percibo del incremento del 20 % de la base reguladora de la incapacidad permanente total es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena o propia. Este incremento se concede en atención a circunstancias en que, por la edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior.

Se entiende, por consiguiente, que es incompatible el trabajo por cuenta propia o ajena sólo respecto el incremento del 20 %, pero no así respecto la pensión sin incrementar, evidentemente siempre que se realicen funciones que no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

Y ello porque el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones de Seguridad Social dispone que el incremento quedará en suspenso durante el periodo en el que el trabajador obtenga un empleo. En este caso, la incompatibilidad es absoluta si bien en algún caso los Tribunales han admitido la posibilidad de trabajos residuales (STSJ Cantabria 8 de octubre de 2001, rec. 365/2000).

- Incapacidad permanente absoluta.

Las pensiones de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez no impiden el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

La Jurisprudencia en Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 rec. 480/2007, vino a reconocer que la compatibilidad con el trabajo no sólo incluye actividades marginales, superfluas, accidentales o esporádicas, como se había venido manteniendo por los Tribunales hasta entonces, apoyando los criterios sumamente restrictivos del INSS. El criterio extensivo a cualquier actividad ha sido reiterado en numerosos pronunciamientos. El Tribunal Supremo invoca el derecho al trabajo reconocido en el 35 de nuestra Constitución, apostando porque la incompatibilidad tendría un efecto desmotivador sobre la reinserción laboral de quien se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez.



Ahora bien, tradicionalmente los Tribunales vienen entendiendo que las actividades compatibles no pueden ser las mismas que el trabajador realizaba cuando se le reconoció la incapacidad absoluta, sino que deben ser otras distintas (STS de 7 de julio de 1986 por ejemplo). Si la actividad es completamente nueva, aun a tiempo completo, esta es compatible con la pensión (SSTS de 30 de enero de 2008, rec.480), con la única limitación, en lo que respecta al grado de incapacidad permanente absoluta, que la actividad a realizar por el pensionista pueda suponer una modificación de su capacidad de trabajo a efectos de revisión del grado de incapacidad previamente reconocido.

Hay que recordar que, en todos los supuestos, la realización de la actividad por cuenta propia y ajena debe ser comunicada por el pensionista al INSS.

- Revisión de oficio de la pensión.

Si el trabajo que se realiza sea a tiempo completo o parcial, da lugar a la inclusión del pensionista en alguno de los Regímenes de Seguridad Social, incluido el de autónomos, se ha de cursar su alta y cotizar en la forma establecida.

En tal caso, el pensionista tiene la obligación de comunicar el inicio de la actividad lucrativa a la entidad gestora (INSS).

La regla general (Art. 200.2 LGSS), es que, si el pensionista de incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el INSS podrá de oficio promover la revisión de su grado de incapacidad. Dicha revisión puede dar lugar, tras dictamen del respectivo Equipo de Valoración de Incapacidades, bien al mantenimiento del grado reconocido o al reconocimiento de una incapacidad en grado inferior (o superior) al que tenía hasta ese momento. Esta revisión es posible hasta que la persona discapacitada alcance la edad ordinaria de jubilación, momento a partir del cual el régimen de compatibilidad/incompatibilidad de la pensión con el trabajo será, con carácter general, el establecido para la pensión de jubilación.

- Mantenimiento del empleo tras el reconocimiento de una incapacidad permanente.

Partimos de la base de que las situaciones reconocidas de incapacidad permanente, en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad absoluta o gran invalidez permiten a la empresa extinguir el contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores.

Esta regla general encuentra su excepción, respecto de las situaciones de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría, en el plazo de los 2 años siguientes a la declaración inicial, que permita su reincorporación al puesto de trabajo, supuestos en que subsistirá la suspensión de la relación laboral, de conformidad con el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores. Solo en dicho supuesto, que obligatoriamente ha de venir reflejado en la Resolución administrativa que declara la incapacidad permanente, el contrato de trabajo no se extingue, sino que solo se suspende con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de dicha Resolución.

Por su parte, los artículos 1 a 3 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, regulan diversas situaciones relacionadas con la reincorporación de las personas a las que se ha declarado una incapacidad permanente:

- En el caso de la incapacidad permanente parcial, en que no hay ni extinción ni suspensión del contrato de trabajo, el trabajador tiene derecho a mantener su empleo sin merma de la cuantía de su nivel retributivo. Sin embargo, si el empresario acredita la disminución en el rendimiento por parte del trabajador, está obligado a ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual. En caso de no disponer de dicho puesto, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice jornada completa.

- En el caso de la incapacidad permanente, en los grados de incapacidad total para la profesión habitual o de incapacidad absoluta, la posibilidad de reincorporar a la última empresa en la que trabajaba antes de la declaración de incapacidad se limita al supuesto en que, tras haber recibido prestaciones de recuperación profesional, hubiera recobrado su plena capacidad laboral, es decir deje de percibir la pensión de incapacidad permanente. Y, en tal caso, que es poco frecuente, no existe reserva automática de puesto de trabajo, sino solo una preferencia absoluta para su readmisión en la primera vacante que se produzca, dentro de su categoría o grupo profesional.

- Y, finalmente, en el caso de que la incapacidad permanente, en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual o de incapacidad absoluta se transforme en una grado de incapacidad permanente parcial, se reconoce igualmente una preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajó en la primera vacante que se produzca y que resulte adecuada a su capacidad laboral.

- Mantenimiento del empleo tras pérdida de la capacidad laboral.

El artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores permite despedir a un trabajador en caso de “ineptitud... conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa”, aplicándose a supuestos de falta de capacidad para realizar adecuadamente una actividad, función o trabajo.

## 2. LA NORMATIVA COMPARADA SOBRE EL TRATAMIENTO DE ESTA CUESTIÓN EN OTROS ESTADOS

### Modelo de compatibilidad sin reducción de la cuantía de la pensión:

Desde el Derecho comparado en países de nuestro entorno, debemos de tener en cuenta que el modelo español, de compatibilidad sin reducción de la cuantía de la pensión siempre que las funciones no coincidan con aquéllas que dieron lugar a la incapacidad (en la de grado total) o que no represente un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión (en la de grado de absoluta o gran invalidez) es singular e infrecuente. El modelo español se acompaña con un proceso de revisión de oficio de la pensión, en caso de que el pensionista trabaje, que puede dar lugar también a la revisión y reducción de la cuantía.

Dicho modelo existe en países como Bulgaria, Lituania, Letonia y la República Checa, los cuales permiten la íntegra compatibilidad entre el percibo de la prestación y los ingresos de activo, sin establecer ningún tipo de limitación.

### Modelo de compatibilidad con reducción de la cuantía de la pensión:

Sin embargo, el modelo más frecuente es el que trata de modular la cuantía de la pensión cuando se permite la compatibilidad entre su percibo y la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena.

Por ejemplo, en *Austria*, la legislación prevé una reducción del importe de la pensión en el supuesto de que el beneficiario obtenga ingresos por la actividad superiores a un umbral de ingresos marginales, estableciéndose tramos de ingresos que dan lugar a reducciones de entre el 30 y el 50 %, en la cuantía de la pensión.

En *Estonia*, la compatibilidad de la pensión con las ganancias del trabajo es posible, pero el importe de la prestación se reduce si los ingresos del beneficiario exceden 90 veces la tasa de asignación diaria.

En *Alemania*, el importe de la pensión se reduce si las ganancias superan un determinado umbral, llegándose a extinguir cuando el salario alcanza el monto de la pensión.

En el caso de los *Países Bajos*, si el pensionista encuentra un empleo adecuado, el grado de incapacidad podría cambiar dependiendo de los ingresos de ese trabajo y la pensión puede reducirse.

En *Luxemburgo*, el nivel de intensidad de la protección se reduce si la suma de las ganancias de activo y la pensión excede del promedio de los cinco salarios más altos del registro del seguro.

En *Polonia*, la pensión se reduce si el beneficiario ejerce una actividad profesional en virtud de la cual obtienen unos ingresos de activo que se sitúan entre el 70 % y el 130 % del salario medio en el país. Y si los ingresos de activo superaran el 130 %, el percibo de la pensión se suspendería.

En otros casos se aplican reducciones en porcentaje fijo cuando el pensionista trabaja (por ejemplo, 60 % en Grecia).

En casos como el de *Hungría*, la pensión por incapacidad se extingue en el supuesto de que el beneficiario realice una actividad lucrativa y sus ingresos brutos superen el 150 % del salario mínimo durante un período de tres meses consecutivos.

En el caso de *Finlandia*, su percepción puede suspenderse entre 3 y 24 meses si las ganancias de activo superan un determinado porcentaje que varía en función de cuál sea el grado de incapacidad.

Por su parte, en *Francia* se suspende el derecho a la prestación si el importe de la pensión, junto con la cuantía de los ingresos profesionales recibidos durante seis meses, son superiores a los ingresos de los tres meses previos a la pérdida del trabajo con ocasión de la invalidez.

#### Modelo de incompatibilidad

Finalmente, en el lado opuesto, se encuentran Italia, Irlanda y Malta, que no permiten la compatibilidad entre la pensión permanente y la obtención de ingresos derivados de actividad. En Portugal se parte de esta misma lógica, pero tal regla de incompatibilidad sólo resulta aplicable en caso de incapacidad permanente absoluta.

### 3. ORIENTACIÓN DE LA REFORMA DE LA NORMATIVA SOBRE COMPATIBILIDAD ENTRE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE Y TRABAJO

#### 3.1. El Pacto de Toledo

Hay que partir del Informe de evaluación y reforma del **Pacto de Toledo**, del pasado octubre de 2020, incluye entre sus recomendaciones una específica dedicada a las personas con discapacidad (la recomendación número 18, “Boletín Oficial del Congreso de los Diputados” de 10 de noviembre de 2020).

En dicha recomendación se abordan determinados temas relativos a la mejora de la protección de las personas con discapacidad, como son la flexibilización de los umbrales de compatibilidad entre actividad lucrativa y pensiones no contributivas de incapacidad, la mejora de la protección de las prestaciones familiares (asignación económica por hijo a cargo y pensión de orfandad), la flexibilización de la regulación de la jubilación anticipada de las personas con discapacidad o la equiparación de la regulación de las situaciones de discapacidad de Clases Pasivas a la del Régimen General de la Seguridad Social.

Pero en lo que afecta específicamente a esta ponencia, la recomendación se concreta en que deben intensificarse las medidas dirigidas a la activación de las personas con discapacidad, favoreciendo su acceso al empleo. En particular, se propone introducir modificaciones en el régimen jurídico sobre la compatibilidad de la percepción de las pensiones de incapacidad permanente con la realización de un trabajo, evitando la litigiosidad existente en la actualidad en este ámbito, recomendación que está en sintonía con el citado documento.

En la recomendación, por su naturaleza, no se establece una medida normativa concreta, sino que solamente se trata de una declaración de principios cuya implantación habría de realizarse en el futuro.

Además, hay que poner de manifiesto que nuestro ordenamiento jurídico se ha preocupado más por la garantía de una pensión que por el mantenimiento del empleo. Y, de hecho, de la muestra continua de vidas laborales correspondiente al año 2007 se evidencia que sólo un 11,7 % de los profesionales a los que se reconoció una incapacidad permanente permanecieron en la empresa donde prestaban servicios, en otro puesto de trabajo.

La merma de la capacidad laboral puede ser causa de extinción del contrato de trabajo, ya sea por ineptitud sobrevenida (artículo 52.a) ET) o por el reconocimiento de una incapacidad permanente, en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (artículo 49.1.e) ET).

Este marco jurídico resulta poco compatible con los principios y derechos basados en la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, ya que las situaciones de incapacidad no deben suponer la imposibilidad de realizar actividad alguna, derivada de las capacidades que subsisten, ni tampoco es con las orientaciones contenidas en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado español (antes reflejados) sobre derechos de la persona con discapacidad, relacionadas con el mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

La misma Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIRef), en su Opinión 1/2019, sobre la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social, propuso, dentro de las medidas que refuerzan la sostenibilidad, equidad y suficiencia del sistema, que se reorienten las prestaciones de incapacidad para aprovechar mejor la capacidad laboral de los individuos.

Las reformas que han de impulsarse debieran orientarse a impedir que la regulación jurídico-laboral y de Seguridad Social ponga trabas a la reactivación laboral, haciendo realidad lo que establece el artículo 27.1 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, que exige a los gobiernos que salvaguarden el derecho al trabajo, incluso de las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, e impone a los Estados la obligación de promover el mantenimiento del empleo y la reincorporación al trabajo de las personas con discapacidad.

Con medidas como las indicadas, además, se contribuye a incrementar la tasa de empleo de las personas con discapacidad, mejorar sus ingresos y, por tanto, también sus condiciones de vida, favoreciendo la cohesión social, al tiempo que se lucha contra la economía irregular y se aumentan los ingresos del sistema de la Seguridad Social.

Es cierto que la compatibilidad, dentro de los límites ya expuestos, entre el trabajo y las situaciones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, puede chocar con la finalidad de las prestaciones de Seguridad Social en cuanto sustitutorias de rentas del trabajo.

Estaríamos ante una sobreprotección, que tampoco es deseable. Para evitar este efecto, y siguiendo el ejemplo de sistemas de Seguridad Social de nuestro entorno, cabría articular unas nuevas reglas de compatibilidad de modo que, en los casos en que la suma de la pensión por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez y las retribuciones salariales superaran un umbral, el importe de la pensión se redujera hasta nivelarlo con el de dicho umbral.

Sin embargo, en el caso de incapacidad permanente total para la profesión habitual se produce, en determinadas ocasiones, la situación contraria, de infra protección, por lo que debería estudiarse que el incremento de su cuantía, en el caso de situaciones de especial vulnerabilidad, fuera compatible con el trabajo, siempre que sea en funciones distintas a aquéllas en virtud de las cuales se le reconoció la incapacidad en su día.

En este marco, las reformas deberían tener como objetivo:

A) El mantenimiento del empleo en la empresa en la que está en alta la persona cuando se le reconoce la incapacidad permanente, o en otra empresa.

El objetivo por alcanzar sería que la persona a la que se ha declarado una incapacidad permanente mantenga un empleo en la misma empresa o en otra, en una función diferente (si la incapacidad fuera total para la profesión habitual) o aprovechando sus capacidades residuales (en el caso de la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez).

De esta forma, la extinción de la relación laboral sería la última de las opciones posibles, a la que cabría acudir únicamente ante la imposibilidad de aplicar soluciones menos drásticas, como la adaptación del puesto de trabajo (que se podría concretar en la introducción de ajustes razonables, en la reducción de la jornada, en el tiempo de trabajo o en la adaptación de las concretas funciones), o como la reubicación del trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad.

La compatibilidad entre pensión de incapacidad permanente y realización de un trabajo no debe girar siempre en torno a la cuantía de la prestación y/o del salario, sino que ha de tener en cuenta otras realidades vinculadas con las condiciones de trabajo.

Muchos pensionistas por incapacidad permanente, en cualquier de sus grados, se plantearían trabajar lucrativamente si la actividad se adaptase a su nueva realidad vital y a las necesidades personales o familiares, mediante:

- a. La adaptación de la jornada y horarios de trabajo.
- b. La jornada reducida o a tiempo parcial.
- c. El trabajo total o parcialmente desde el domicilio (teletrabajo).

En consecuencia, se propone que la extinción del contrato de trabajo, como consecuencia del reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente, en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez (artículo 49.1.e) ET) o por motivo de la declaración de ineptitud sobrevenida (artículo 52.a) ET) no sea, como en la actualidad, la regla general, sino que dicha extinción quedase condicionada a la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo o ubicar a la persona discapacitada en otro puesto de trabajo.

En el objetivo de esta reforma, se propone el desarrollo de los preceptos del Estatuto de los Trabajadores citados en el párrafo anterior, mediante una completa actualización del contenido del capítulo I del Real Decreto 1451/1983, incorporando las siguientes modificaciones y novedades:

- Suprimir la disminución de salario en caso de disminución de rendimiento por parte del trabajador que pasa a la situación de incapacidad permanente parcial, medida que desincentiva el mantenimiento del empleo y resulta obsoleta dado el avance en las técnicas de adaptación de los puestos de trabajo.
- El actual contenido del Real Decreto 1461/1983 sólo regula las situaciones de recuperación de la capacidad laboral, pero no del mantenimiento del empleo al sobrevenir la declaración de una incapacidad permanente, que, conforme al marco normativo actual, habilita a la empresa para extinguir el contrato de trabajo de acuerdo con el artículo 49.1. e) del Estatuto de los Trabajadores.

Para remedir esta laguna normativa y teniendo en cuenta la realidad socio-laboral actual, se abordan medidas dirigidas a facilitar el mantenimiento del empleo en un puesto adecuado y adaptado, mediante un régimen jurídico de obligación empresarial de oferta, bien de mantener el mismo puesto, una vez efectuadas las correspondientes adaptaciones, o bien otro puesto de trabajo, también adaptado.

- Dichas medidas se aplicarían también a las personas trabajadoras a las que se les reconozca una discapacidad (pero no una incapacidad permanente) cuando tienen la condición de trabajador por cuenta ajena y se declare su ineptitud para ocupar su puesto de trabajo.

- Estimular a las empresas mediante una reducción del 100 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante dos años, tanto en el caso de mantenimiento de la persona a la que se declare en situación de incapacidad permanente el mismo puesto o la cobertura de otro puesto en todas las situaciones descritas. (Actualmente, sólo se reduce el 50 % de la cuota empresarial y únicamente, en el caso de recuperación de la plena capacidad laboral.)



- Una nueva regulación de la forma en que se concreta en la empresa la obligación empresarial de adaptar los puestos y entornos laborales a las necesidades de las personas con discapacidad, desarrollando de esa manera el artículo 40 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, en orden a la adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad, como garantía de la plena igualdad en el trabajo. Tales medidas se aplicarían no solo a las personas con discapacidad, con al menos el grado del 33%, sino también a las personas declaradas en situación de incapacidad permanente.

- Asimismo, dentro de las medidas propuestas, se regulan otras como:

- Medidas de adaptación en la formación para el empleo.
- Subvenciones públicas para fomentar las medidas de adaptación en las empresas.
- Medidas de adaptación del tiempo de trabajo de las personas con discapacidad o de aquéllas que cuidan personas con discapacidad.

- Por último, una novedosa regulación de la compatibilidad de las prestaciones sociales y la realización de actividades, en los términos que establezca la regulación propia sobre incompatibilidades de cada tipo de prestación, para permitir el mantenimiento o retorno a una actividad.

### **3.2. Propuestas articuladas**

*1. Modificaciones del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)*

Se introducen las siguientes modificaciones en el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre:

1. La letra e) del apartado 1 del artículo 49 queda redactada de la siguiente manera:

“e) Por muerte de la persona trabajadora.”

2. Se añade una nueva letra n) al apartado 1 del artículo 49, con el siguiente contenido:

“n) Por incapacidad permanente, en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, cuando no existiese en la empresa donde prestaba servicios un puesto de trabajo adecuado a su capacidad, adaptado o que pueda ser adaptado a su discapacidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 48 de esta Ley.”

3. El párrafo a) de artículo 52 queda redactado de la siguiente manera:

El contrato podrá extinguirse:

a) Por ineptitud de la persona trabajadora conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa cuando no existiese en la empresa donde prestaba servicios un puesto de trabajo adecuado a su capacidad, adaptado o que pueda ser adaptado a su discapacidad. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

## *II. Modificaciones al capítulo I del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo*

El Capítulo I del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 1 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad, queda redactado en los siguientes términos:

### Capítulo I.

#### Empleo

##### “Artículo 1. Incapacidad permanente parcial

Las personas trabajadoras que hayan sido declaradas en situación de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente parcial, tienen derecho a su reincorporación en la empresa, en las condiciones siguientes:

1. Si la incapacidad permanente parcial no afecta el rendimiento normal de las personas trabajadoras en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse deberá

el empresario reincorporarlo al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo.

2. Las personas trabajadoras que hubiesen sido declaradas en situación de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente parcial y, después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional, recobrarán su total capacidad para su profesión habitual, tendrán derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si el que viniesen ocupando fuese de categoría inferior, siempre que no hubiesen transcurrido más de tres años en dicha situación. La reincorporación se llevará a efecto previa la comunicación a la empresa, y a los representantes del personal, en el plazo de un mes, contado a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente.

Artículo 2. Incapacidad permanente, en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual e incapacidad permanente absoluta.

1. Antes de proceder a la extinción del contrato de trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.1.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, la empresa deberá ofrecer a la persona trabajadora un puesto de trabajo adaptado a su capacidad, que puede ser el mismo que ocupaba u otro distinto de la misma o distinta categoría o grupo profesional.

2. A tal efecto, en el plazo de un mes desde la notificación a la Empresa de la Resolución en virtud de la cual se reconozca la incapacidad, esta deberá realizar una oferta a la persona trabajadora en cuestión, la cual deberá en el plazo de un mes, aceptar o rechazar.

3. Sólo en el supuesto que la persona trabajadora en cuestión rechace la oferta, la empresa podrá notificar la extinción del contrato de trabajo.

4. Si la empresa no tiene puesto de trabajo que ofrecer, deberá notificarlo acreditando debidamente tal imposibilidad a la persona trabajadora en el plazo de un mes desde la notificación a la empresa de la resolución en virtud de la cual se reconozca la incapacidad permanente.

Las discrepancias que puedan suscitarse sobre esta materia entre la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social.

5. La falta de adaptación de los puestos de trabajo o entorno laboral no justifica, por sí misma, no ofrecer un puesto de trabajo.

6. En el supuesto de mantenimiento del empleo previsto en este artículo, la empresa se podrá beneficiar de una reducción del 100 por 100 de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes, durante un período de dos años.

7. Los preceptos recogidos en el presente artículo son de aplicación también a las personas trabajadoras a las que se les haya reconocido una discapacidad, en grado igual o superior al 33 por ciento, cuando tengan la condición de persona trabajadora por cuenta ajena, que dé lugar a ser declaradas no aptas para ocupar su puesto de trabajo.

En tal caso, antes de proceder la empresa a la extinción del contrato de trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, deberá cumplir con lo que establece el presente artículo.

### Artículo 3. Situaciones de recuperación de la capacidad laboral.

1. Las personas trabajadoras que hubieran cesado en la Empresa por haberseles reconocido una incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual o de incapacidad permanente absoluta y, después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional, hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional.

2. Las personas trabajadoras que hubieran cesado en la empresa por haberseles reconocido una incapacidad permanente, en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, o de incapacidad permanente absoluta y, después de haber recibido las prestaciones de recuperación profesional, continuaran afectos de una incapacidad permanente parcial, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajaron, en la primera vacante que se produzca y que resulte adecuada a su capacidad laboral.

3. Las personas trabajadoras que, con arreglo a este artículo, tengan derecho a ser readmitidas, deberán comunicarlo a la empresa, y a los representantes del personal, en el plazo de un mes, contado a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente. La empresa deberá poner en conocimiento de las personas trabajadoras que se encuentren en tal situación, las vacantes que existan de igual o inferior categoría,

quedando liberada de su obligación desde el momento en que la persona trabajadora rechace un puesto de trabajo de igual categoría a la que ostentaba en la empresa o de categoría inferior si no hubiese obtenido la plena recuperación para su profesión habitual, que no implique cambio de residencia.

5. Cuando la empresa tenga varios centros de trabajo y la vacante que exista implique cambio de residencia, la persona trabajadora podrá optar entre ocuparla o esperar a que exista plaza en el centro de trabajo donde tenga establecida su residencia. En el primer supuesto mantendrá su preferencia para ocupar la primera vacante de su categoría o grupo profesional que se produzca en el centro de trabajo originario.

6. En los supuestos de readmisión previstos en este artículo, la Empresa se podrá beneficiar de una reducción del 100 por 100 de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes, durante un período de dos años.

#### Artículo 4. Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 42.1 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, las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más personas trabajadoras vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean personas trabajadoras con discapacidad. No obstante lo anterior, las empresas responsables podrán excepcionalmente quedar exentas de tal obligación en los términos previstos en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, así como en lo dispuesto en su normativa de desarrollo.

#### Artículo 5. Comunicación al Servicio público de empleo

Dentro del primer trimestre de cada año, con conocimiento de los representantes legales de las personas trabajadoras, las empresas que empleen un número de 50 o más personas trabajadoras deberán enviar al Servicio público de empleo competente en que tengan su sede social o centro de trabajo con mayor número de personal, relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por personas trabajadoras con discapacidad y de aquellos que por sus características queden reservados a los mismos.

El Servicio público de empleo dará traslado de estas relaciones a los equipos multiprofesionales.

En los convenios colectivos las partes podrán establecer los puestos de trabajo reservados a personas con discapacidad.

#### Artículo 7. Medidas de adaptación y ajustes razonables.

1. Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad o de incapacidad permanente.

2. Los empresarios están obligados a adoptar y, en su caso, a mantener las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad del centro de trabajo y del entorno laboral, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad o en situación de incapacidad permanente, acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

#### Artículo 8. Medidas de adaptación en el empleo

1. Las medidas adecuadas para superar las desventajas en la que se encuentran las personas con discapacidad o en situación de incapacidad permanente, en relación con otras personas, pueden ser, entre otras, las siguientes:

a) Eliminación de barreras físicas, del transporte, de la comunicación y cognitivas que impidan o dificulten el acceso de las personas con discapacidad a los lugares de trabajo o a los centros de orientación o formación o su movilidad, comunicación, orientación o comprensión dentro de los mismos.

b) Eliminación de barreras que impidan o dificulten el acceso a los procesos de selección, así como la adaptación de estos últimos.

c) Adaptación de los equipos de trabajo, tales como mobiliario, máquinas o equipos informáticos a las personas con discapacidad de cualquier tipo.

d) Instalación, mantenimiento y actualización de programas informáticos y de comunicación adecuados para su utilización por dichas personas.

e) Adopción de métodos y condiciones de trabajo y normas internas en las empresas que sean, no sólo respetuosas con el principio de igualdad, sino que incentiven la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación hacia las personas con discapacidad.

2. Cuando la persona trabajadora con discapacidad o en situación de incapacidad permanente, precise de un asistente personal para ayudarla o acompañarla en la realización de los actos de su vida diaria, la empresa permitirá el acceso y la presencia junto a aquélla en los lugares de trabajo o en el desarrollo de su actividad laboral.

3. En el caso que la persona trabajadora con discapacidad o en situación de incapacidad permanente, los representantes legales de las personas trabajadoras o empleadas públicas o las organizaciones de personas con discapacidad o de sus familias soliciten la instalación o puesta en práctica de las medidas a que se hace referencia en los apartados anteriores, la empresa está obligada a su adopción o, en caso contrario, a contestar al que formuló la petición, por escrito y motivando su negativa u ofreciendo alternativas.

4. En caso de falta de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, resolverá la Autoridad Laboral competente en el plazo máximo de tres meses, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, teniendo en cuenta las circunstancias antes señaladas y la disponibilidad de ayudas públicas o privadas para sufragar total o parcialmente los costes de las medidas de adaptación.

En el caso de las Administraciones Públicas, resolverá el Órgano directivo superior al que acordó denegar la medida, en el plazo máximo de tres meses, previo informe de la Inspección de Servicios.

5. En caso de ser imposible la adopción de medidas, la persona trabajadora tendrá derecho a ocupar otro puesto de trabajo adaptado o que pueda ser adaptado, de su misma categoría o grupo profesional.

También, y con respeto a las normas convencionales sobre promoción profesional, tendrá derecho a solicitar un puesto de trabajo, adaptado o que pueda ser adaptado, de distinta categoría o grupo profesional, en cuyo caso el salario que perciba corresponderá a la categoría o grupo profesional que ocupe.

6. Se regularán subvenciones públicas, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, para fomentar las medidas previstas en el presente artículo.

#### Artículo 9. Medidas de adaptación en la formación para el empleo

1. En el caso de la persona usuaria, la persona beneficiaria o la persona alumna de los servicios de orientación o de los programas de formación profesional para el empleo, en relación con las personas físicas o jurídicas que presten dichos servicios, la solicitud de instalación o puesta en práctica de dichas medidas la dirigirá la persona con discapacidad o cualquier organización de personas con discapacidad o de sus familias, con su autorización, a la Dirección del centro afectado, estando este obligado a su adopción o, en caso contrario, a justificar al solicitante las dificultades para hacerlo y/o el plazo de ejecución de las medidas.

2. Las discrepancias entre ambas partes serán resueltas, en el plazo de tres meses, por la Inspección de Servicios u órgano análogo, en el caso de tratarse el titular del centro o programa una Administración Pública, y por el órgano competente en materia de servicios públicos de empleo, cuando la titularidad recaiga en una persona que se rija por el Derecho privado.

3. Se regularán subvenciones públicas, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, para fomentar las medidas previstas en el presente artículo.

#### Artículo 10. Medidas de adaptación del tiempo de trabajo

La persona trabajadora con discapacidad, en situación de incapacidad permanente o cualquiera de las mismas que tenga a su cuidado directo una persona con discapacidad o en situación de incapacidad permanente, tendrá derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, en los términos establecidos en el artículo 34.8 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

#### Artículo 11. Compatibilidad de las prestaciones sociales y la actividad.

Toda prestación económica pública que se reconozcan a las personas con discapacidad o en situación de incapacidad permanente deberá, en los términos que establezca su regulación propia sobre incompatibilidades, permitir el mantenimiento o retorno a



una actividad compatible con su capacidad, tras las adaptaciones o ajustes razonables, bien mediante el trabajo por cuenta ajena o propia.”

### *III. Modificaciones a la Ley General de Seguridad Social y conexas*

La compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente, en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez y el trabajo por cuenta ajena o propia deberá seguir siendo posible conforme a la normativa vigente.

Sin embargo, se propone mejorar el tratamiento del régimen de compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente y el trabajo.

En dicha dirección, se propone el estudio de una reforma al respecto que gire en torno a las siguientes ideas:

- Establecer fórmulas alternativas que despejen la incertidumbre del pensionista, es decir, que le ofrezca un marco de seguridad jurídica que le anime a trabajar o aflorar la actividad que realiza.
- En los supuestos de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, se debería desvincular la revisión de oficio de la incapacidad reconocida de la comunicación de la actividad por parte del pensionista, al ser un factor que desmotiva la reincorporación a la actividad e incentiva el trabajo sumergido. Debe eliminarse la revisión de oficio de la pensión cuando el pensionista comunique el inicio de una actividad. Las situaciones de fraude deben combatirse exclusivamente mediante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Para evitar una sobreprotección, dada la naturaleza sustitutoria de las rentas que tienen las prestaciones de Seguridad Social, deberían establecerse, en el caso de la incapacidad permanente, en los grados de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (no en el caso de la incapacidad permanente total), mecanismos de modulación de la cuantía de la pensión según las rentas derivadas de la actividad del pensionista, preservando la recuperación inmediata de la pensión en caso de paso a la inactividad.

En tal objetivo, podría establecerse que la suma del importe de la pensión y las rentas procedentes del trabajo (por cuenta propia o ajena), siempre que den lugar a su inclusión en cualquier régimen de Seguridad Social, no supere el importe de la pensión máxima determinada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado con carácter anual (en el 2020, 2.683,34 euros mensuales o 37.566,76 euros anuales). Cuando la suma de la cuantía de la pensión y de las rentas derivadas del trabajo superase la pen-

sión máxima, el importe de la pensión por incapacidad permanente se reduciría hasta nivelarlo con el de la máxima.

Ejemplos:

- Un pensionista percibe una pensión de 14.000 euros al año y una renta por trabajo de otros 14.000 euros (en total 28.000 euros) No se le reduciría la pensión, pues está por debajo de la pensión máxima.

- El mismo pensionista percibe por el trabajo 25.000 euros, por lo que, sumada a su pensión de 14.000 euros, ingresaría un total de 39.000 euros. Su pensión se reduciría en 1.433,24 euros al año (102,37 euros por 14 pagas de pensión), es decir por la diferencia respecto a la pensión máxima.

- En el caso de que la minoración diera lugar a una reducción total del importe de la pensión, esta se suspendería, recuperándola de inmediato si dejara de recibir rentas por trabajo.

Finalmente, en el caso de la incapacidad permanente total, lo que se propone es hacer compatible con el trabajo también el tramo de incremento de la pensión en casos de especial vulnerabilidad.

También se solicita que, si fuera financieramente posible, se intentará elevar el porcentaje de incremento, por ejemplo, del 20 % al 30 %.

### **Propuestas articuladas**

1. Se modifica el artículo 198 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, quedando redactado de la siguiente manera:

1.En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

2.Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

3. Cuando la suma del importe de la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y de las rentas derivadas del trabajo por cuenta ajena o propia, siempre que la realización del mismo, den lugar a su inclusión en cualquier régimen de Seguridad Social, supere la cuantía de la pensión máxima, se reducirá la pensión hasta igualar su importe a aquella.

En el supuesto de que la minoración indicada en el párrafo anterior, implique la reducción total de la cuantía de la pensión que se venía percibiendo, la misma quedará en suspenso, hasta el cese en el trabajo o en la actividad, o a la fecha en que varíen los ingresos del pensionista, que permitan la minoración de la pensión.

4. El disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez, a partir de la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación, será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1.

2. Se modifica el apartado 2 del artículo 200 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, quedando redactado de la siguiente manera:

2. Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 205.1.a), para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión.

Las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán llevarse a cabo en cualquier momento, en tanto el interesado no haya cumplido la edad a que se refiere el párrafo anterior.

Se modifica el artículo sexto del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

“Artículo sexto. Incremento de la pensión de incapacidad permanente total.

Uno. El derecho a incremento de la pensión por incapacidad permanente total previsto en el número cuatro del artículo once de la Ley veinticuatro/mil novecientos setenta y dos se reconocerá, en su caso, a los trabajadores declarados en dicha situación a partir, del primero de julio de mil novecientos setenta y dos, siendo competente, a estos efectos, el mismo Organismo que reconozca o hubiere reconocido la pensión.

Dos. El requisito de edad exigido en el precepto legal citado será, como mínimo, de cuarenta y cinco años.

Tres. El incremento a que el presente artículo se refiere consistirá en un veinte por ciento de la base reguladora que se tome para determinar la cuantía de la pensión.

Cuatro. El incremento quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo.”

## BIBLIOGRAFÍA

Universidad Carlos III, Equipo de Investigación del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid compuesto por: J. L. Castro Girona, M. C. Barranco, P. Cuenca, I. Vicente, P. Jimeno, P. Nieto, A. Moreno, C. Aragón, I. Campoy, F. J. Ansuátegui, J. Mercader y R. de Asís, *Estudio comparado a nivel europeo sobre reformas del mercado de trabajo a la luz de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2018.

Información MISSOC:

[http://www.missoc.org/MISSOC/INFORMATIONBASE/COMPARATIVETABLES/MISSOCDATABASE/comparativeTableSearch\\_fr.jsp](http://www.missoc.org/MISSOC/INFORMATIONBASE/COMPARATIVETABLES/MISSOCDATABASE/comparativeTableSearch_fr.jsp)

Romero Ródenas, María José, *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social*, Ed. Bomarzo, 2019.

Sempere Navarro, A. V. “El debate sobre la incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 84, 2016, BIB 2016/05.

AIReF. *Opinión sobre la sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social*, Opinión 1/2019, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

CERMI, *Compatibilidad entre trabajo y pensiones de Seguridad Social. Propuesta de reforma normativa desde el sector social de la discapacidad*, Ediciones Cinca, 2020.



**Pilar Villarino Villarino**

**Directora Ejecutiva del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, CERMI**



## **EUROPA, CONSTRUYENDO INCLUSIÓN. POLÍTICAS DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA**

### **1. INTRODUCCIÓN**

La labor de incidencia política que realiza el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) abanderando la innovación social en discapacidad, la desarrolla desde una profunda convicción europeísta. En efecto, el movimiento CERMI lleva 25 años orientando su estrategia consciente de la importancia decisiva de la construcción europea, sabedor de que Europa está en todos los ámbitos, incluido el social, y de que nuestra responsabilidad como movimiento ciudadano es participar activamente en la construcción europea desde la inclusión.

El año 2021 nos ofreció un momento histórico especialmente propicio para participar en la construcción de Europa por varias razones: el movimiento CERMI quiso estar presente en las grandes tendencias sociales, económicas, políticas, tecnológicas y medioambientales que sin duda marcan la orientación de la Europa del futuro; el proceso de reconstrucción tras la pandemia por COVID-19 también debe considerarse a escala europea; la Conferencia sobre el Futuro de Europa nos abre la puerta a un espacio de participación ciudadana idóneo; el semestre de Presidencia española de la Unión Europea que se inicia en julio de 2023 es una oportunidad para avanzar en la agenda política de la discapacidad. Finalmente, el movimiento CERMI acaba de iniciar la conmemoración de su 25 aniversario, un momento idóneo para mirar hacia atrás con perspectiva y construir el presente pensando en los próximos 25 años. Aquí tam-

bién nos marca Europa, ya que compartimos edad e ilusiones con nuestra contraparte europea, el Foro Europeo de la Discapacidad. Todas ellas razones de peso para participar en ese proceso de construcción de Europa desde la inclusión.

## 2. LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA, UNA OPORTUNIDAD PARA LA INCLUSIÓN

La Conferencia sobre el futuro de Europa es una oportunidad única para la reflexión sobre el rumbo de la Unión Europea y su estructura institucional y gobernanza, a la vez que un espacio de participación ciudadana sin igual que desde la sociedad civil debemos aprovechar. Por este motivo, el movimiento CERMI elaboró en el año 2020 un documento de toma de posición sobre lo que la discapacidad organizada quiere aportar a la construcción de esta Europa social que anhelamos y en la que ponemos nuestra esperanza compartida<sup>1</sup>.

Tal como se recoge en el documento, el movimiento CERMI pide que Europa construya inclusión y sea la Europa de las personas, porque las personas con discapacidad no queremos estar al margen de la sociedad y queremos formar parte activa de este proceso de reflexión, queremos participar de ese proceso de recuperación después de la crisis global que ha supuesto la pandemia, una recuperación en términos de economía verde, digital y social.

## 3. EL SEMESTRE DE PRESIDENCIA ESPAÑOLA DE LA UE, UNA OPORTUNIDAD PARA AVANZAR EN LA AGENDA POLÍTICA DE LA DISCAPACIDAD

La labor de interlocución e incidencia política del movimiento CERMI ha sido determinante para la construcción de la agenda política de la discapacidad, también, como no podía ser de otra forma, en lo que atañe a las políticas de protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en la Unión Europea.

En este sentido, los recientes semestres de Presidencia española de la Unión Europea han sido espacios idóneos para, a partir de la actuación colaborativa con la sociedad civil de la discapacidad, construir Europa desde la inclusión.

---

<sup>1</sup> *Europa: Construyendo Inclusión. La Europa de las personas, una esperanza compartida*. Número 31 de la Colección Inclusión y Diversidad. <https://www.cermi.es/es/colecciones/libro-n%C2%BA-31-europa-construyendo-inclusi%C3%B3n-la-europa-de-las-personas-una-esperanza>

El semestre de presidencia española de la UE del año 2002 permitió definir el marco conceptual para el Año 2003, Año Europeo de las Personas con Discapacidad, a través de la *Declaración de Madrid, No discriminación más acción positiva es igual a inclusión social*<sup>2</sup>, documento político que constituyó la referencia ideológica y conceptual de las políticas de discapacidad entre 2004 y 2007, y el germen de la futura Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por su parte, el semestre de presidencia española de la UE del año 2010 afianzó el camino para la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por parte de la Unión Europea en el año 2011, el primer tratado exhaustivo sobre derechos humanos ratificado por el conjunto de la Unión Europea<sup>3</sup>. Además, impulsó la capitalidad europea de la accesibilidad, iniciativa planteada por el CERMI dirigida a fomentar la cultura de la accesibilidad universal en toda Europa, dentro del objetivo político de que en 2020 Europa estuviera libre de barreras para las personas con discapacidad. Enmarcada en esta iniciativa, la Comisión Europea creó el Premio Ciudad Europea Accesible, actividad participada por el CERMI coordinando la fase nacional de este galardón, que a lo largo de su vigencia ha premiado a un elevado número de ciudades españolas.

El semestre de presidencia española de la UE del año 2023 será determinante para implantar las conclusiones de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, y ofrecerá a nuestro país la oportunidad de mostrar los avances en la agenda política de la discapacidad e impulsarlos a escala europea. El movimiento CERMI participará activamente, como en las anteriores ocasiones, ayudando nuevamente a construir Europa desde la inclusión. Los últimos tiempos nos han permitido ver cómo España se ha puesto a la vanguardia de las políticas de protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad, impulsando el reconocimiento del derecho al voto de todas las personas, erradicando la esterilización no consentida o liderando la reforma más innovadora del derecho civil, avances todos ellos fruto del trabajo reivindicativo y colaborativo del movimiento CERMI con los poderes públicos. Será por tanto 2023 un buen momento para liderar el avance en las políticas públicas de la Unión Europea.

---

<sup>2</sup> <https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/declaraci%C3%B3n-de-madrid-no-discriminaci%C3%B3n-m%C3%A1s-acci%C3%B3n-positiva-es-igual-inclusi%C3%B3n>

<sup>3</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_11\\_4](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_11_4)



#### 4. QUÉ PEDIMOS A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EUROPEAS PARA QUE SEAN DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD<sup>4</sup>

Las políticas públicas europeas de protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad:

- Deben servir para construir la Europa de las Personas, una Europa social, que defiende los derechos de inclusión y bienestar de las personas con discapacidad y de sus familias, una realidad transversal que permea toda la agenda y políticas públicas y que implica a todas las Instituciones.
- Deben construirse a partir de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, alineada con la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Deben garantizar la participación ciudadana, aplicando la máxima acuñada por el Foro Europeo de la Discapacidad, EDF, Nada sobre las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad. En la Europa de las Personas todas pueden alzar su voz, todas son visibles, todas tienen garantizado su derecho a participar en igualdad de condiciones. Europa debe ser un espacio global de participación y empoderamiento de todas las personas con discapacidad y de sus familias.
- Deben construirse desde un enfoque inclusivo a partir de un modelo de atención centrado en cada persona, en su proyecto de vida según sus necesidades, voluntad y expectativas, libremente elegido, que tenga en especial consideración a la infancia y adolescencia, a la juventud, a las personas con discapacidad mayores, a las familias.
- Deben tener rostro de mujer. Las políticas públicas deben tener presente la realidad de las mujeres y niñas con discapacidad, madres y cuidadoras de personas con discapacidad. Las mujeres con discapacidad constituyen el 16 % de la población total de mujeres en la Unión Europea, y el 60 % de la población total

---

<sup>4</sup>El contenido de este apartado se desarrolla con detalle en la publicación del CERMI *Europa: Construyendo Inclusión. La Europa de las personas, una esperanza compartida*. Número 31 de la Colección Inclusión y Diversidad. <https://www.cermi.es/es/colecciones/libro-n%C2%BA-31-europa-construyendo-inclusi%C3%B3n-la-europa-de-las-personas-una-esperanza>

de 100 millones de personas con discapacidad. A pesar de esta condición de clara mayoría las mujeres se ven afectadas de manera desproporcionada por múltiples formas de discriminación y corren un mayor riesgo de sufrir violencia de todo tipo y abuso sexual.

## 5. ALGUNAS DE LAS GRANDES CUESTIONES DE AGENDA POLÍTICA QUE EL MOVIMIENTO CERMI PIDE A EUROPA<sup>5</sup>

Queremos una Europa construida desde los derechos humanos: la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el primer tratado exhaustivo sobre derechos humanos ratificado por el conjunto de la Unión Europea, en lo que constituye un ejemplo único de innovación social en discapacidad. La Unión Europea debe adaptar sus políticas públicas al mandato de la Convención, alineado con la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible.

Queremos una Europa construida a partir de la accesibilidad universal: la libre circulación sin barreras para personas, bienes y servicios, sin discriminaciones a la movilidad, al transporte, a las nuevas tecnologías, a las comunicaciones y a la información, al ocio, a la cultura, al turismo, al deporte...

Queremos una Europa que promueva una legislación global de no-discriminación que garantice la igualdad de trato de las personas con discapacidad en todas las áreas de la vida.

Queremos una Europa construida al servicio de las personas, esto significa una Europa que:

- convierte el Pilar Europeo de Derechos sociales en una herramienta jurídicamente vinculante;
- incluye dentro de la libre circulación de personas con discapacidad la necesaria homologación mutua del reconocimiento oficial de discapacidad entre los Estados Miembros;
- garantiza el derecho al voto de todas las personas con discapacidad;
- lidera la estrategia de desinstitucionalización;
- promueve una estrategia contra la soledad no deseada;
- ratifica el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul);

---

<sup>5</sup> Ver nota 4.

- impulsa una Macroencuesta europea sobre la violencia contra la mujer con discapacidad, a fin de conocer el estado de situación real y poder diseñar y ejecutar políticas públicas adecuadas que den respuesta a este grave problema.

Queremos una Europa que garantice que la financiación está al servicio de la inclusión.

Queremos una Europa que defienda la convergencia de lo ambiental y lo social en todas las políticas públicas. Sostenibilidad se escribe con la “s” de social, por tanto, es esencial que Europa construya un pacto verde a partir del ecologismo y la sostenibilidad inclusivas, que incluyan la perspectiva de discapacidad en sus políticas de sostenibilidad y cambio climático.

Queremos una Europa que luche activamente contra la pobreza. Los últimos datos publicados por Eurostat muestran una vez más la elevada tasa de pobreza de las personas con discapacidad, situando a España en el octavo país en la Unión Europea donde las personas con discapacidad están en mayor riesgo de pobreza<sup>6</sup>. La Carta Social Europea Revisada es una herramienta poderosa que Europa debe aprovechar.

Queremos una Europa adaptada a la era digital que transforma para todas las personas, sin que ninguna se quede fuera por mor de la brecha digital social que por desgracia sigue llegando a demasiados espacios.

Queremos, finalmente, participar activamente en la reconstrucción de Europa después de la pandemia que ha asolado el mundo y que nos enfrenta a una nueva forma de vida.

## 6. 25 ANIVERSARIO DEL CERMI, REVISANDO EL PASADO CON MIRADA HACIA EL FUTURO

Los 25 años que cumple el movimiento CERMI en el año 2022 también tiene la marca de Europa, como señalábamos en la introducción.

Estos son algunos de los avances más significados a lo largo de estos 25 años, en los que la acción del movimiento CERMI ha sido determinante en el progreso de la agenda europea de la discapacidad. Se han escogido 25 por los años que cumple el CERMI, aunque sin duda podríamos encontrar muchos más.

---

<sup>6</sup> <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/personas-con-discapacidad-en-riesgo-de-pobreza-o-exclusion-social/>

## 25 avances de relevancia en la esfera europea

1. Constitución del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, CERMI<sup>7</sup> y del Foro Europeo de la Discapacidad, EDF<sup>8</sup>.
2. Tratado de Ámsterdam<sup>9</sup>.
3. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>10</sup>.
4. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>11</sup>.
5. Declaración de Madrid, No discriminación más acción positiva es igual a inclusión social<sup>12</sup>.
6. Año Europeo de las Personas con Discapacidad 2003<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> <https://www.cermi.es/es/cermi>

<sup>8</sup> <https://www.edf-feph.org/>

<sup>9</sup> El Tratado de Ámsterdam consagra en su Artículo 13 la base jurídica en materia de no discriminación por razón de discapacidad. Art. 13: “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá 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.”

<sup>10</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>

<sup>11</sup> Incluye el Principio de No Discriminación, Artículo 21: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”, y el Principio de Acción Positiva, Artículo 26: “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.”

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=DE>

<sup>12</sup> Ver nota 2.

<sup>13</sup> El Año Europeo 2003 ha servido sin ninguna duda para sentar las bases de una nueva política de la discapacidad, para abrir un proceso político irreversible que permitiera comenzar a reparar, de modo definitivo, el déficit de ciudadanía del que aún adolecen las personas con discapacidad y sus familias. El Año Europeo 2003 fue concebido para mentalizar a la sociedad sobre las personas con discapacidad y sus familias, desterrar prejuicios y estereotipos hacia la percepción que la sociedad tiene de las personas con discapacidad, sentar las bases de una nueva política de la discapacidad, y abrir un proceso político irreversible que permitiera comenzar a reparar, de modo definitivo, el déficit de ciudadanía del que aún adolecen las personas con discapacidad y sus familias.

7. Tratado por el que se establece una Constitución para Europa<sup>14</sup>.

8. Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el Plan de Acción Europeo 2006-2007<sup>15</sup>.

9. Reglamento (CE) n.º 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo<sup>16</sup>.

10. Año Europeo 2007 de Igualdad de oportunidades para todas las personas. Propuesta de Directiva Europea de Igualdad de Trato.

11. Declaración sobre el reconocimiento de los derechos de las niñas y mujeres con discapacidad en Europa<sup>17</sup>.

12. Campaña 1 Millón para la Discapacidad, del Foro Europeo de la Discapacidad, EDF<sup>18</sup>.

13. Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Lisboa), 2007<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2005/05/20/1>

<sup>15</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006-2007 /\* COM/2005/0604 final \*/

<sup>16</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2006-81414>

<sup>17</sup> Conferencia Europea para promover la igualdad y mejorar la calidad de vida de las niñas y mujeres con discapacidad en Europa, enmarcada en la celebración del Año Europeo de Igualdad de Oportunidades para todas las Personas. <https://www.cermi.es/es/mujeres/publicaciones/otros/20-noviembre-2007>

<sup>18</sup> El CERMI participó activamente en esta campaña impulsada para lograr la recogida de un millón de firmas entre los ciudadanos de la UE, como medida para lograr una legislación europea global de lucha contra la discriminación hacia las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida diaria, obteniendo un éxito rotundo avalado por 1.288.022 firmas, de ciudadanas y ciudadanos de la Unión Europea.

<sup>19</sup> Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. [https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/12/13/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/12/13/(1)) Artículo 10 del TFUE: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Artículo 19 del TFUE: “1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discrimi-

14. Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador<sup>20</sup>.

15. Capitalidad europea de la accesibilidad universal.

16. Estrategia Europea sobre discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras<sup>21</sup>.

17. 2.º Manifiesto de los Derechos de las Mujeres y Niñas con Discapacidad de la Unión Europea. Una herramienta para activistas y responsables políticos<sup>22</sup>.

18. La UE ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>23</sup>.

19. Marco financiero plurianual 2014-2020<sup>24</sup>.

20. Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>25</sup>.

21. Impulso a la transversalidad del género y la discapacidad en los programas del Fondo Social Europeo<sup>26</sup>.

22. Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030<sup>27</sup>.

---

nación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1”.

<sup>20</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=ES> Documento estratégico de la Comisión Europea que incluye la perspectiva de la discapacidad

<sup>21</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52010DC0636>

<sup>22</sup> <https://www.cermi.es/es/mujeres/publicaciones/manifiestos/26-octubre-2011>

<sup>23</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_11\\_4](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_11_4)

<sup>24</sup> Los Fondos Estructurales 2014-2020 recogen la obligación de accesibilidad, con el consiguiente impacto en la inclusión social de las personas con discapacidad.

<sup>25</sup> <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/eur>

<sup>26</sup> [https://www.fundacioncermimujeres.es/sites/default/files/generosidad\\_no6.pdf](https://www.fundacioncermimujeres.es/sites/default/files/generosidad_no6.pdf)

<sup>27</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2021:101:FIN#PP4Contents>

23. Poner fin a la esterilización forzosa de las mujeres y niñas con discapacidad<sup>28</sup>.

24. Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025<sup>29</sup>.

25. Conferencia sobre el Futuro de Europa<sup>30</sup>.

El repaso de los 25 años debe servir para reflexionar sobre los retos que tenemos para los próximos 25 años. Estas son algunas ideas para ese proceso de reflexión, a modo de conclusión.

### **25 retos para los próximos años**

1. Una agenda europea construida desde el enfoque de derechos, situando a la persona en el centro.

2. Una agenda europea marcada por el mandato de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, alineada con la Agenda de Desarrollo Sostenible 2030.

3. Una estrategia europea comprometida con los valores éticos.

4. El impulso permanente de las alianzas con compañeros de viaje clave. El Parlamento Europeo, la Comisión Europea, el Foro Europeo de la Discapacidad y sus entidades miembro, entre los más destacados.

5. El apoyo al fortalecimiento de espacios con intereses comunes, como el flanco mediterráneo, revitalizando la alianza entre los consejos de discapacidad del Sur de Europa.

6. El logro de una Europa que ofrece un espacio de inclusión laboral real para los casi 100 millones de personas con discapacidad.

7. El logro de una verdadera Europa sin barreras.

---

<sup>28</sup> Informe conjunto de la Fundación CERMI Mujeres y el Foro Europeo de la Discapacidad (EDF): [https://www.fundacioncermimujeres.es/sites/default/files/poner\\_fin\\_a\\_la\\_esterilizacion\\_forzosa\\_de\\_las\\_mujeres\\_y\\_ninas\\_con\\_discapacidad.pdf](https://www.fundacioncermimujeres.es/sites/default/files/poner_fin_a_la_esterilizacion_forzosa_de_las_mujeres_y_ninas_con_discapacidad.pdf).

<sup>29</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=ES>

<sup>30</sup> <https://futureu.europa.eu/?locale=es>

8. Una Europa que tiene presente a las familias de las personas con discapacidad como agentes de su inclusión social.
9. Una agenda europea que toma en consideración a las mujeres y las niñas con discapacidad, a las madres y las cuidadoras de personas con discapacidad.
10. Una Europa que da espacios de participación a la infancia y a la adolescencia con discapacidad.
11. Una Europa que apoya a las personas con discapacidad mayores.
12. Una juventud europea con esperanza y futuro.
13. Un pacto sobre Migración y Asilo con mirada de inclusión.
14. Una era digital desde la transformación social, que elimina cualquier elemento de brecha digital.
15. El impulso de una verdadera educación inclusiva y de calidad.
16. El logro de una Europa que reduce la tasa de pobreza de las personas con discapacidad.
17. Una firme defensa de la sostenibilidad desde lo social.
18. El logro de una Europa que combate la exclusión.
19. El impulso de un Tercer Sector de Acción Social Europeo fuerte.
20. El logro de una Europa que promueve la autonomía personal y la inclusión en la comunidad.
21. Un modelo de financiación construido desde la inclusión, que considera de forma preferente a los grupos sociales en mayor riesgo de exclusión.
22. Una nueva gobernanza en Europa que otorga mayor visibilidad a la discapacidad: la conversión del Intergrupo de Discapacidad del Parlamento Europeo en una Comisión Parlamentaria, un Consejo Europeo de la Discapacidad.



23. El sueño de una Europa que responde a las crisis sanitarias desde un enfoque inclusivo y tomando en consideración a las personas en mayor riesgo de exclusión.

24. Una estrategia presidida por la innovación social en discapacidad.

25. Una Europa Social, la Europa de las Personas, una esperanza compartida.  
Diciembre de 2021

**Rosa Estaràs Ferragut**

**Eurodiputada del Parlamento europeo por el Partido Popular Europeo (EPP)**

---

## **LA DISCAPACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA**

Desde la Unión Europea hemos avanzado en los últimos años en el desarrollo de políticas sociales y en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, allanando el camino para una Europa sin barreras en la que las personas con discapacidad puedan ejercer todos sus derechos y participar plenamente en la sociedad. La adopción en 2006 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>1</sup> marcó un hito en el establecimiento de unas normas mínimas para los derechos de este grupo social. Sin embargo, aún quedan muchos logros por conquistar. Está en nuestras manos conseguir que el modo de vida europeo levante por fin la bandera de la inclusión, la igualdad y la diversidad. En los próximos años todas nuestras acciones deberán estar encaminadas a alcanzar una sostenibilidad inclusiva y una digitalización social y accesible para todos dentro de las fronteras de la Unión Europea.

---

<sup>1</sup> La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CNUDPD) es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que establece normas mínimas para los derechos de las personas con discapacidad, y la primera convención de derechos humanos de la que la UE es parte. Para la UE, la Convención entró en vigor el 22 de enero de 2011 y todos los Estados miembros de la UE han firmado y ratificado la Convención. Además, 22 países de la UE también han firmado y ratificado su protocolo facultativo en enero de 2019.

Para continuar fortaleciéndose a sí misma y creciendo en valores, la Unión Europea ha querido desarrollar el pilar social de derechos sociales –proclamado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea en 2017–, el cual establece 20 principios y derechos clave que resultan esenciales para que los mercados de trabajo y los sistemas de protección social sean justos y funcionen correctamente. En particular, el principio 17 de dicho pilar subraya que las personas con discapacidad tienen derecho a una ayuda a la renta que garantice una vida digna, a servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades. La UE ha presentado, además, el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales que convierte los principios en acciones concretas, en beneficio de los ciudadanos, y propone varios objetivos principales a alcanzar de aquí a 2030.

El pilar europeo de derechos sociales sirve de guía para la creación de políticas sociales y de empleo, pero hacerlo realidad es una responsabilidad compartida de las instituciones de la UE, las autoridades nacionales, regionales y locales, los interlocutores sociales y la sociedad civil. Es decir, está en manos de todos continuar construyendo y fortaleciendo esta Europa de las personas.

## 1. LA NUEVA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE DISCAPACIDAD

En marzo de 2021, la Comisión Europea adoptó la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030, un desarrollo del plan europeo de derechos sociales. Esta Estrategia se basa en los resultados de la anterior Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, que abrió camino para crear una Europa en la que las personas con discapacidad disfruten de la igualdad plena de derechos, y refuerza las medidas y planes ya implementadas.

Con el nuevo desarrollo de esta estrategia la Unión Europea ha querido enseñar y fortalecer su alma social. Europa no es solamente una cuestión numérica o económica, Europa es mucho más que eso y tenemos que esforzarnos para que continúe siendo mucho más que eso.

A continuación, se describen y analizan las principales medidas que introduce la nueva Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad.

### 1.1. Una asignatura pendiente, la Tarjeta Europea de la Discapacidad

Los principios de libre circulación de personas, capitales y mercancías, y la implantación del *roaming* han roto las barreras digitales y de movimiento dentro de la

UE, sin embargo, continúa existiendo una barrera importante: la barrera de la discapacidad.

En este contexto cobra especial relevancia la Tarjeta Europea de la Discapacidad, que plantea, por primera vez, una homologación del estatus de discapacidad en la Unión Europea. La UE debe tener una definición común de discapacidad e implantar una tarjeta europea de discapacidad para el reconocimiento mutuo de ese estatus en todos los Estados miembros.

Hasta ahora existía solamente una tarjeta de aparcamiento para las personas con movilidad reducida –la Unión Europea dictó una Recomendación a los Estados miembros sobre la creación de una tarjeta en 1998– que permite a la persona con discapacidad aparcar sin ser multada en las zonas restringidas de todos los países y municipios, pero necesitamos también romper con esta barrera a la libertad de movimiento de las personas con discapacidad. Si una persona con discapacidad cambia de país de residencia dentro de las fronteras de la UE la valoración que han hecho en su Estado Miembro sobre su estatus de discapacidad debe poder acompañarla y no verse obligada a hacer frente a una nueva valoración bajo diferentes criterios.

En febrero de 2016 se puso en marcha una versión piloto de la tarjeta en ocho países de la UE<sup>2</sup> y los resultados han sido excepcionales. Durante el período 2019-2020, la Comisión Europea evaluó el proyecto, confirmó el valor añadido de la UE de la tarjeta y llegó a la conclusión de que los costes de aplicación por titular son bajos. Ahora tenemos que ser capaces de implantar este proyecto a los 27 EEMM para poner fin a este muro al que se enfrentan los ciudadanos europeos con discapacidad y estar más cerca de alcanzar una Europa libre de barreras.

## **1.2. Una vida independiente y autónoma para las personas con discapacidad**

La nueva Estrategia europea de discapacidad aborda de manera novedosa la cuestión de la vida independiente y autónoma de las personas con discapacidad. La Estrategia plantea la segregación de las personas con discapacidad, así como su desinstitucionalización con vistas a ejercer el derecho a una vida independiente plena y efectiva en la comunidad, mediante el desarrollo de servicios de proximidad que incluyan la monitorización de la salud, la digitalización de los apoyos para la autonomía personal y la figura de la asistencia personal.

---

<sup>2</sup> Bélgica, Chipre, Estonia, Finlandia, Italia, Malta, Rumanía y Eslovenia. Información extraída de: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1139&langId=es>

Se debe garantizar el derecho de las personas con discapacidad a elegir dónde, con quién y cómo vivir. Habrá ciudadanos que opten por la institucionalización, pero habrá muchos otros que decidan vivir de manera independiente y autónoma, y para hacer realidad esta libertad de elección se debe dotar de mayor presupuesto a las medidas de acompañamiento a la diversidad.

La Estrategia llega en un momento difícil, cuando la pandemia de la COVID-19 ha puesto en grave riesgo la supervivencia, la salud y la dignidad de las personas con discapacidad y ha demostrado la debilidad de los sistemas de protección e inclusión social. Por ello, es fundamental hacer de esta medida una prioridad en el desarrollo de la Estrategia: las personas con discapacidad deben contar con todas las posibilidades para lograr una vida independiente y que se garantice el derecho a la autonomía a lo largo de su ciclo vital.

### **1.3. Igualdad de acceso y no discriminación**

La propuesta de la Comisión Europea para esta Estrategia recoge que las personas con discapacidad tienen derecho a la protección frente a cualquier forma de discriminación y a la igualdad de oportunidades en materia de justicia, educación, cultura, vivienda, actividades recreativas, ocio, deporte y turismo, y en el acceso a estos y a los servicios sanitarios. Un alto porcentaje de personas con discapacidad denuncian que se sienten discriminados, y son muchos los que se encuentran con trabas a la hora de ejercer su derecho al acceso a la justicia, a la educación o a los servicios sanitarios, entre otros muchos campos.

En el marco de este objetivo, resulta especialmente interesante las medidas implantadas para la consecución de una educación accesible e inclusiva para las personas con discapacidad. Educación inclusiva significa crear y educar en valores, y hacer que, gracias a esa educación en común, el niño con discapacidad se incentive con el niño sin discapacidad, y que el niño sin discapacidad aprenda en valores con el niño con discapacidad. Sin embargo, desde mi propia experiencia personal puedo afirmar que, si bien la escuela inclusiva representa el modelo educativo ideal y perfecto, la sociedad en la que vivimos actualmente no es ideal ni perfecta, por lo que el objetivo final de la educación inclusiva es muy difícil de conseguir en la práctica. Hay que cambiar muchas cosas de la sociedad y continuar trabajando con la población más joven para que la educación inclusiva pueda ser una realidad.

Tanto alcanzar la igualdad de acceso a la asistencia sanitaria como a la justicia debe ser una prioridad. Actualmente las mamografías no son accesibles para las mujeres con movilidad reducida y las mujeres con discapacidad se enfrentan a grandes obstá-

culos a la hora de acceder a los tribunales, sobre todo si se tiene en cuenta que tienen un riesgo mucho más alto que el resto de las mujeres a sufrir violencia de género por parte de sus familiares y cuidadores. La mujer con discapacidad sufre un doble estigma, una doble discriminación, por un lado, la discapacidad y, por otro, el ser mujer. Por ello, debemos de situarla en el centro de nuestros avances legislativos, para así hacer frente a su discriminación. La Estrategia de Personas con Discapacidad dedica poco espacio a las mujeres, si bien es cierto que la Estrategia Europea de Igualdad 2025-2025<sup>3</sup> otorga a la mujer con discapacidad un papel relevante<sup>4</sup>.

En este sentido resulta especialmente relevante la propuesta de la Comisión a instar a los Estados miembros a permitir la adopción de la propuesta de la Comisión de la Directiva horizontal por la que se aplica el principio de igualdad de trato fuera del ámbito del empleo, en particular en el ámbito de la discapacidad. Actualmente, existe un vacío legal dentro de la Unión ya que no se garantiza la igualdad de trato de las personas con discapacidad fuera de este ámbito.

#### 1.4. Otras medidas

Son múltiples las medidas y propuestas que la Comisión Europea establece en su Estrategia. Además de las ya vistas resultan muy interesante las siguientes:

- Que en todos los proyectos que Europa lleve a cabo, independientemente de la institución, organismo, agencia o delegación que la ponga en práctica, se nombre a un coordinador en materia de discapacidad, de tal manera que la mirada de la discapacidad esté presente en todas las acciones que haga la UE.
- La creación de la Plataforma sobre discapacidad, que sustituye al actual Grupo de Alto Nivel en materia de discapacidad y promueve la implementación de la Estrategia Europea, así como de las estrategias nacionales relativas a la discapacidad. En ella participan los Estados miembros, las organizaciones no guber-

---

<sup>3</sup> Aprobada en marzo 2020, la Estrategia de Igualdad de Género de la UE cumple el compromiso de la Comisión von der Leyen de lograr una Unión de la Igualdad. La estrategia presenta objetivos políticos y acciones para avanzar significativamente de aquí a 2025 hacia una Europa con igualdad de género. El objetivo es una Unión en la que las mujeres y los hombres, las niñas y los niños, en toda su diversidad, sean libres de seguir el camino que hayan elegido en la vida, tengan las mismas oportunidades de prosperar y puedan participar en igualdad de condiciones en nuestra sociedad europea, llegando a dirigirla.

<sup>4</sup> Esta estrategia tiene en cuenta por primera vez la doble discriminación a la que se enfrentan las mujeres con discapacidad y que tienen más probabilidades de sufrir diversas formas de violencia. Hace mención también a la lucha contra prácticas como la esterilización y los abortos coercitivos y a la necesidad de tomar medidas al respecto para proteger a las mujeres con discapacidad, facilitándoles el acceso a la justicia.

namentales y asociaciones de personas con discapacidad y la Comisión Europea. De esta manera se lleva a cabo un seguimiento constante de la Estrategia y se reflejan los logros, fracasos, y los futuros focos de actuación y mejora en materia de accesibilidad e inclusividad.

## 2. OTRAS INICIATIVAS RELEVANTES A NIVEL EUROPEO

Como se indicaba al inicio de este análisis, la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 allanó el camino en la incansable lucha por lograr una Europa sin barreras. En materia de accesibilidad ha sido especialmente relevante la aprobación del Tratado de Marrakech y el Acta Europea de Accesibilidad.

Tras mucho trabajo se aprobó en 2013 el Tratado de Marrakech<sup>5</sup>, un acuerdo internacional en materia de derechos de autor y derechos humanos impulsado por la Unión Mundial de Ciegos y negociado dentro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, para facilitar la lectura a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. La aprobación del Tratado abrió la posibilidad de poder conseguir libros en formato accesible en toda Europa, intentando hacer frente a la “hambruna de libros” que padecen miles de ciudadanos ciegos o con discapacidad visual que no pueden acceder a obras publicadas porque no están disponibles en formatos accesibles.

Fruto de la Estrategia 2010-2020 también se aprobó el Acta Europea de Accesibilidad<sup>6</sup> donde se incluye una definición común para toda la Unión de los requisitos de accesibilidad de determinados productos y servicios en el mercado interior, así como su marco de aplicación. Tras un proceso de negociación complejo y difícil entre las diferentes Comisiones responsables del Parlamento Europeo –la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales (EMPL) y la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo (IMCO)– se ha obtenido una directiva que beneficia a los ciudadanos europeos desde una doble perspectiva. Por un lado, las empresas se verán favorecidas por unas normas comunes de accesibilidad en la UE que permitirán reducir los costes, facilitar el comercio transfronterizo y otorgarán más oportunidades de mercado para sus productos y servicios accesibles. Por otro lado, las personas con discapacidad y las personas mayores se beneficiarán de más productos y servicios ac-

---

<sup>5</sup> El Tratado de Marrakech ha sido incorporado al Derecho de la UE por medio de la Directiva (UE) 2017/1564 y el Reglamento (UE) 2017/1563.

<sup>6</sup> El 13 de marzo el Parlamento Europeo aprobó con una amplia mayoría el texto final de la primera Directiva europea sobre accesibilidad universal.

cesibles en el mercado y a precios más competitivos, menos barreras para acceder al transporte, la educación y el mercado laboral y más puestos de trabajo en los que se necesiten conocimientos de accesibilidad.

El Acta Europea de Accesibilidad ha sido un paso significativo a escala europea en la incansable batalla hacia la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, y ha tenido, y tendrá, un impacto muy positivo sobre miles de ciudadanos. Sin embargo, muchos elementos cruciales se quedaron en el camino de las negociaciones y no alcanzaron el texto final por la falta de ambición de los gobiernos nacionales –el Parlamento Europeo quiso incluir en esta directiva la accesibilidad dentro del mercado turístico, pero la propuesta fue eliminada por el Consejo, por ejemplo–. Desde una crítica general hay varios puntos a modificar de cara al futuro, el Acta no recoge el sector turístico ni la totalidad del sector de transportes, la lista de productos y servicios que es obligatorio hacer accesibles resulta demasiado corta y la directiva permite a las microempresas que puedan seguir elaborando productos que no sean accesibles.

En el marco de las nuevas estrategias de la Unión Europea, se debe hacer hincapié en incluir la perspectiva de la discapacidad dentro de las políticas de sostenibilidad y cambio climático del Pacto Verde Europeo. La discapacidad tiene que ser parte en esta nueva Europa sostenible del futuro.

La lucha contra el cambio climático se debe enfocar en clave social y de inclusión hacia la discapacidad, teniendo presente que muchos factores generan una mayor vulnerabilidad cuando recaen sobre el colectivo de las personas con discapacidad, como la pobreza y vulnerabilidad energética en los hogares; el acceso a agua potable, energía y a una vivienda con condiciones de salubridad y accesibilidad; o el alto coste de los productos ecológicos; entre otros. Una transición justa, con su enfoque inherente a la inclusión social y la erradicación de la pobreza, representa una oportunidad única para continuar construyendo una Unión Europea para las personas. Para ello es esencial incorporar la accesibilidad universal en todas las actuaciones, contribuir a la creación de trabajo digno y empleos verdes e incluir a todos los colectivos más vulnerables en el diseño de las nuevas medidas y estrategias.

Al mismo tiempo, la transformación tecnológica que afronta Europa marcará un antes y un después en el contexto laboral. Se estima que la digitalización potenciará el desarrollo y generará más de 1 millón de nuevos empleos en España, vinculados con las habilidades STEM. Los nuevos puestos de empleo post pandemia requerirán digitalización e innovación y, de nuevo, se deberá potencia una transformación digital social. Es esencial la alfabetización digital de toda la población, en esta Europa avanzada, innovadora y sostenible es necesario que estemos todos y que se haga frente a la brecha



digital. Este contexto puede convertirse en un gran aliado para las personas con discapacidad al facilitar su integración social mediante el desarrollo de dispositivos, aplicaciones e innovaciones técnicas que permitan su movilidad, acceso a nuevos empleos y conciliación. Para ello, debemos implantar medidas y estrategias desde la perspectiva de la inclusión y promover la formación en la adquisición de competencias digitales para personas con discapacidad. En suma, la digitalización de Europa debe ser social e inclusiva, sin dejar nadie atrás.

Actualmente se está debatiendo en el Consejo Europeo una propuesta de directiva sobre el salario mínimo europeo. La base jurídica para implementar esta propuesta no es todavía clara, por lo que será complicado que salga adelante, pero el proyecto actual pretende establecer unos requisitos mínimos para garantizar un ingreso mínimo que dé a los trabajadores y sus familias un nivel de vida digno, beneficiando especialmente al colectivo de las personas con discapacidad. La Organización Internacional del Trabajo denuncia que las personas con discapacidad, y en particular las mujeres, se ven confrontadas a enormes barreras de actitud y a obstáculos físicos y de información en cuanto al ejercicio de la igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo. En comparación con el resto de la población las personas que sufren discapacidad experimentan mayores tasas de desempleo y corren un mayor riesgo de tener una protección social insuficiente<sup>7</sup>.

Aunque aún quede mucho por hacer, debemos dejar constancia de que ya caminamos hacia una Europa más igualitaria, prueba de ello es que la asignación de Fondos Estructurales y de Inversión (FEI)<sup>8</sup> está sujeta al principio de accesibilidad y de igualdad de género. Desde 2006 no existe ningún fondo europeo que establezca proyectos que no incluyan la accesibilidad para las personas con discapacidad<sup>9</sup>. Los FEI se han de gestionar en todos los Estados Miembro siguiendo unos objetivos políticos transversales, entre los que se encuentra la accesibilidad, y unos principios horizontales, donde se enmarca la promoción de la igualdad de género y la no discriminación.

---

<sup>7</sup> Información disponible en:

[https://www.ilo.org/global/topics/wages/minimum-wages/rates/WCMS\\_535661/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/wages/minimum-wages/rates/WCMS_535661/lang--es/index.htm) (última visita el 24 de febrero de 2022).

<sup>8</sup> Los Fondos Estructurales y de Inversión (FEI) son los instrumentos económicos con los que cuenta la Unión Europea para reforzar su cohesión económica y social.

<sup>9</sup> En el año 2006 se estableció por primera vez dentro de los criterios para la asignación los Fondos Estructurales y de Inversión de la Unión Europea, una referencia específica a la accesibilidad para las personas con discapacidad, como requisito obligatorio para utilizar Fondos Estructurales Europeos.

La Unión Europea se creó estableciendo como base la paz y la ayuda mutua, para que los europeos dejáramos de solventar nuestros conflictos de manera violenta e individual y los derechos humanos estuviesen garantizados para todos. Desde entonces se ha construido una Europa social sin barreras, accesible, inclusiva y sostenible donde el centro de toda actuación son las personas. Si bien queda mucho por conseguir, se puede afirmar que a día de hoy son múltiples los logros que la UE ha conseguido en las últimas décadas para mejorar la vida de las personas con discapacidad.



**José Antonio Montilla Martos**  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Granada



## **LA REFORMA DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN**

### **1. EL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

1. La referencia a las personas con discapacidad en el artículo 49 de la Constitución supuso una importante novedad desde la perspectiva del Derecho Comparado. Sitúo a España en la vanguardia de la protección de este sector al establecer un mandato a los poderes públicos para que presten una atención especializada y un especial amparo en el disfrute de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución. En la Constitución italiana encontramos una referencia pionera a algunos derechos de las personas con discapacidad y a las obligaciones de los poderes públicos para su atención (art. 38). Pero es en la Constitución portuguesa donde existe un precepto similar (art. 71) en el que, con una estructura más sistemática, se refiere en el primer apartado al goce de los derechos y el cumplimiento de los deberes mientras que en el segundo los presenta como destinatarios de políticas públicas de protección. En la reforma constitucional de 1989 se introdujo un tercer apartado en el que se indica expresamente que el Estado apoya a las organizaciones de este grupo social.

Pero, más allá del constitucionalismo comparado, se advierte la influencia de los textos internacionales de derechos, en concreto de la Carta Social Europea que en su artículo 15 se refiere a los derechos de estas personas “a la formación profesional y a la readaptación profesional y social” o de diversas Declaraciones de Naciones Unidas.

2. La característica definitoria del actual artículo 49 es que no destaca su dimensión subjetiva, como titulares de derechos, sino, fundamentalmente, la dimensión objetiva en cuanto impone a los poderes públicos la realización de políticas de “previsión, tratamiento, rehabilitación e integración” a través de la “atención especializada que requieran” las personas con discapacidad. Son presentadas, por tanto, como destinatarias pasivas de dichas políticas. Sólo en el último inciso del artículo se indica que los poderes públicos las “amparán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Esta dimensión subjetiva aparece postergada en relación con la objetiva, aunque se incluye ya la idea de un amparo “especial”, abriendo la posibilidad de medidas de acción positiva, con un carácter general, esto es, sin precisar ámbitos concretos en los que se desarrolla (J. Gálvez, 1985, 842). Pero lo definitorio es que incluso ese amparo “especial” para el disfrute de los derechos se vincula, en la redacción actual, a la realización de las políticas públicas médico-rehabilitadoras.
  
3. A partir de esta previsión constitucional se ha desarrollado una importante actividad legislativa de protección de las personas con discapacidad. Basta recordar la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, 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, o la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. En cualquier caso, para la protección de las personas con discapacidad en el disfrute de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes han tenido una especial relevancia los tratados internacionales sobre esta cuestión ratificados por España. En concreto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008. Como señala la exposición de motivos del proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución, “esta Convención contiene un amplio reconocimiento de los derechos de estas personas y articula mecanismos para promoverlos y protegerlos de forma integral, con el objetivo de paliar su desventaja social. Además, establece los cauces para asegurar su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural”. Es evidente que ese tratado internacional forma parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud del art. 96 CE. Ello ha obligado a adaptar nuestra legislación al contenido de la Convención. En concreto, esa adaptación ha sido efectuada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y

por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Además, el Convenio, como tratado internacional referido a derechos, habilita para interpretar el artículo 49 CE en su dimensión subjetiva. Es sabido que estaba vivo el debate sobre si la apertura al Derecho internacional en la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, derivada del 10.2 CE, alcanza al capítulo III del Título I (principios rectores de la política social y económica) o solamente al capítulo II, ante el silencio que ha mantenido el Tribunal Constitucional durante mucho tiempo sobre este punto. La doctrina, por el contrario, se había decantado por la inclusión del Capítulo III en el ámbito de aplicación del art. 10.2 en virtud de una interpretación sistemática del Título I (A. Saiz Arnáiz, 1999, 73-76). Ciertamente, el Tribunal Constitucional había utilizado en diversas ocasiones los textos internacionales para interpretar precisamente este artículo 49 CE (SSTCC 215/1994 y 199/1996) pero, seguramente, la STC 51/2021/3 ha cerrado definitivamente el debate al destacar la “especial relevancia exegética” de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. También el artículo 49 CE y, en concreto, los derechos y deberes de las personas con discapacidad tienen que ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por España.

4. Se ha producido, por tanto, una “lectura renovada” del art. 49 (M. Rodríguez-Piñero, 2008, 1408), fundamentalmente como consecuencia de la incidencia interpretativa de los tratados internacionales, por la actuación de la Unión Europea en ese ámbito y por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha reconocido en una reiterada doctrina la titularidad y el ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad para que la libertad e igualdad de los miembros de ese colectivo sean reales y efectivas (STC 18/2017). Sin embargo, eso no impide reconocer la pervivencia de unas deficiencias de origen en el artículo 49 CE que resulta urgente superar. En concreto, destacan dos: la forma de atender a las necesidades de las personas con discapacidad a partir de una concepción médico-rehabilitadora y la utilización de términos que en la actualidad se encuentran completamente en desuso y pueden considerarse incluso humillantes para este grupo social.
5. En efecto, en el primer sentido, como se ha dicho, se presenta a las personas con discapacidad como destinatarias de políticas públicas para su “prevención, tratamiento, rehabilitación e integración”, para lo que se prestará “la atención especializada que requieran”. Son objeto de una actuación de esa naturaleza, ante la que carecen de capacidad de elección y preferencia. Se trata, en defini-

tiva, desde esa concepción, de enfermos a los que los poderes públicos deben prestar una atención especializada. Incluso el disfrute de derechos que el Título I de la Constitución reconoce a toda la ciudadanía se vincula al despliegue de esas políticas públicas pues en el marco de éstas es en el que se les “amparán especialmente”.

6. En segundo lugar, las personas con discapacidad son presentadas en la Constitución como “disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos”. En la actualidad, resulta inaceptable esa terminología que, ciertamente, en 1978 no resultaba extraña. Era la expresión utilizada en los textos internacionales de la época como la Declaración de la ONU de derechos del deficiente mental (1971) o la Declaración de derechos de los minusválidos (1975). En cualquier caso, procede recordar que la Constitución portuguesa de 1976 se refería a estas personas como “ciudadanos física o mentalmente deficientes”, esto es, parte de su condición de ciudadanía. Pero incluso luego, en la reforma de 1997, se modifica esa expresión por la de ciudadanos “portadores de deficiencia”, esto es, dejando claro que son personas con alguna discapacidad. Por ello, es imprescindible adaptar la Constitución española al lenguaje que en la actualidad utilizan los textos internacionales y nuestra legislación en la materia. Primero para presentarlas como personas y, luego, en segundo lugar, para destacar que esas personas no son “disminuidas” sino que tienen una concreta discapacidad.
7. Es lógico imaginar que, desde los primeros años del siglo XXI, la sociedad civil organizada que representa a las personas con discapacidad ha defendido la modificación del art. 49 CE para adaptarlo a la nueva realidad normativa que se había configurado fundamentalmente en el ámbito internacional con influencia, lógicamente, también en el interno. La realidad constitucional se ha modificado, en virtud de los tratados internacionales suscritos por España, de la legislación estatal y autonómica y de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional pero la norma constitucional continúa siendo la misma.

La norma constitucional debe acomodarse a esa evolución pues el alejamiento entre realidad y norma constitucional afecta a la normatividad de la Constitución. Si no se produce esa adaptación, la Constitución se convierte en un texto venerado pero sin capacidad para regular la organización política de la sociedad ni para mostrar a la ciudadanía el marco de convivencia.

## 2. LA TRAMITACIÓN DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 49

8. La reforma del art. 49 CE debe hacerse a través del procedimiento ordinario de reforma constitucional previsto en el artículo 167 CE. La Constitución prevé dos procedimientos de reforma: uno más rígido, regulado en el artículo 168, y otro más flexible, el del art. 167 CE. Se ha de seguir el procedimiento del artículo 168 para la reforma del Título Preliminar, de la sección primera del capítulo segundo del Título I o del Título II y el procedimiento del artículo 167 para todo lo demás. Se ha dicho a menudo que el procedimiento de reforma del artículo 168 es un procedimiento para impedir la reforma, más que un procedimiento de reforma en cuanto, más allá de las mayorías requeridas, conlleva la disolución de las Cortes y dos convocatorias a las urnas. Pero cuando la Constitución no dice expresamente que deba seguirse el procedimiento agravado de reforma del artículo 168 CE, habrá que seguirse el procedimiento ordinario del artículo 167 CE (DTC 1/1992). En puridad, el procedimiento previsto en el artículo 167 CE es bastante simple. La reforma se tramita conforme a las normas establecidas en los reglamentos parlamentarios para cualquier otro proyecto o proposición de ley. La diferencia es que el texto debe someterse a una votación final que requerirá el voto favorable de los tres quintos de los miembros de cada una de las cámaras. De no haber acuerdo entre el Congreso y el Senado se intentará obtenerlo por medio de una Comisión Mixta paritaria. Si ésta llegase a un acuerdo, el texto resultante será sometido a votación en la que deberá obtenerse en ambas cámaras la mayoría de tres quintos. Y, de no lograrse la aprobación mediante dicho procedimiento, y siempre que el texto hubiera obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma. Finalmente, aprobada la reforma por las Cortes Generales, podrá ser sometida a referéndum para su ratificación si lo solicita una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras (art. 167 CE, art. 146 RCD, arts. 154-157 RS). En definitiva, al igual que la ley ordinaria se aprueba por mayoría simple y la ley orgánica por mayoría absoluta, la reforma constitucional del art. 167 CE requiere una mayoría más cualificada de tres quintos. Se cumple así, de forma razonable, el doble compromiso de garantizar una cierta estabilidad del texto constitucional, al exigir un consenso amplio, pero permitir también la introducción de cambios, sin excesiva dificultad, en aquellos aspectos en los que una amplia mayoría lo considere necesario.
9. En el supuesto concreto de la reforma del artículo 49 CE, las organizaciones de la sociedad civil representativas del sector lo venían reclamando desde hace muchos años, como hemos indicado. No obstante, el impulso se produjo cuando el debate llegó a las Cortes Generales de la XII legislatura, en concreto a la Co-



misión para las Políticas Integrales de la Discapacidad que existía en esa legislatura. Allí, tras distintas reuniones de la Comisión y la celebración de comparencias tanto de expertos como de representantes de las organizaciones de las personas con discapacidad se elaboró un texto de reforma del artículo 49 CE, consensuado por todos los grupos parlamentarios que formaban parte de dicha Comisión. Dicho texto fue remitido a través de una carta a la Vicepresidente primera del Gobierno, Carmen Calvo, por parte del Presidente de dicha Comisión, Jordi Xuclá. En dicha carta se le hacía llegar la propuesta de la Comisión de Políticas Integrales de la Discapacidad y se le solicitaba la tramitación de la reforma por parte del Gobierno. A partir de esa propuesta, y tras diversas reuniones con las organizaciones representativas del sector y la celebración de encuentros académicos en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, el Gobierno elaboró el texto de la reforma constitucional del artículo 49 CE.

10. El inicio de la tramitación de la reforma constitucional se produce, por tanto, en la XII legislatura con la aprobación en Consejo de Ministros, en primera vuelta, de un Anteproyecto de ley de reforma constitucional. Puede cuestionarse que la iniciativa procediera del Gobierno y no de los grupos parlamentarios. Su origen en los grupos parlamentarios tiene la ventaja de su mayor pluralidad e incluso su tramitación más rápida, pues se evita la fase gubernamental de tramitación. Sin embargo, deben tenerse en cuenta dos aspectos. Por un lado, aunque el texto fuera finalmente elaborado por el Gobierno, su origen está, como hemos visto, en los trabajos de la Comisión parlamentaria, que había sido capaz de consensuar una propuesta y la había remitido al Gobierno. Además, por otro lado, si hubiera sido una proposición de reforma constitucional con origen en los grupos parlamentarios, y no un proyecto de ley del Gobierno, se hubiera soslayado la intervención del Consejo de Estado, que siempre resulta relevante en un proceso de reforma constitucional. Según la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el Gobierno puede encomendar al Consejo de Estado la elaboración de una propuesta de reforma constitucional, o de cualquier otro texto legislativo. Será elaborada por la Comisión de Estudios y aprobada por el Pleno del Consejo de Estado (art. 23 LOCE). Pero, en el supuesto de que no se le encargue sino que sea elaborada desde el mismo Gobierno tendrá, en todo caso, que ser consultado y emitir el correspondiente Dictamen preceptivo, aunque no vinculante (art. 21 LOCE). En el caso que nos ocupa, el texto no había tenido su origen en el Consejo de Estado, como hemos visto, sino que su intervención va a ser consultiva. Lo que pretendemos destacar ahora es que esa intervención no se hubiera producido si en lugar de un proyecto de reforma constitucional hubiera sido una proposición de reforma presentada por los grupos parlamentarios.

11. Poco después de aprobarse el texto de la reforma constitucional en Consejo de Ministros se produjo la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria de elecciones generales. La XIII Legislatura no pudo desarrollarse al no culminarse la investidura de persona candidata a la Presidencia del Gobierno sino la disolución automática prevista en el art. 99.5 CE. Luego, al iniciarse la XIV legislatura, en enero de 2020, podía reanudarse el proceso. Sin embargo, como es conocido, el 14 de marzo se declaró el Estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, lo que impide iniciar cualquier procedimiento de reforma constitucional, según el art. 169 CE. Hubo que esperar, por tanto, a mayo de 2021 para que, una vez decaído el nuevo estado de alarma, que había sido declarado por el RD 926/2020, de 20 de octubre, el Gobierno pudiera aprobar definitivamente el proyecto de ley de reforma constitucional en Consejo de Ministros y fuera remitido al Congreso.
12. El texto de reforma del artículo 49 CE, finalmente aprobado en Consejo de Ministros en segunda vuelta por el Gobierno el 11 de mayo de 2021 y remitido al Congreso, no es el texto inicial sino que incluye algunos cambios derivados del Dictamen del Consejo de Estado 1030/2018, de 28 de febrero de 2019.
13. En el Congreso, una vez calificado el proyecto de reforma por la Mesa y abierto el plazo de enmiendas, se presentaron dos enmiendas a la totalidad de devolución por los grupos parlamentarios Popular y Vox. Ambas enmiendas fueron debatidas en la sesión plenaria de 30 de septiembre de 2021 y rechazadas por una amplísima mayoría del Pleno. La devolución del texto al Gobierno sólo había contado con el apoyo de 142 miembros del Congreso mientras que tuvo el rechazo de 205, con 2 abstenciones, esto es, apenas faltaban 5 diputados para llegar a los tres quintos que requiere la aprobación de la reforma.
14. En este momento, el proyecto de ley de reforma constitucional se encuentra en la Comisión Constitucional del Congreso. Se ha ampliado en 18 ocasiones el plazo de presentación de enmiendas al articulado. Su futuro es, ciertamente incierto pues es necesario que al menos el PP se incorpore al acuerdo político para conseguir los tres quintos exigidos por el artículo 167 CE. Esa es la parte negativa de la situación actual de la tramitación de la reforma. La positiva es que no hay argumentos de fondo en contra de la reforma constitucional. Si atendemos a la presentación de las enmiendas de totalidad por sus proponentes los argumentos no se adentraban en el contenido del proyecto de ley de reforma constitucional. Vox aducía la falta de “legitimación moral” del Congreso para abordar la reforma constitucional”. Ante ello poco se puede comentar pues es una argumentación al margen del Derecho constitucional, e incluso al margen

de la política. En el caso del PP, los argumentos utilizados por su portavoz parlamentaria, Gamarra, en la presentación de la enmienda a la totalidad, son tres. En primer lugar, la inoportunidad de “abrir el melón” de la reforma constitucional. Sin embargo, no se trata de abrir un proceso de reformas constitucionales sino de aprobar una reforma precisa y acotada. Sería inoportuno, en efecto, mezclar esta reforma con otras que puedan plantear los distintos grupos parlamentarios. Sin embargo, no hay riesgo alguno de extensión pues basta con rechazar las enmiendas que algún grupo parlamentario pudiera presentar cuando fueran ajenas al objeto de esta reforma. En segundo lugar, se aduce que el Consejo de Estado se ha opuesto a la reforma. Basta leer el Dictamen 1083/2020, del Consejo de Estado, al que haremos reiterada referencia en estas páginas, para comprobar que el “supremo órgano consultivo del Gobierno” (art. 107 CE) no se opone a la reforma. El Consejo de Estado hace recomendaciones y advertencias sobre el contenido de la reforma. Algunas se han incluido en el texto remitido finalmente al Congreso como proyecto de ley de reforma constitucional y otras, incluso, pueden ser objeto de debate durante la tramitación parlamentaria y en la negociación que el Grupo Parlamentario Popular pueda entablar con la mayoría parlamentaria gubernamental. Finalmente, en tercer lugar, se aduce que la reforma hubiera debido tener su origen en los grupos parlamentarios y no en el Gobierno. Sin embargo, como se ha dicho, en puridad el origen está en la propuesta consensuada por los grupos parlamentarios en la Comisión de Políticas Integrales de la Discapacidad durante la XII legislatura. Pero, además, este argumento es contradictorio con el anterior, pues, como también se ha indicado, si hubiera sido una proposición de reforma, y no un proyecto, no hubiera contado con el Dictamen del Consejo de Estado. Por ello, dado que no existen argumentos de fondo para oponerse a la reforma, podemos pensar que el acuerdo es, no sólo deseable, sino posible.

### 3. EL CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL ARTÍCULO 49 CE

#### 3.1. Objetivos de la reforma

15. Los objetivos de la reforma se pueden sintetizar en tres, a los que ya nos hemos referido. En primer lugar, eliminar una terminología que, aun siendo habitual en el tiempo en el que se aprobó la Constitución, en la actualidad se encuentra en desuso por resultar peyorativa e incluso denigrante. Se opta por la expresión “persona con discapacidad” por ser la más utilizada en la actualidad y la que encontramos en los textos internacionales más recientes. De manera más reciente se utilizan otras expresiones como “personas con diversidad funcional”.

Sin embargo, se entiende que la expresión “personas con discapacidad” permite abordar la situación de las personas con discapacidad desde una perspectiva social.

16. En segundo lugar, se pretende superar también la visión médico-rehabilitadora, con la que se trata a las personas con discapacidad en cuanto destinatarias de las políticas públicas de “previsión”, “tratamiento” o “rehabilitación”. En este sentido, el texto propuesto, más allá de presentarlas como titulares de derechos, destaca la plena autonomía personal y la inclusión social como objetivos que deben orientar la actuación de los poderes públicos en relación a las personas con discapacidad, respetando su libertad de elección y preferencia, con la participación de las organizaciones representativas y atendiendo particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.
  
17. El tercer objetivo de la reforma es el cambio en la forma de dirigirse desde la Constitución a las personas con discapacidad. En la actualidad, se nos presentan como destinatarias de políticas públicas, y sólo a partir de esa dimensión objetiva se dice que serán amparadas “especialmente” en el ejercicio de los derechos que el Título I de la Constitución reconoce a la ciudadanía. En el proyecto de ley de reforma constitucional que se tramita en el Congreso se pretende empezar el tratamiento de las personas con discapacidad por el reconocimiento de que son titulares de derechos en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva. Como se indica en la exposición de motivos, “a partir de ahora, el protagonismo se centra en los titulares de los derechos”. Las personas con discapacidad no pueden ser meras destinatarias de políticas públicas pues su protección es, esencialmente, un asunto de derechos humanos. Por ello, tienen que ser presentadas como sujetos de tales derechos y no como meros objetos de políticas sociales (M. Rodríguez-Piñero, 2008, 1406). Así resulta de los tratados internacionales suscritos por España, de la legislación sectorial y de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por tanto, es necesario que también se refleje de este modo en la Constitución.
  
18. A partir de estas premisas, se plantea una disposición constitucional completamente renovada, con una estructura de 4 apartados que expresan dimensiones diferentes de la protección de las personas con discapacidad: a) La titularidad de derechos parte de las personas con discapacidad; b) Las personas con discapacidad como destinatarias de políticas públicas; c) La especial protección de las personas con discapacidad a través de las medidas de acción positiva; d) La protección internacional de la gozan las personas con discapacidad.

### **3.2. La dimensión subjetiva. La titularidad de derechos por las personas con discapacidad en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas**

19. En su primer apartado, el proyecto de reforma constitucional indica que las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.
20. Empieza, por tanto, con la dimensión subjetiva, al igual que hace la Constitución portuguesa, superando el enfoque del actual artículo 49 CE que está centrado en las obligaciones para los poderes públicos en relación con este colectivo. Establece un reconocimiento formal de la titularidad de todos los derechos y deberes del Título I por parte de las personas con discapacidad. Lo relevante en este punto es que el ejercicio de estos derechos se produce “en condiciones de igualdad real y efectiva”, esto es, se introduce de manera expresa la fórmula del art. 9.2 CE. En puridad, ya lo había hecho el Tribunal Constitucional al sustentar en dicho artículo, en conexión con el 49 CE, las medidas de acción positiva para procurar la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad (STC 3/2018). Pero el constituyente-constituido pretende avanzar un paso más. Tras señalar que son titulares de derechos en condiciones de igualdad real y efectiva indica que “no puede producirse discriminación”. Al plantearlo de forma sucesiva al reconocimiento expreso de la igualdad material, puede interpretarse que la discriminación podría derivar también de un trato igual, esto es, de un trato que no garantice la igualdad real y efectiva, en cuanto el parámetro para enjuiciar una hipotética discriminación no es la igualdad formal sino la igualdad material. En definitiva, está impeliendo la adopción de medidas de acción positiva para que no se produzca discriminación.
21. El Consejo de Estado ha cuestionado que el artículo 49 CE se refiera a la titularidad de derechos y deberes de las personas con discapacidad y sugiere modificar la redacción para referir su contenido al ejercicio de tales derechos. Según su interpretación, la mención a la titularidad parece sugerir que sin ella las personas con discapacidad no serían titulares de derechos y deberes y, por otro lado, considera que al ubicarse en el capítulo III del Título I no es el lugar adecuado para el reconocimiento de la titularidad de derechos. Sin embargo, las prevenciones parecen infundadas. La finalidad del artículo 49 CE no es obviamente reconocer derechos que ya tienen las personas con discapacidad por el hecho de ser personas sino, por un lado, situar en el frontispicio del precepto constitucional dedicado a este sector su condición de titulares de derechos, antes

que el de destinatarias de políticas públicas, y, por otro lado, destacar que son titulares en condiciones de igualdad real y efectiva, esto es, que, en este supuesto, la igualdad material es consustancial a la titularidad del derecho, y no sólo a su ejercicio.

### **3.3. La dimensión objetiva. Las personas con discapacidad como destinatarias de políticas públicas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social**

22. Tras la referencia a la titularidad, el apartado segundo contiene la dimensión objetiva que, obviamente, continúa siendo relevante en cuanto las personas con discapacidad son destinatarias de políticas públicas. No obstante, han desaparecido las referencias a la “previsión, tratamiento, rehabilitación e integración”, sustituidas por la plena autonomía personal y la inclusión social como objetivos de dichas políticas, y de las medidas de acción positiva a ellas aparejadas. La autonomía personal es la dimensión individual que tiene su correlativo colectivo en la inclusión social.
23. El objetivo de la plena autonomía personal resulta completado con el reconocimiento expreso de la libertad de elección y preferencia, como refuerzo de la perspectiva subjetiva de libertad. Es importante destacar la trascendencia de esta afirmación. Supone superar un modelo protector y tuitivo para situarnos en otro en el que la persona con discapacidad es el centro de las políticas que se adopten, de forma que “en todo momento pueda decidir acerca de la intensidad de las medidas de acción positiva emprendidas por los poderes públicos”, como indica la exposición de motivos del proyecto de ley de reforma constitucional.
24. Además, las políticas públicas referidas a las personas con discapacidad “serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad, en los términos que establezcan las leyes”. Esta referencia constitucional a las organizaciones representativas del sector la encontramos también en la Constitución portuguesa tras su reforma de 1989, como hemos señalado, y es un mandato contenido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ahora se pretende su incorporación a la Constitución española. No es necesario insistir en la importancia que tienen estas organizaciones para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Constitución y las leyes. El reconocimiento constitucional las legitima para participar en la elaboración de medidas normativas y políticas de acción positiva.

25. El Consejo de Estado, en su Dictamen 1083/2018, había cuestionado la redacción inicial de este apartado, en el que aparecía una directa mención constitucional a la participación de las organizaciones representativas, sin la intermediación del legislador. Recuerda el Consejo que en el único caso en el que la Constitución ha mencionado a las organizaciones sectoriales, las de consumidores y usuarios, ha remitido a las “términos que la ley establezca” (art. 51 CE), como también hace el artículo 105 cuando se refiere a la audiencia a la ciudadanía en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, “directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley”. También considera que si no se incluye la remisión legislativa se estaría elevando a rango constitucional esta cuestión, de forma que la falta o la instrumentación inadecuada de esa participación se convertiría en un problema de constitucionalidad. Como consecuencia de ello, el anteproyecto de reforma constitucional fue modificado para incluir la intermediación legislativa. En definitiva, esa participación de las organizaciones del sector se hará “en los términos que establezcan las leyes”.
26. Finalmente, se refiere este apartado a las necesidades específicas de mujeres y niñas con discapacidad. El motivo que justifica esta mención específica es la doble vulnerabilidad y la discriminación múltiple que padecen las mujeres y niñas con discapacidad pues junto a la derivada del sexo se añade la vinculada a la limitación de su autonomía personal.

### **3.4. La constitucionalización de las medidas de acción positiva. La especial protección de las personas con discapacidad**

27. El tercer apartado del proyectado artículo 49 CE dice, de forma taxativa, que “se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes”. Se pretende constitucionalizar con ello las medidas de acción positiva, que ya habían quedado habilitadas en el primer apartado al garantizar la titularidad de los derechos del Título I en condiciones de igualdad real y efectiva. Debe recordarse que en la redacción actual del art. 49 se dice que los poderes públicos ampararán “especialmente” el disfrute de los derechos del Título I por las personas con discapacidad. También el Tribunal Constitucional ha destacado que “el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, derivada de lo dispuesto en el ya mencionado artículo 49 de la Constitución, en aras de proteger el interés de (este colectivo al que) los poderes públicos ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos” (STC 208/2013/6).

28. El Consejo de Estado había cuestionado también la redacción de este apartado en el texto que le fue remitido por el Gobierno. Se utilizaba entonces la expresión “protección reforzada” que, a juicio del Consejo, era un concepto jurídico indeterminado, necesitado de una interpretación que puede ser polémica y, con ello, distorsionar e incluso dificultar la finalidad pretendida de eficacia y garantía en la defensa de las personas con discapacidad. En ese sentido, aconsejaba sustituir la expresión por la de “especial protección” o eliminar “reforzada”. El motivo de proponer la utilización de la expresión “especial protección”, aunque no lo diga el Consejo, es que ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias. Ello ha provocado una modificación en el proyecto remitido al Congreso en los términos solicitados por el Consejo de Estado. También había cuestionado el Consejo de Estado que esta referencia a la “especial protección”, en definitiva, la constitucionalización de las medidas de acción positiva en relación a las personas con discapacidad se presente separada del párrafo primero, en el que se establecía la titularidad de los derechos en condiciones de igualdad real y efectiva, lo que habilita, obviamente, dichas medidas de acción positiva. Sostiene, en este sentido, la conveniencia de refundir ambos apartados. En verdad, al dedicarle un apartado separado se quiere destacar precisamente la autonomía de ese mandato. Sin embargo, si atendemos únicamente al criterio de la más adecuada sistemática constitucional, tiene razón el Consejo de Estado en su observación.

### **3.5. La protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España**

29. Finalmente, el cuarto apartado del nuevo artículo 49 CE incluido en el proyecto de ley de reforma constitucional indica que “las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos”. Se trata de garantizar el nivel mínimo de protección establecido en los tratados internacionales, sin perjuicio de que dicha protección pueda ser ampliada por el legislador nacional.
30. El Consejo de Estado ha considerado en su Dictamen sobre esta reforma que esta referencia resulta “ociosa además de perturbadora, en la interpretación integradora que corresponde al texto constitucional, dando lugar a una mención que contrasta con su omisión en muchos otros preceptos constitucionales”, en cuanto los derechos de las personas con discapacidad gozan de esa protección internacional, en virtud del art. 96 CE y de la eficacia interpretativa derivada del art. 10.2. Evidentemente, esto es así, como hemos expuesto al inicio de estas páginas. Sin embargo, más allá de no entender el motivo por el que el Consejo



considera “perturbadora” esa mención, hay argumentos sólidos para defender el mantenimiento de esta referencia expresa a la protección internacional aunque pueda resultar “ociosa” en cuanto no aporta nuevos elementos de protección. En un primer sentido, se trata de destacar la importancia que tienen los tratados internacionales en la materia, más que en otras, en concreto la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En segundo lugar, la redacción que se propone no es extraña al texto constitucional pues su estructura es prácticamente idéntica a la del artículo 39.4 CE en relación a la protección de los derechos de los niños. Ese precepto se mantenido desde 1978 y no ha sido discutido.

#### 4. CONCLUSIONES

31. Tras el repaso a la redacción actual del artículo 49, a la tramitación de la reforma y al contenido del proyecto de reforma constitucional resultan dos conclusiones. En primer lugar, la reforma constitucional que se plantea es bastante simple y se puede tramitar y culminar con rapidez. Incluso si se solicita el referéndum por parte de una décima parte de los miembros del Congreso de los Diputados o del Senado, se puede hacer coincidiendo con algún otro proceso electoral de los que van a desarrollarse en los próximos dos años. En segundo lugar, no se ha planteado ningún argumento jurídico-constitucional relevante en contra de la reforma y los argumentos de carácter esencialmente procedimental que se han aducido tienen escaso recorrido. En primer lugar, no hay riesgo de que la reforma constitucional se extienda a otros ámbitos pues ninguna enmienda en ese sentido podría prosperar si hay un acuerdo para acotar la reforma al artículo 49 CE. En segundo lugar, no es verdad que se haya soslayado el Dictamen del Consejo de Estado, como se ha podido advertir con nitidez en las páginas anteriores. Algunas de sus recomendaciones han sido incorporadas al texto por el Gobierno y las restantes pueden ser objeto de debate durante la tramitación parlamentaria. En tercer lugar, no tiene demasiado sentido la reclamación de que la iniciativa de la reforma proceda de los grupos parlamentarios a través de una proposición de reforma constitucional pues, por un lado, el origen del texto está en la propuesta consensuada en la Comisión de Políticas Integrales de la Discapacidad durante la XII legislatura y, por otro, si se hubiera presentado una proposición de ley de reforma constitucional el Dictamen del Consejo de Estado no hubiera sido necesario.
32. No podemos terminar estas páginas sin una mención a las garantías constitucionales del artículo 49 CE por su ubicación en el capítulo III del Título I de la Constitución. En este supuesto, los derechos de las personas con discapacidad

son los del capítulo II del Título I y, por tanto, tienen la garantía de ese título. Lo que aporta el art. 49 desde la perspectiva de los derechos es su titularidad en condiciones de igualdad real y efectiva. Pero la garantía de esa constitucionalización de la igualdad material es limitada pues tiene su anclaje en el art. 53.3 CE. Como sabemos, informan la legislación positiva y la práctica judicial. Pero sólo podrán ser alegados ante los tribunales ordinarios de acuerdo a las leyes que los desarrollen. Las garantías jurisdiccionales, que son las realmente efectivas, son las establecidas por el legislador. En este sentido, he sostenido que la vía para el refuerzo de esas garantías es la reforma constitucional del artículo 53.3 de la Constitución, por el procedimiento ordinario del art. 167 CE, para reconocer a los contenidos de dicho capítulo las garantías que tienen los derechos del capítulo II del Título I de la Constitución (J.A. Montilla Martos, 2018, 24-25).

## BIBLIOGRAFÍA

- GÁLVEZ, J., “Artículo 49”, en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, segunda edición.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho a la protección de las personas con minusvalías”, en J. L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M. N. MORENO VIDA (dirs.), *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.
- MONTILLA MARTOS, J. A., “La reforma de las garantías constitucionales de los derechos sociales”, *Tiempo de paz*, número 129, 2018.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Artículo 49”, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, BOE-Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, tomo I.
- SAIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- VIDA SORIA, J., “Artículo 49. Protección de los disminuidos físicos”, en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo 4, Edersa, Madrid, 1996.



**Rafael de Lorenzo García**

**Secretario General de Fundación Derecho y Discapacidad**

**Profesor Titular de la UNED**



## **FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Hace tiempo, en 2009 y con motivo de una obra colectiva, escribí un artículo que tenía como título general “Hacia un Derecho de la Discapacidad” y que pretendía marcar el inicio de un camino.

Han pasado doce años desde entonces y, afortunadamente, son muchas las personas, hombres y mujeres de los distintos sectores de actividad público y privado, del sector social, del movimiento asociativo de la discapacidad, colegios profesionales, entre otros, que progresivamente han dotado de importancia a la necesidad de disponer de un instrumento cualitativo que refuerce y realce la importancia de la protección jurídica de las personas con discapacidad.

En aquella época nos cuestionábamos ¿existe un Derecho de la Discapacidad?

¿Podría haber una rama autónoma en el ordenamiento jurídico que se dedicase al Derecho de la Discapacidad? ¿Es posible sostener que hay un área de conocimiento específico que verse sobre el derecho de la discapacidad?

La respuesta, ya la adelanto, es que sí. Pero no sólo porque yo lo afirme, sino porque la realidad de todos, profesionales, investigaciones, trabajos y esfuerzos que se viene

realizando en esa dirección, lo indican. Es necesario sistematizarlo, investirlo de una metodología innovadora y creativa, y hacer un esfuerzo más coordinado y colectivo para que se proyecte con fuerza hacia el futuro y se consolide.

Después de la división entre Derecho público y privado, pasó un tiempo, pero lógicamente empezaron a producirse ramificaciones, creándose áreas o ramas del ordenamiento jurídico más especializadas, como el derecho civil, derecho del trabajo, derecho mercantil, derecho penal, etc. Seguramente pueden contabilizarse siete u ocho grandes ramas que surgen en esos primeros momentos, pero que posteriormente han continuado dando lugar a nuevas ramificaciones en otras áreas del derecho aún más especializadas.

## 2. REQUERIMIENTOS PARA RECONOCER UNA DISCIPLINA COMO RAMA AUTÓNOMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. LA DISCIPLINA JURÍDICA DEL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

Y ¿cuáles son los requerimientos para reconocer cuándo una disciplina puede clasificarse como rama autónoma del ordenamiento jurídico?

No me voy a detener en detalle en ellos, para ello remito al primer volumen de la Serie Derecho de la Discapacidad, dentro de la Colección Grandes Tratados de la editorial Thomson Reuters Aranzadi, titulado *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, dirigido por Luis Cayo Pérez Bueno y por mí mismo, impulsado por la Fundación Derecho y Discapacidad. En ese volumen se recogen prolijamente todos los detalles.

En esa misma Serie se han publicado otros dos volúmenes posteriormente, el último recién presentado, titulado *Comentarios a la Ley 8/2021 sobre capacidad jurídica de personas con discapacidad*. El volumen dos abordaba los nuevos retos del Derecho de la Discapacidad.

Por tanto, solamente voy a dejar apuntados en grandes líneas a continuación qué elementos son necesarios para configurar una nueva rama del Derecho.

Se exige para ello en primer lugar que tenga una trayectoria histórica, y el suficiente acervo doctrinal para que disponga de cuerpo y sustancia suficientes. Si repasamos la historia nos damos cuenta de algo llamativo: el Derecho de la Discapacidad está consolidado, pero es algo reciente, de no más de 40 o 50 años a lo sumo.

Si bien es cierto que en este período ha mantenido una actividad muy prolífica, especialmente acelerada en los últimos veinte años, pero con un acervo importantísimo que desde luego acredita que se cumpla este requisito.

Desde los primeros pronunciamientos de Naciones Unidas en los años setenta, con aquellas declaraciones sobre la discapacidad intelectual, la terminología de entonces, los grandes pronunciamientos de la década de los ochenta, el problema de acción mundial, decisiones que concluyeron con informes y recomendaciones de Naciones Unidas que se erigieron en un punto de referencia que los Estados fueron poco a poco asumiendo y trasladando por goteo a los ordenamientos jurídicos. Fue una influencia importante.

Pero, realmente, no ha habido una norma en sentido estricto de derecho internacional sobre derechos de las personas con discapacidad hasta la Convención de Naciones Unidas de 2006, hace tan solo 15 años.

Es verdad que esta norma es de tal importancia, de tal calado, de tal alcance y proyección sobre el conjunto de los ordenamientos jurídicos de todos los países a escala mundial, que supone un elemento esencial, crucial de transformación de la protección jurídica efectiva de personas con discapacidad, tanto hoy como en el futuro.

Cuando entró en vigor, algunos decíamos, con escándalo de los más eufóricos, que a partir de ese momento aún quedaba una larga marcha por recorrer hasta conseguir que este instrumento jurídico internacional fuera surtiendo efecto real, y trasladando sus principios en cascada, desde la cúspide hasta la base de la pirámide, pero que sin duda a largo plazo sería un elemento transformador en la historia de la humanidad y, en particular, en la historia de los más de mil millones de personas con discapacidad en el mundo.

Esta trayectoria histórica ha existido también a escala europea, que se fue introduciendo con el Tratado de Ámsterdam en la famosa cláusula de no discriminación que introdujo, y que tuvo un efecto rápido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que no se convirtió en Derecho positivo hasta que fue incluida en la reforma de los tratados.

Por tanto, Europa ha desarrollado una ingente actividad en la que todavía quedan muchos asuntos pendientes, fundamentalmente porque todavía no hemos empezado a andar con decisión y claridad el camino de la Europa social. El día que eso ocurra habrá un importante efecto de arrastre y la discapacidad estará en la vanguardia, empujando y abanderando pretensiones y reivindicaciones.

Por tanto, el elemento histórico reciente se cumple perfectamente en esa disciplina.

Se exige asimismo que para que se configure una rama autónoma del Derecho, se debe dar el principio de autonomía. Es decir, no depender de determinadas instituciones, conceptos, principios de otras ramas concomitantes, colindantes, etc. La autonomía conlleva que haya singularidad de los sujetos de derecho; igual que en el derecho mercantil está el comerciante, en el derecho laboral está el trabajador, etc., en el Derecho de la Discapacidad debería haber un elemento de referencia que sea la razón de ser de esta disciplina.

Y, efectivamente, la singularidad la imprimen las personas con discapacidad o en situación de discapacidad.

Qué duda cabe de que constituye un sector de una enorme importancia cualitativa y cuantitativa a nivel mundial, que tiene rasgos diferenciadores, y problemas muy concretos que exigen soluciones y un abordaje también singulares y específicos.

Hace falta que haya un proceso de extensión normativa. No es suficiente con que haya una ley, precepto constitucional, sino que es necesario que haya un verdadero acervo jurídico, normativo, y eso ha ocurrido en España. Sin contar normas autonómicas, hay más de 180 normas de rango legal y reglamentario dedicadas específicamente la discapacidad desde que entró en vigor la Convención.

Es un volumen que justifica el principio de extensión normativa y no de reduccionismo a hitos puntuales.

Por otro lado, una disciplina autónoma debe tener principios propios. Y en nuestra disciplina encontramos al menos tres. El principio de favor, que quiere decir que ante la diversidad de supuestos siempre ha de aplicarse la norma más favorable, la interpretación más beneficiosa para las personas con discapacidad.

El principio de indisponibilidad de los derechos, es decir, que los derechos no son renunciables, un supuesto de orden público y de respeto a terceros.

Y un tercer principio, que es el de atención continuada y preferente. La necesidad social es tan evidente, creciente y, a veces diversa, porque las realidades van cambiando, que surgen nuevas demandas y necesidades que es esencial que desde nuestro Derecho defendamos. Es decir, no vale la intermitencia, sino que tiene que haber responsabilidad de los poderes públicos, atención continuada y responsabilidad preferente, la hora de priorización de políticas. Este tiene que ser uno de los colectivos que debe estar en los primeros puestos de preferencia de actuación.

Hay otro elemento importante, además del histórico y del de la autonomía, que es el de la jurisprudencia. Esta es una rama del Derecho que tiene jurisprudencia propia, como se ha puesto de manifiesto por los ponentes a lo largo del presente Congreso.

Desgraciadamente, no hay demasiada, pero sí suficiente. Desde el punto de vista jurisprudencial, ni desde la administración ni desde la sociedad, y tampoco especialmente desde el movimiento asociativo de la discapacidad y de sus familias, se ha dado un paso decidido para ejercitar derechos ante la justicia, en los tribunales, y activar el mecanismo de exigencia y protección que existe en el ordenamiento jurídico.

Ha habido un “miedo reverencial” a impugnar normas. Si bien al CERMI Estatal no le ha temblado el pulso para hacerlo en los casos especiales. Es necesario ejercitar los derechos que ya tenemos, y para eso no hay que tener miedo, sino estar convencidos de que somos ciudadanos con derechos exigibles, y exigirlos por la vía jurisdiccional para que así la jurisprudencia sea más profunda, especializada y mejor conocedora de la realidad, ajustada a la discapacidad y sus necesidades. De esta forma tendremos un gran apoyo en la dimensión judicial en el abordaje del problema.

Además de estos elementos estrictamente jurídicos, hay otros de carácter administrativo y sociológico que hace falta que concurren como sustrato para configurar una nueva rama del Derecho.

En primer lugar, tiene que haber estructuras administrativas, como en la Administración General del Estado, como en las Administraciones territoriales, concejalías de los ayuntamientos, etc. De forma que en el conjunto de administraciones haya un verdadero y suficiente soporte administrativo que se dedique a la resolución de problemas de las personas con discapacidad. Eso le da valor añadido no solamente a la dimensión técnico-jurídica, sino también a la operativa y administrativa.

Es necesario también que la academia se vaya incorporando con más fuerza en estas cuestiones. Se está haciendo un importante esfuerzo en los últimos años (ej.: hay un Máster específico en la Fundación Derecho y Discapacidad y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, hay distintos programas universitarios, etc.), pero tenemos un déficit importante en las asignaturas de grado, tenemos que conseguir que el Derecho de la Discapacidad sea una asignatura de Grado, ya sea troncal u optativa, y que lo sea no sólo en carreras jurídicas, sino concomitantes. Hace falta que la ANECA se pronuncie más en favor de personas con discapacidad si se quiere una universidad de calidad, basada en la excelencia, y además verdaderamente inclusiva.



Es necesario destacar la labor de otras instituciones y personas. En particular, del movimiento asociativo de la discapacidad, liderado por el CERMI Estatal y por los CERMI autonómicos, así como toda la diversidad de entidades sociales, asociaciones y fundaciones que lo componen, que realizan una labor fundamental.

Los colegios profesionales, notarios, registradores, y demás operadores jurídicos, sería importante que también se unieran al compromiso de fortalecer el Derecho de la Discapacidad. Desde los operadores jurídicos debe activarse el tratamiento y debate de la actividad, a través de los colegios de abogados, a través de la creación de sesiones especializadas, y que interconectemos la actividad entre los operadores jurídicos, ampliando e intercambiando conocimiento e iniciativas.

Por todos estos elementos que he enumerado, y que se cumplen en lo referido a la discapacidad, es posible afirmar que se debe reconocer el Derecho de la Discapacidad como nueva rama autónoma del Derecho.

Considero que queda demostrado con mis comentarios breves y apresurados que existe en la realidad una rama autónoma de ordenamiento jurídico que podemos llamar Derecho de la Discapacidad.

Cabe entonces preguntarse: ¿Qué es el Derecho de la Discapacidad?

### 3. ¿QUÉ ES EL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD?

Pues bien, desde luego hace falta que haya sujetos de derecho, que son las personas con discapacidad, pero que por extensión necesariamente incluye a sus familias, las organizaciones que los representan, y las administraciones que de alguna manera están estrechamente vinculadas al sujeto.

Pero hace falta también una actividad, un elemento objetivo, hace falta que exista el cuerpo de norma, de jurisprudencia... que también existe.

Y tiene que existir una estrecha relación entre sujeto y objeto; hay que valorar la situación de discapacidad, relacionar qué ocurre, qué necesidades hay con los sujetos y qué respuestas aporta el ordenamiento.

Por tanto, aquí lanzo una fórmula muy escueta, de definición del derecho de la Discapacidad. Podríamos decir que es una rama de ordenamiento jurídico que engloba al conjunto de principio y normas reguladoras de las personas con discapacidad, así como

a los órganos y los procedimientos para garantizar la defensa de los derechos de las personas con discapacidad o en situación de discapacidad.

No voy a entrar en el detalle de lo que implica ese método, solo voy a destacar algunos aspectos. Por un lado, la necesidad de un método de investigación, en el que aún hay que realizar un esfuerzo.

En la docencia universitaria, como ya he avanzado, tenemos que implantar en la universidad una actividad docente de diversa tipología en todos los niveles de la educación superior.

En relación con la docencia en particular, tenemos una riqueza importante en los tipos de docencia. Desde la clase magistral, el método del caso, el método socrático, mucho menos utilizado, la clínica jurídica, que cada vez se implanta con más fuerza en las universidades, y el método de la clase invertida.

En cuanto al tema importante para que haya disciplina autónoma es el de las fuentes. ¿Qué fuentes específicas tenemos en esta rama del Derecho, además de las generales?

Voy a dejar enumeradas únicamente cuatro o cinco a continuación.

Por un lado, están las fuentes de producción y las de conocimiento. Las de producción son en definitiva los poderes sociales que tienen capacidad normativa creadora. En nuestro ordenamiento podemos específicamente tener en cuenta los tratados internacionales, la Convención, el Derecho europeo con normas específicas sobre discapacidad en la Carta y principios generales.

En nuestro ordenamiento interno tenemos la Constitución, las leyes del legislativo y las normas del ejecutivo.

Tenemos los principios generales específicos como he citado antes, como el principio de favor, tenemos la jurisprudencia específica cada vez más numerosa, y luego están los convencionales y contractuales.

Entre las fuentes de conocimiento, tenemos básicamente tres tipos: la recopilación, prontuarios jurisprudenciales y las sentencias. Son muchos los trabajos publicados especialmente en los últimos diez años.

Desde el punto de vista jurisprudencial, existe un esfuerzo importante de recopilación realizado en 2016 por una profesora de la Universidad de Valladolid, Cristina Guilarte, también patrona de la Fundación Derecho y Discapacidad, recogidas en una única obra colectiva.

Estas son algunas pinceladas que fundamentan de manera argumentada que el Derecho a la Discapacidad puede y debe ser reconocido como rama autónoma del ordenamiento jurídico.

Y todo este esfuerzo, ¿qué fin persigue?

Desde el punto de vista operativo, hasta ahora el proceso que se sigue al enfrentarse a un problema específico relacionado con discapacidad, ha sido abordarlo desde un punto de vista específico, el de una rama tradicional del Derecho (por ejemplo, si es un asunto penal, nos ceñimos a lo penal, si es un asunto civil, laboral... lo mismo).

En contraste con este proceso, la metodología que queremos impulsar es diferente, y tiene que permitir gran transversalidad, una visión global, de conjunto, porque va a ser una manera mucho más eficiente de proteger y favorecer el derecho real y efectivo de personas con discapacidad.

Lo que aquí defendemos es abandonar la antigua forma compartimentada de enfrentarse a las cuestiones relacionadas con la discapacidad en el Derecho, y seguir esta nueva metodología que presentamos, cuyo cambio principal consistiría en colocar en el centro a las personas con discapacidad, y en segundo lugar hacer un catálogo del derecho, problema o necesidad concreto. Esta metodología sitúa en el centro de imputación a la persona y su situación.

Sugiero que, de cara al futuro, pudiéramos, en primer lugar, consolidar el Derecho de la Discapacidad como rama autónoma, y en segundo lugar implantar la nueva metodología de abordaje que acabo de describir. Para ello es importante realizar un esfuerzo de divulgación de esta cuestión en todos los entornos en los que nos movamos.

Será necesario un esfuerzo de la academia para se inserte como disciplina autónoma de conocimiento de distintos niveles de la actividad universitaria.

En fin, compañeros, queridos amigos y amigas del congreso, sugiero que nos conjuremos para hacer un esfuerzo en esta línea de reconocimiento de Derecho de la Discapacidad, su metodología y su implantación, porque difícilmente se puede hacer algo con la ayuda y coordinación de todos los operadores intervinientes.

# COMUNICACIONES DEL III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

**Fco. Javier Fernández Orrico**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

(Acreditado como Catedrático de Universidad)

Universidad Miguel Hernández

---

## COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO COMO ACCIÓN POSITIVA DE INSERCIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD\*

### RESUMEN

El tema concreto del presente estudio es el que se refiere a la compatibilidad de las prestaciones económicas con el trabajo, o con otras prestaciones. Más concretamente, si un trabajador puede simultanear las rentas procedentes de su actividad o de la relación laboral con prestaciones económicas de Seguridad Social; o, si éstas podrían compatibilizarse con otras prestaciones de naturaleza semejante a las que eventualmente pudiera tener derecho<sup>1</sup>, y, especialmente qué consecuencias podría tener una estrategia de ampliación de la compatibilidad, como medida de acción positiva en la inserción laboral de personas con discapacidad.

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación: *Vías de acceso y permanencia en el empleo de personas con discapacidad*, con referencia AICO 2021/109, del Programa para la promoción de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación en la Comunitat Valenciana, así como del Proyecto: *Inclusión de personas con discapacidad intelectual en el ámbito laboral: Balance y propuestas*, con referencia RTI2018-093853-B-I00 del Programa Estatal de I+D+I orientada a los retos de la sociedad. Ambos proyectos liderados por el autor de la presente comunicación.

<sup>1</sup> La compatibilidad entre pensiones del Régimen General, en principio, son incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, salvo que se disponga lo contrario, como dispone el art. 163.1 Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS).

Respecto a la metodología empleada se podía haber optado por múltiples aspectos. El propio ordenamiento jurídico muestra que esa posibilidad de compatibilizar trabajo y prestación es posible. Si bien, dependerá del tipo de prestación, de la clase de trabajo, de la modalidad contractual e, incluso de las características del propio trabajador. Precisamente, el presente estudio, se centrará en el último aspecto, el del específico perfil del trabajador, en nuestro caso de persona con discapacidad, como grupo merecedor de especial atención con el objetivo de favorecer su inserción laboral a través de facilitar la compatibilidad de las prestaciones de Seguridad Social a las que tiene derecho, con el trabajo. Así, por ejemplo, existe la posibilidad de compatibilizar la prestación o el subsidio por desempleo, con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia «cuando lo establezca algún programa de fomento de empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo» (art. 282 apartados 3 y 4 respectivamente LGSS), o, en el caso del huérfano, su derecho a la pensión de orfandad se mantendrá, si al fallecer el sujeto causante, las rentas salariales del huérfano menor de 25 años y mayor de 21 años son inferiores al importe del SMI (art. 224.2 LGSS), produciéndose y permitiéndose así la compatibilidad entre ambos ingresos, prestacionales y salariales.

Con respecto al esquema, en primer lugar, se hace alusión genéricamente al problema de la compatibilidad del trabajo con las prestaciones de las personas con discapacidad; a continuación, se analizarán las medidas de inserción laboral para personas con discapacidad, y se irán analizando las diversas prestaciones (incapacidad permanente, jubilación, desempleo...) y su compatibilidad con el trabajo junto a propuestas específicas que mejoren las condiciones de los trabajadores con discapacidad. Se finaliza con el comentario crítico del Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con discapacidad intelectual límite.

Finalmente, la aportación personal o conclusiones se concretan en cada situación de compatibilidad que se verán a continuación, pero siempre encaminada a la mejora de las condiciones de trabajo de personas con discapacidad, referida en concreto a facilitar la compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social, como medida que sin duda favorecerá el objetivo de inserción de personas con discapacidad.

## I. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU COMPATIBILIDAD CON EL TRABAJO

Para que sea una realidad la inserción laboral de las personas con discapacidad, son necesarias una serie de medidas, algunas de ellas, se regulan en la LGDPPD<sup>2</sup>, como

---

<sup>2</sup> 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.

el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad, ayudas consistentes en subvenciones o préstamos para la contratación, adaptación de puestos de trabajo, eliminación de barreras que dificulten el acceso, la movilidad, comunicación o comprensión en los centros de trabajo, posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, bonificaciones en la cotización, ajustes razonables, servicios de empleo con apoyo con la importante figura del preparador laboral, la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, el empleo protegido (centros especiales de empleo y enclaves laborales), etc. Siendo todo ello reflejado en esta importante norma, se echa de menos ampliar el derecho a la protección social (Capítulo VII LGDPD) mediante la regulación de aspectos específicos en materia de Seguridad Social, al igual que se hace en materia de derechos laborales en el Capítulo VI. Quizá porque se piensa que el lugar apropiado para incluir las medidas específicas destinadas a personas con discapacidad es la LGSS. Sin embargo, pese a que efectivamente aparecen de forma aislada algunas medidas específicas de aplicación para personas con discapacidad en la LGSS, tales medidas se han ido incorporando de manera compulsiva para supuestos concretos, sin que exista una planificación sistemática ni coherente con la finalidad de ayudar a que la inserción laboral de este colectivo llegue a ser una realidad.

Lo cierto, es que, con independencia del lugar en que se regulen (LGSS o LGDPD), lo importante es establecer acciones positivas que persigan ese objetivo de inserción laboral. Y una de las iniciativas largamente reivindicadas por sectores de ayuda a las personas con discapacidad es la de establecer determinadas compatibilidades entre prestaciones de Seguridad Social con el trabajo de personas con discapacidad. El efecto inmediato de esta medida es el mantenimiento de las ayudas económicas que perciben los trabajadores, sin renunciar a ellas y sin tener que abandonar su trabajo por la incompatibilidad establecida con carácter general.

Concretamente, a continuación, se analizará la compatibilidad de las diversas prestaciones de Seguridad Social con el trabajo realizado por las personas con discapacidad. Para ello, parece oportuno que comencemos con el comentario sistemático de la vigente regulación de las prestaciones de Seguridad Social, tanto de la modalidad contributiva como de la modalidad no contributiva.

## II. MEDIDAS DE INSERCIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD DERIVADAS DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Son numerosas y variadas las disposiciones contenidas en la LGSS, que establecen la incompatibilidad entre las prestaciones que otorga la acción protectora de la Segu-

ridad Social y el desempeño del trabajo. Su finalidad es la de evitar la duplicidad de ingresos de los beneficiarios, especialmente en el caso de las prestaciones derivadas de la modalidad contributiva, porque su objeto es la de sustituir los ingresos procedentes del trabajo y que se suspenden o extinguen a causa de la aparición de la contingencia correspondiente (incapacidad, nacimiento, vejez, desempleo...), que impide el desarrollo de la actividad. En cambio, en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social, la finalidad ya no es la sustitución de las rentas salariales, no solo porque no existe referencia a la que sustituir (las rentas salariales), sino porque de lo que se trata es de paliar situaciones de necesidad actuales de las personas, mediante ayudas económicas, que pese a ser insuficientes, también se les aplica un régimen de incompatibilidades entre sí.

Creo que el estudio del régimen de incompatibilidades entre prestaciones económicas de la Seguridad Social con el trabajo puede abrir una veta significativa mediante el cambio de criterio respecto al tratamiento de la compatibilidad, como medida concreta de acción positiva que permita facilitar la inserción laboral de las personas con discapacidad. Cabe entender la medida que propongo, como una forma de compensar las dificultades que presentan las personas con discapacidad, al desarrollar su actividad laboral o por cuenta propia, respecto a los demás trabajadores que no tienen estas dificultades, y alcanzar así la plena igualdad entre los trabajadores en el acceso y permanencia en el empleo.

Pero esta medida de acción positiva requiere concreción. Para ello, se analizará la normativa legal sobre incompatibilidad entre prestaciones económicas de Seguridad Social y la realización del trabajo, para escudriñar a continuación, como se podría compensar adecuadamente a las personas con discapacidad de la incompatibilidad señalada, que les coloca en ocasiones ante la alternativa de tener que prescindir de la prestación que con todo derecho venían percibiendo o, renunciar al trabajo, que también es un derecho constitucional, reconocido en el art. 35.1 de la Constitución. En este sentido, creo que el criterio que debe aplicarse es el del trato diferenciado con trabajadores diferentes, sin que deba aplicarse la normativa de forma igualitaria; al contrario, se deben considerar las peculiaridades objetivas de los colectivos más relevantes, como es el de las personas con discapacidad. Y esa es la misión de las medidas de acción positiva en el ámbito laboral, la búsqueda de la equiparación entre trabajadores con y sin discapacidad. La propia normativa (LGSS), prevé explícitamente las acciones positivas para este sector, al ordenar al Gobierno, refiriéndose a los trabajadores con discapacidad, que «se aprobarán normas específicas relativas a sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social en atención a las peculiares características de su actividad laboral» (art. 13.2 LGSS). Pues bien, a continuación, se van a poner en cuestión determinadas incompatibilidades sobre prestaciones y el trabajo, establecidas con carácter general para

las personas (sean o no trabajadores), para incorporar algunos cambios que supongan auténticas medidas de acción positiva para las personas con discapacidad. A este respecto, resulta oportuno, conocer cuáles deberán ser las líneas de actuación sobre esta cuestión, que se refleja en la Recomendación 18 (R-18), del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo<sup>3</sup> con el que iniciaré cada apartado.

### III. INCAPACIDAD PERMANENTE

En este caso, me refiero a la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente, en sus diversos grados de incapacidad, con el trabajo. Una de las cuestiones que mayor interés despierta en la Comisión, junto con el favorecimiento del empleo de las personas con discapacidad, es la referente a la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente de las personas con discapacidad y el trabajo. En este sentido señala el R-18: *En particular, la Comisión estima necesario seguir introduciendo modificaciones en la normativa de Seguridad Social que afecten, entre otras cuestiones, al régimen jurídico de la percepción de las pensiones por incapacidad permanente y a su compatibilidad con la realización de un trabajo, evitando la litigiosidad existente en este ámbito.*

Nuestra tradición en materia de Seguridad Social, a diferencia de otros Estados de nuestro entorno, es restrictiva en cuanto a la compatibilidad de las prestaciones económicas y la realización del trabajo. Sin embargo, en el campo de la incapacidad permanente, así como en la pensión de invalidez no contributiva se abren diversas posibilidades de compatibilidad con el trabajo que veremos a continuación. Lo que se propugna por la Comisión es flexibilizar más aún esa compatibilidad en el caso de las personas con discapacidad. Este autor realizará diversas propuestas en ese sentido.

#### **1. La incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total y la indemnización sustitutoria**

Como es sabido, la pensión de incapacidad permanente total (IPT) puede ser «excepcionalmente sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario sea menor de sesenta años» (art. 196.2 LGSS)<sup>4</sup>, según lo dispuesto en el desarrollo re-

<sup>3</sup> BOCG de 27 noviembre de 2020, págs. 62-63.

<sup>4</sup> La cuantía de la indemnización será equivalente al importe de 84 mensualidades de la pensión, siempre que el beneficiario tuviese menos de 54 años de edad en el momento de formular la petición. En caso de que el beneficiario no fuese menor de la indicada edad, la cuantía de la indemnización se determinará, de acuerdo con su edad, en el momento antes señalado, conforme a la siguiente escala:



glamentario<sup>5</sup>. El beneficiario, al cumplir la edad de 60 años, pasará a percibir la pensión anteriormente reconocida, revalorizada con los incrementos que para las pensiones de igual naturaleza se hayan establecido desde la fecha en que se autorizó la sustitución de la misma por la indemnización. Se trata de una previsión particularmente interesante porque, entre los requisitos exigidos para llevar a cabo esa sustitución se encuentra la obligación de que se acredite por el beneficiario, que se encuentra realizando trabajos por cuenta ajena o propia, incluidos en el campo de aplicación de alguno de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social o, que invertirá la indemnización en instalarse como trabajador autónomo. Y es, precisamente, en este punto, sobre la que gira la propuesta, consistente, en que cuando al trabajador se le reconozca una incapacidad permanente total, si además, tiene acreditada la condición de persona con discapacidad, se propone que se le permita la compatibilidad entre la pensión de IPT y la indemnización, pues al tratarse de un sector especialmente vulnerable como es el de las personas con discapacidad, tiene sentido que se mantenga el importe de la pensión contributiva como ingreso propio que sustituye a las rentas de trabajo, que seguirá necesitando para seguir con su vida ordinaria. Si, además, se trata de una persona que decidiera iniciar una actividad por cuenta propia, necesitará una especial ayuda económica para la puesta en marcha del negocio. De ahí, que debería en el caso de las personas con discapacidad que decidan iniciar una actividad por cuenta propia, otorgarse la indemnización, sin suspender la pensión IPT.

## 2. El supuesto de la pensión de incapacidad permanente total cualificada

Muy similar al supuesto anterior, se encuentra la modalidad de IPT conocida como “cualificada”, que tiene lugar, cuando por la edad del trabajador –establecida en 55 años–<sup>6</sup>, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales o laborales del lugar de residencia se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior. En estos supuestos, el porcentaje del 55 % de la pensión de IPT, que se aplica con carácter general a la base reguladora prevista para la pensión de IPT, se incrementa en un 20 %, aplicándose un 75 % sobre la referida base<sup>7</sup>.

<u>Edad Cumplida</u>	<u>Número de mensualidades</u>
54 años	72
55 años	60
56 años	48
57 años	36
58 años	24
59 años	12

<sup>5</sup> Art. 5.1 de la Orden de 31 de julio de 1972 (BOE de 11 de agosto).

<sup>6</sup> Art. 6.2 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio (BOE del 28).

<sup>7</sup> Según se desprende de la combinación del art. 196.2 párrafo segundo, de la LGSS y del art. 6.3 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio (BOE del 28).

En síntesis, los requisitos imprescindibles para poder acceder a la IPT cualificada, son dos: que el trabajador haya cumplido 55 años y que carezca de empleo. Con lo que, si obtiene un empleo, mantendrá la pensión básica con el 55 % de la base reguladora, pero se le suspenderá ese porcentaje del 20 % de la base reguladora que complementa el importe de aquella y que se justifica por la falta de empleo<sup>8</sup>. Pues bien, no sería descabellado que en el caso de los trabajadores con discapacidad se mantuviera ese porcentaje del 20 %, aunque obtuvieran un trabajo, precisamente para incentivarles a que busquen un empleo, pues el hecho de que se le suspenda el incremento puede desanimar la demanda de un colectivo especialmente necesitado de acciones positivas que tengan como objetivo el de la inserción laboral.

### **3. La incompatibilidad del trabajo con la incapacidad permanente absoluta y con la gran invalidez al alcanzar la edad de acceso a la pensión de jubilación**

Según el art. 198.3 LGSS, el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta (IPA) o de la gran invalidez (GI), será incompatible con el trabajo a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación, en los «mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación» del art. 213.1 LGSS. Este artículo, aplica tanto para la IPA como para la GI el principio general de incompatibilidad establecido para la pensión de jubilación con el trabajo, «con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen».

Conviene recordar, en el caso de las personas con discapacidad, que la edad ordinaria de jubilación que les permite el acceso a la pensión se reduce en función del grado de discapacidad que presentan y de la duración de su actividad en tales condiciones. Por lo que al cumplir la edad de acceso a la pensión de jubilación ordinaria (en este caso adelantada), será incompatible el trabajo con la IPA o de GI, según el art. 198.3 LGSS. Con ello se reduce el período de compatibilidad en el caso de las personas con discapacidad. Téngase en cuenta que la edad mínima de jubilación en un grado igual o superior al 45 % es de 58 años<sup>9</sup>, mientras que en el caso de que presente un grado de discapacidad igual o superior al 65 % podría alcanzar edades de acceso a la pensión de jubilación muy tempranas, según las reglas de aplicación del correspondiente reglamento, que no establece una limitación mínima de los años en el acceso a la pensión. El límite lo impone la LGSS, al señalar, con carácter general, que «la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará

<sup>8</sup> Según el art. 198.1 segundo párrafo LGSS, en relación con el art. 6.4 Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

<sup>9</sup> Art. 3 del Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía.

lugar a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de cincuenta y dos años» (art. 206.3 LGSS). De manera que, si nos encontramos en el caso de un trabajador con elevado grado de discapacidad y de tiempo trabajado, podría determinarse el acceso a la pensión de jubilación a la edad de 52 años, lo que obviamente limita el período en que el trabajador con discapacidad puede compatibilizar su trabajo con la pensión de jubilación, lo que le obligará al alcanzar esa edad a tener que optar entre trabajo o pensión. En cambio, en el caso de personas sin discapacidad le permitiría la compatibilidad como mínimo hasta los 65 años. La consecuencia de ello, en el caso de personas con discapacidad con altos grados de discapacidad puede suponer un importante menoscabo en su capacidad económica, teniendo en cuenta su estado.

A este respecto, no se encuentra ninguna norma legal o reglamentaria, que exceptúe a las personas con discapacidad de la comentada incompatibilidad, por lo que desde aquí se propugna la creación de una norma que establezca, como excepción, a las personas con discapacidad, la compatibilidad de quienes son beneficiarios de la pensión de IPA o GI con el trabajo, sin ninguna limitación en la edad del beneficiario.

#### IV. PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La pensión de jubilación es la prestación que más se ha trabajado en la normativa, con relación a las personas con discapacidad, especialmente, en el aspecto del adelanto en la edad ordinaria. De hecho, la Comisión valora de forma positiva en la R-18, *la articulación de medidas que refuerzan la cobertura social de estas personas, tales como el establecimiento de mecanismos de anticipación de la edad de jubilación de trabajadores con grados de discapacidad que comporten menor esperanza de vida.* La R-18 sigue más adelante, *instando a que se corrijan los desajustes normativos que se hayan producido en las medidas de anticipación de la edad de jubilación, flexibilizando las regulaciones que se han revelado rígidas y que excluyen situaciones materialmente dignas de protección; en este sentido, también se analizará la problemática en el acceso anticipado a la pensión de jubilación de las personas trabajadoras con discapacidad, en relación con las exigencias en el tiempo de cotización requerido, así como para resolver las dificultades que se presentan respecto a la acreditación del mismo.* Plantea la Comisión varias cuestiones, que aparecen veladas sin que se aprecie a qué se refiere exactamente, cuando se emplean expresiones tales como, “flexibilizando”, “problemática” “resolver dificultades”. En cualquier caso, no se hace referencia a la compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación, como sí se alude en el caso de la incapacidad permanente.

## 1. Modalidad de “envejecimiento activo” en la pensión de jubilación

El Real Decreto-ley 5/2013, introdujo una nueva modalidad en la pensión de jubilación contributiva, consistente en la posibilidad voluntaria por parte del trabajador, de compatibilizar de forma relativa<sup>10</sup>, una parte de la pensión de jubilación que le corresponde (concretamente el 50%) con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia<sup>11</sup>. Para el acceso a esta modalidad, la LGSS establece una serie de condiciones tanto para la empresa como para el trabajador. Y son las de este último las que examinaremos, al objeto de facilitar a las personas con discapacidad la compatibilidad de la pensión con el trabajo.

### 1.1. Edad ordinaria de acceso a la pensión

Con carácter general, para poder compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo, se exige haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, que, según el art. 205.1.a) LGSS, es de 67 años de edad o de 65 años de edad cuando se haya cotizado 38 años y 6 meses, sin que se considere la parte proporcional de las pagas extraordinarias que correspondan. Si bien, actualmente<sup>12</sup>, y hasta 2027, al encontrarnos en un período transitorio, se ha ido incrementando 1 mes desde 2013 (con 65 años y 1 mes) a 2018; y dos meses desde 2018 a 2027. En 2021, la edad ordinaria de jubilación es de 66 años, o de 65 años con 37 años y 3 meses cotizados, según la D.T séptima LGSS. Se trata de una edad que debe aplicarse sin excepciones, ya que el propio precepto establece taxativamente, a estos efectos, que no serán «admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado», como ocurre con la anticipación de la edad ordinaria de jubilación establecida para las personas con discapacidad en el art. 206.2 LGSS<sup>13</sup>. Y, si cada año hasta 2027, se va incrementando, con carácter general, la edad ordinaria, hasta alcanzar los

<sup>10</sup> Califico de relativa esta compatibilidad, porque no se compatibiliza la cuantía de la pensión al 100 %, sino tan solo el 50 %, perdiendo el otro 50 % que le hubiera correspondido al trabajador, de acceder a la jubilación ordinaria.

<sup>11</sup> En el caso de que la actividad se realice por cuenta propia y se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 % (art. 214.2 2.º párrafo LGSS).

<sup>12</sup> Como consecuencia de la aplicación gradual de este requisito de la edad, evitándose pasar de un día para otro de 65 años a 67 años de edad.

<sup>13</sup> Existen dos modalidades para reducir la edad mínima de acceso a la pensión de jubilación de las personas con discapacidad: a) en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 % b) en el caso de acreditar «un grado de discapacidad igual o superior al 45 %, siempre que se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias de que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida» (art. 206.2 LGSS).

67 años en 2027, y a las personas con discapacidad no se les permite adelantar su edad de jubilación para acceder a esta modalidad de envejecimiento activo, cada vez será más difícil que se logre esa compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación adelantada en esta modalidad, para el caso de personas con discapacidad.

En consecuencia, la propuesta de acción positiva que se propone es la de permitir la compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación, como envejecimiento activo, cuando se trate del grupo de personas con discapacidad en los que se prevé la reducción de la edad de jubilación ordinaria con coeficientes reductores y demás condiciones que establece el art. 206.2 LGSS y reglamentos de desarrollo<sup>14</sup>.

En suma, se trata de permitir el acceso a la jubilación por envejecimiento activo, en la edad ordinaria de jubilación reducida que corresponde a las personas con discapacidad como excepción al art. 214.1.a) LGSS que exige la edad ordinaria general en todo caso.

### *1.2. La cotización*

En estos supuestos en los que se compatibiliza el trabajo con la pensión de jubilación, se prevé que en el Régimen General se coticen únicamente por incapacidad temporal y por contingencias comunes, estableciendo, además, la denominada cotización especial de solidaridad del 9 % sobre la base de cotización por contingencias comunes, correspondiendo un 7 % a la empresa y el 2 % al trabajador. Se trata más que de una cotización, de un impuesto, porque no se trata de cubrir ninguna contingencia conocida sino de algo tan etéreo y sin concretar como es la solidaridad, pero sin explicar qué es lo que se va a financiar con ese tributo, rompiendo así la técnica del sistema de cotización en la Seguridad Social y adoptando la técnica del impuesto. Y creo que aun tratándose de importes reducidos 2 %, en el caso de las personas con discapacidad debería suprimirse, pues, no sólo le va a suponer una reducción de su salario, sino que, además, no se tendrá en consideración para futuras prestaciones de Seguridad Social<sup>15</sup>. En consecuencia, la conclusión a la que debe llegarse en este caso es la de exceptuar de cotización a los trabajadores con discapacidad en esta modalidad de jubilación activa.

---

<sup>14</sup> Los reglamentos que desarrollan la reducción de la edad mínima de jubilación para las personas con discapacidad son: Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía, y el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social (1994) en cuanto anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

<sup>15</sup> A este respecto, véase el art. 153 LGSS.

### *1.3. El porcentaje de la pensión y el complemento por mínimos*

Por lo que respecta al porcentaje del 50 % de la pensión de jubilación en caso de compatibilidad, creo que, en el caso de las personas con discapacidad, debería elevarse, al menos al 75 % de la pensión original, pues, si en otro supuesto, como es el de los pensionistas de jubilación que compatibilizan su pensión con el trabajo por cuenta propia, el porcentaje se eleva al 100 % cuando contratan, al menos a un trabajador por cuenta ajena (art. 214.2 2.º párrafo LGSS), parece, si se pretende, de verdad, fomentar el empleo de personas con discapacidad que se les amplíe el porcentaje de la pensión reconocida.

Por otro lado, la normativa (art. 214.3 LGSS), establece que el pensionista que acceda a esta modalidad de pensión no tendrá derecho al complemento por mínimos, en el caso que su pensión resulte inferior a la mínima establecida, durante el tiempo en el que compatibilice su pensión con el trabajo. Creo que sería muy razonable, que se respete el complemento, en el caso de las personas con discapacidad, pues, con esa limitación difícilmente se podrá estimular a un trabajador con discapacidad a buscar empleo o a mantener el que venía desempeñando en la empresa. Con ello, se le ofrecería al trabajador una nueva posibilidad de acceso o permanencia en el ámbito laboral, sin perder el complemento, lo que supondría la percepción de un importe inferior a la mitad de la pensión mínima que le correspondería, en función de sus ingresos y su situación familiar.

## **2. Compatibilidad de la pensión de jubilación con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público**

Con carácter general la pensión de jubilación es incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, con la excepción, según el art. 213.2 párrafo 3.º LGSS, de los profesores universitarios eméritos y el personal licenciado sanitario emérito sujetos al Estatuto Marco del Personal estatutario de los servicios de salud. Pues bien, la propuesta consistiría en ampliar la excepción, para el caso de las personas con discapacidad. En este sentido, se debe insistir, en la necesidad de propiciar el acceso y la permanencia en el trabajo de las personas con discapacidad con el objetivo de su inserción en el ámbito laboral, en este caso del funcionarial.

## **3. Compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia cuyos ingresos no superen el salario mínimo interprofesional**

Otra de las posibilidades que nos ofrece la normativa<sup>16</sup>, es la de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia, siempre que los ingresos que

<sup>16</sup> Concretamente el art. 213.4 LGSS.

se obtengan no superen el SMI. Ciertamente, es una compatibilidad abierta a todos los trabajadores, incluidas las personas con discapacidad y, creo que se ajusta perfectamente al objetivo de este segmento, pues pese a la limitación de los ingresos para poder acogerse, concretada en el SMI, el objetivo que se pretende con esta medida es el de completar su pensión de jubilación con los ingresos que pueda percibir el trabajador por cuenta propia. En estos casos, no es obligatorio darse de alta en la Seguridad Social, pero tiene la contrapartida de que no generará nuevas prestaciones, ni incrementará la base de la propia pensión de jubilación. La propuesta, de acción positiva, consiste en que las mismas condiciones establecidas en esta incompatibilidad, se apliquen a las personas con discapacidad, pero ampliada al trabajo por cuenta ajena, lo que facilitaría el fomento del envejecimiento activo a través de la actividad laboral de este colectivo.

## V. DESEMPLEO

La Comisión no hace referencia a la compatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo de las personas con discapacidad, pero este autor, ha detectado una figura que podría extenderse a las personas con discapacidad, me refiero a la posibilidad de compatibilizar de la prestación o subsidio por desempleo y el trabajo.

### **Compatibilidad de la prestación o subsidio por desempleo con el trabajo**

Con carácter general la prestación y el subsidio por desempleo son incompatibles con el trabajo a tiempo completo, ya sea por cuenta propia o ajena (art. 282.1 LGSS). Sin embargo, «cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo destinados a colectivos *con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo*», se prevé la posibilidad de compatibilizar la prestación o subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena (art. 282.3 LGSS) o por cuenta propia (art. 282.4 LGSS). Creo que debería establecerse la posibilidad de tal compatibilidad<sup>17</sup>, en todo caso, como “programa de fomento de empleo” permanente, en el caso de las personas con discapacidad, porque representan a un segmento con «mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo».

## VI. PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

La única mención de la Comisión en la R-18, sobre discapacidad, referente a las prestaciones no contributivas se refiere a las prestaciones familiares. En ese sentido ahonda la R-18 al instar al legislador, en el sentido de que *deben mejorarse los niveles*

---

<sup>17</sup> Manteniendo las condiciones que se contienen en el art. 282 LGSS.

*de protección de las personas con discapacidad en las prestaciones familiares de Seguridad Social (asignación económica por hijo e hija a cargo y pensión de orfandad).*

## **1. El supuesto de hijo a cargo pensionista de pensión no contributiva y la percepción de asignación económica por hijo a cargo**

El art. 361.3 LGSS, establece la incompatibilidad de las asignaciones económicas por hijo a cargo con la condición por parte del hijo de la condición de pensionista de invalidez o jubilación no contributivas. Ciertamente, se trata de dos prestaciones de naturaleza no contributiva, que se declaran incompatibles, pero que van dirigidas a sectores más vulnerables de la población como es el de las personas con discapacidad, en este caso, de los hijos a cargo. Por lo demás, no siempre los propios requisitos de cada prestación permitirían esa compatibilidad, por lo que a mi modo de ver creo que se debería suprimir tal incompatibilidad, en el caso de que afecte a hijos con discapacidad, permitiendo de ese modo, la compatibilidad de la asignación económica por hijo a cargo con la condición del hijo de pensionista de invalidez o jubilación no contributiva.

## **2. Las pensiones no contributivas**

### *2.1. La compatibilidad con otros ingresos*

Una de las limitaciones para percibir las pensiones no contributivas (PNC) es la que hace referencia a los ingresos con los que cuenta el beneficiario. De manera, que una vez se accede al derecho a la pensión, el importe que corresponde al beneficiario será la diferencia entre la cuantía inicial establecida cada año por la Ley General de Presupuestos Generales del Estado, y los ingresos computables que perciba por otros conceptos. Pues bien, estos ingresos serán compatibles, siempre que no excedan del 35 % del importe anual previsto para las PNC. Así, si, en 2021, el importe inicial previsto para 2021<sup>18</sup>, es de 5.639,20 euros al año, y los ingresos obtenidos por el beneficiario fueran de 2.000 euros en ese mismo período, de esta cuantía serían compatibles el 35 % de 2000 euros, es decir, 700 euros, que no se tendrían en cuenta como ingresos, por lo que se considerarían 1.300 euros, que habría que deducir de los 5.639,20 euros, resultando una cuantía de la pensión de 4.939,20 euros en 2021. Esto, en el caso de inexistencia de unidad económica de convivencia, y se abonará en 14 mensualidades. Pues bien, la propuesta, es que en lugar de que se declare compatible ese 35 % de la

---

<sup>18</sup> Para el año 2021, la cuantía establecida para las pensiones no contributivas es de 5.639,20 euros, según el art. 44.Uno de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (LPGE 2021).



cuantía inicial de la PNC, se considere la compatibilidad en un porcentaje de, al menos un 60 %, en el caso de personas con discapacidad, y del 100 %, en el caso de las personas con discapacidad con al menos un grado de discapacidad del 75 %, sin distinción, ya sea la pensión de invalidez o de jubilación no contributivas. Esta medida, aunque no afectaría directamente a la compatibilidad de la pensión con el trabajo, indirectamente sí facilitaría el desempeño del mismo, al ampliar la compatibilidad de sus ingresos con la pensión no contributiva.

## *2.2. La compatibilidad de la pensión de invalidez no contributiva con el trabajo*

El art. 366 LGSS, establece una clase de compatibilidad específica que consiste, en que para aquellas «personas que con anterioridad al inicio de una actividad lucrativa vieran percibiendo pensión de invalidez no contributiva, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrá ser superior, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, de la suma del indicador público de renta de efectos múltiples, excluidas las pagas extraordinarias (6.778,80 euros) y la pensión de invalidez no contributiva vigentes en cada momento (5.639,80 euros). En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en la cuantía que resulte necesaria para no sobrepasar dicho límite», sin que afecte la reducción al complemento que se otorga al beneficiario cuando acredite un grado de discapacidad igual o superior al 75 % y necesite el concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida.

La propuesta en este caso, si se quiere realmente incorporar acciones positivas de inserción laboral de las personas con discapacidad, supondría ampliar el límite de compatibilidad en, al menos, un tercio del límite actual (importe PNC + IPREM).

## VII. NUEVA MEDIDA DE ACCIÓN POSITIVA DE COMPATIBILIDAD ESTABLECIDA PARA PERSONAS CON CAPACIDAD INTELECTUAL LÍMITE

Con la aparición del Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con discapacidad intelectual límite, se cumple con el compromiso del Gobierno de hace diez años<sup>19</sup>, de

<sup>19</sup> Concretamente, la disposición adicional sexta de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se dispone: «El Gobierno, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad, y en el plazo de doce meses, presentará medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite, que tengan reconocida oficialmente esta situación, aunque no alcancen un grado de discapacidad del 33 por ciento. Reglamentariamente el Gobierno determinará el grado mínimo de discapacidad necesario para que opere esta aplicación».

establecer medidas en favor de las personas con capacidad intelectual límite. Pues bien, por un lado, se define quién es persona con capacidad intelectual límite, a los efectos previstos en el real decreto y en las distintas normas laborales que regulen medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite. Así, según el art. 2 RD 368/2021, «se entiende por tales aquellas personas inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados que acrediten oficialmente, según los baremos vigentes de valoración de la situación de discapacidad, al menos un 20 por ciento de discapacidad intelectual y que no alcancen el 33 por ciento».

Y una medida concreta de acción positiva que tiene relación directa con la compatibilidad es la que figura en la nueva disposición adicional tercera.1 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, incorporada por el art. 4 RD 368/2021. En este caso, no se refiere a la compatibilidad de prestaciones con el trabajo, sino al *régimen de subvención* previsto en el art. 7 RD 1451/1983, salvo en la cuantía de la subvención, que será de 2.000 euros por cada contrato de trabajo celebrado a tiempo completo. La duda que se plantea es, si sólo afecta a la subvención o también se les puede aplicar el régimen de bonificaciones a las cuotas empresariales a la Seguridad Social. En una interpretación estricta solo afecta a la subvención, pues en otro caso el precepto se hubiera remitido al régimen de subvención y de bonificaciones, no solo a la subvención. Además, establece<sup>20</sup>, si el contrato se celebra por tiempo indefinido, la posibilidad, compatible con la subvención anterior de solicitar las subvenciones destinadas a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales al trabajador con discapacidad contratado o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los trabajadores con discapacidad. De manera, que siendo compatibles, en realidad, vienen a ser medidas que ya se aplicaban a los trabajadores con discapacidad, si bien, en el caso del colectivo de personas con capacidad intelectual límite, aun manteniendo la compatibilidad entre ayudas o beneficios, sin embargo, se reduce el importe de la subvención y se les excluye de las bonificaciones de cuotas referenciadas, algo que no se entiende, si realmente se consideran situaciones, que en muchas ocasiones, resultan de mayor dificultad de inserción laboral que en otros trabajadores que tienen el reconocimiento de la discapacidad con el grado del 33 %.

Sobre esta novedad, creo que una auténtica medida de acción positiva de acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite es sólo con el trabajo, sin embargo,

---

<sup>20</sup> Apartado 2 de la disposición adicional tercera RD 1451/1983, incorporada por RD 368/2021, de 25 de mayo.

el RD 368/2021, considera como acción positiva la compatibilidad entre las subvenciones del art. 7 y 12 del RD 1451/1983, si acaso podría considerarse de acción positiva indirecta, pues tal medida, en nada supone una acción directa sino que van dirigidas exclusivamente a estimular al empresario a la contratación y mantenimiento de trabajadores con discapacidad, mientras se mantengan los incentivos fiscales o de Seguridad Social. Por otro lado, a mi entender, la nueva norma se ha quedado corta, pues debería haber equiparado a las personas con capacidad intelectual límite con las personas con discapacidad a todos los efectos. No se entienden esas restricciones con este sector, que la realidad demuestra que se enfrentan con barreras, a veces, más difíciles de franquear en sus circunstancias, que muchos de quienes tienen reconocido la condición de persona con discapacidad, según los actuales baremos de aplicación del grado de discapacidad.

**Carlos de Fuentes G.<sup>a</sup> Romero de Tejada**

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid

**Segundo Valmorisco Pizarro**

Profesor Ayudante Doctor en el Departamento Ciencia Política y de la Administración  
Instituto Complutense de Ciencia de la Administración  
Universidad Complutense de Madrid

////////////////////////////////////  
**CINCUENTA AÑOS DE LA POLÍTICA DE EMPLEO PARA LA INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. BALANCE Y RETOS DE FUTURO\***

**RESUMEN**

El artículo analiza la política de empleo de las personas con discapacidad de los últimos cincuenta años. Para ello, realiza en primer lugar, una enumeración, no exhaustiva pero sí muy significativa de catorce medidas instauradas para la inclusión laboral de este sector; en segundo término, revisa los resultados de esta batería de herramientas para, a continuación, hacer un balance global del conjunto normativo, con la propuesta de nuevas medidas pues es preciso un cambio de paradigma.

“No basta con que una norma se apruebe, hay que pasar de los derechos a los hechos”

Rafael de Lorenzo<sup>1</sup>

---

\* El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación: “El futuro del trabajo: transformaciones y retos”, Universidad Complutense de Madrid, Ref.970922.

<sup>1</sup> En la entrevista en el semanario *cermi.es semanal*, n.º 447, julio 2021, accesible en: <http://semanal.cermi.es/boletin/1170/seccion/25%C2%BA%20aniversario%20del%20CERMI.aspx>

## 1. INTRODUCCIÓN

Sin duda, 2020 será recordado como el año del comienzo de la pandemia COVID-19. Ahora bien, ha pasado inadvertido que también se cumplía medio siglo desde el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, que es considerado comúnmente como la norma inicial de la política de empleo de las personas con discapacidad (en adelante, PCD) al ser la primera que trataba específicamente y de manera global el trabajo de este colectivo<sup>2</sup>. Tan importante efeméride merece que nos detengamos a evaluar las bondades de esta normativa, los resultados obtenidos y los retos que quedan por afrontar. Este es el objetivo del presente trabajo.

Comenzaremos con la sistematización de las principales normas sobre el empleo de las PCD. Hemos identificado catorce iniciativas reseñables. No se trata de analizar todas las disposiciones que han tratado en alguna medida sobre este asunto. Tampoco de estudiar las reglas seleccionadas con detalle, pues ello excedería las dimensiones de este estudio<sup>3</sup>.

A continuación, nos adentraremos en qué resultados se han obtenido con esta normativa. Reflexionaremos sobre los datos estadísticos y, sobre todo, la evolución de la inclusión laboral del colectivo en España para, a continuación, poder llevar a cabo un balance global de la aprobación de este nutrido y complejo conjunto normativo.

Para finalizar, expondremos los principales retos del empleo de las PCD y nos detendremos a reflexionar si es preciso un cambio de paradigma.

En definitiva, lo que se pretende es tener una visión de conjunto de la normativa de empleo de las PCD, identificar la política legislativa relacionada con el colectivo y realizar una valoración de la misma, reconociendo los avances alcanzados y poniendo en evidencia los retos pendientes. La revisión normativa que se propone debe tener como referente la Convención de la ONU sobre los derechos de las PCD de 2006<sup>4</sup> (en

---

<sup>2</sup>No obstante, tiene como precedente la Orden Ministerial de 7 de noviembre de 1968 sobre Centros de Trabajo Protegidos. Al respecto, vid. ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de Trabajo y Discapacidad*. Móstoles (Madrid): Ediciones Ibídem, 1999. ISBN 84-88399-44-8, p. 46.

<sup>3</sup> Un estudio con semejante objetivo, aunque sin agotar todas las normas existentes en la materia, se puede encontrar en: DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.). *Tratado sobre Discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2007. ISBN 978-84-8355-138-7.

<sup>4</sup> Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobada por la Asamblea de la ONU el 13 de diciembre de 2006, junto con su Protocolo Facultativo, ratificado por España mediante Instrumento de ratificación, *Boletín Oficial del Estado*, 21 de abril de 2008.

adelante, la Convención), máximo referente del cambio de perspectiva del modelo médico de atención a la discapacidad a un patrón jurídico basado en los Derechos Humanos.

## 2. LAS MEDIDAS DE EMPLEO MÁS SIGNIFICATIVAS ADOPTADAS PARA EL COLECTIVO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD DESDE 1970 HASTA LA ACTUALIDAD

Hemos dividido la exposición en reglas para la inclusión en el empleo ordinario (subapartado 2.1); en el protegido (subapartado 2.2); apoyos económicos para la contratación del colectivo (subapartado 2.3) y, en fin, una miscelánea de otras medidas adoptadas (subapartado 2.4).

### 2.1. Disposiciones para la inserción en el mundo laboral normalizado

En este apartado hemos identificado hasta cinco medidas claves que pasamos a revisar de manera sucinta a continuación:

La primera de ellas —y la principal en este ámbito— es el cupo de puestos de trabajo reservados para trabajadores con discapacidad, regulado en el art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGD). La existencia de la obligación legal de una cuota de reserva del 2 % para PCD en empresas de 50 o más trabajadores se promulgó por primera vez en 1970 por el Decreto 2531/1970 (art. 11.1)<sup>5</sup> y se ha mantenido durante este medio siglo pero, aun así, lo cierto es que su cumplimiento deja mucho que desear<sup>6</sup>. Tan es así, que el legislador ha

---

<sup>5</sup> Esta obligación debía ser cumplida a medida que fueran surgiendo vacantes en las empresas. Además, esta misma norma preveía en su artículo 10 que el Ministerio de Trabajo determinaría y clasificaría, por ramas de actividad y categorías profesionales, los empleos y puestos de trabajo que las empresas deberían reservar para la contratación de trabajadores con discapacidad, teniendo en cuenta la causa y naturaleza de la limitación de su capacidad, así como el grado de disminución de la misma y los conocimientos profesionales de las personas afectadas. Sobre antecedentes y evolución histórica de la cuota de reserva en el empleo, vid. PÉREZ PÉREZ, J. *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*. Madrid: Thomson Reuters-Lex Nova, 2015, ISBN 978-84-9099-022-3, pp. 368-373.

<sup>6</sup> MORA GONZÁLEZ, V. y CABRA DE LUNA, M. Á. “Hacia una nueva regulación del trabajo de las personas con discapacidad.” En *Anales de Derecho y Discapacidad*. Revista electrónica: CERMI, 2016, n.º 1, pp. 69-88, ISSN: 2530-4011, especialmente, pp. 84-85, estiman un cumplimiento totalmente insatisfactorio que, en ningún caso superaría la mitad del objetivo de la ley, esto es, entre un 0,5 y 1 %. Tal como indica PÉREZ PÉREZ, J. La cuota de reserva en favor de trabajadores con discapacidad: una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento. En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, vol. 5, n.º 4, pp. 135-166, ISSN: 1889-1209, especialmente pp. 138-139, el incumplimiento de la cuota de reserva fue manifestado incluso por la Estrategia Global de Discapacidad 2008-2012.

tenido que introducir una batería de medidas, de diversa índole, para tratar de revertir la situación. En primer término, se amplió en la Ley de Integración Social de PCD de 1982 (art. 38.3) la cuota de reserva al ámbito del empleo público con carácter general para que se aprovisionara en las ofertas de empleo públicas un cupo para ser cubiertas por PCD (actual 42.2 LGD). Dicho porcentaje en la actualidad, tras la reforma de la Ley 26/2011, asciende al 7 % según está previsto en el art. 59 del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) para, de esta manera, alcanzar en un menor espacio temporal el ansiado 2 % de trabajadores con discapacidad en el empleo público. Asimismo, es muy significativo que, además, desde esta última reforma se reserve un 2 % para PCD intelectual, lo que demuestra un interés por potenciar el empleo de determinados subcolectivos con mayores dificultades de inclusión, dentro del espectro de PCD<sup>7</sup>. Por su parte, debemos señalar que, en determinadas Comunidades Autónomas, este porcentaje de ofertas de empleo público reservado se incrementa, como es el caso de Andalucía donde se sitúa en un 10 %, destinando un 1 % de las mismas para personas con discapacidad por problemas de salud mental, primera vez que ocurre en nuestro país<sup>8</sup>.

Con todo, la principal medida para impulsar el cumplimiento efectivo de la cuota de reserva fue, paradójicamente, una disposición normativa –Ley 66/1997, desarrollada por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril– para posibilitar la autorización de estar excepcionado de contratar PCD. Como es sabido, a través de esta norma se permite que la empresa pueda quedar exenta de esta obligación de reserva a favor de PCD, de forma parcial o total, por aplicación de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, también se prevé que la empresa pudiera solicitar a la administración la posibilidad de que se le concediera la excepcionalidad de tener que cumplir con esta obligación legal, bien por la imposibilidad de contratación de trabajadores con discapacidad por parte de la empresa, que debe estar justificada en razones técnicas, económicas, organizativas o productivas, o bien porque los servicios públicos de empleo no pueden atender las ofertas de empleo para contratar a trabajadores con discapacidad presentadas por la empresa. En ambos casos se exige que se apliquen unas medidas alternativas (comprar bienes o servicios a Centros Especiales de Empleo o trabajadores autónomos con discapacidad, o bien donar a una entidad cuya finalidad sea la inclusión laboral del colectivo), que ha tenido como resultado un incremento significativo del empleo protegido<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cuestión que había sido solicitada años atrás por ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de Trabajo y Discapacidad*. Móstoles (Madrid): Ediciones Ibdem, 1999. ISBN 84-88399-44-8, pp. 70-71.

<sup>8</sup> Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 4 de octubre de 2017.

<sup>9</sup> Para un estudio detallado de las medidas excepcionales, mal llamadas alternativas, vid. PÉREZ PÉREZ, J. Contratación laboral de personas con discapacidad, cit., pp. 419-467.

Otra medida para fomentar la observancia de la reserva de empleo para trabajadores con discapacidad ha sido una campaña específica de vigilancia llevada a cabo por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), por lo menos desde hace más de tres lustros, lo cual ha provocado un incremento relevante en el número de empresas que acatan esta regla. La ITSS publicó el criterio interpretativo 98/2016 para solventar las dudas que se daban en la práctica sobre el régimen jurídico de la cuota de reserva y de la posible excepcionalidad, aplicando las medidas alternativas<sup>10</sup>.

Más recientemente, se ha tratado de impulsar el acatamiento de la obligación legal que estamos analizando por medio de impedir que quien no cumpla con esta obligación legal pueda ser contratista del sector público [art. 71.1.d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público], las denominadas “cláusulas sociales” que son consideradas por el TJUE, en su sentencia Tim SPA – Direzione e coordinamento Vivendi SA, C-395/18, 30 de enero de 2020, como un “Principio de la Contratación Pública” al mismo nivel que la igualdad de trato, no discriminación, la transparencia y la proporcionalidad<sup>11</sup>.

Las otras cuatro medidas que hemos seleccionado las vamos a revisar de manera mucho más sucinta. Comenzaremos por el denominado empleo selectivo, se trata de reglas para producir la readmisión o reincorporación en el mundo empresarial ordinario de trabajadores que se ven afectados de una incapacidad permanente parcial, total o absoluta, cuyo régimen jurídico se recoge en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo.

En tercer término, el contrato temporal de fomento del empleo, regulado por la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006, único contrato temporal acausal existente en la actualidad en nuestra legislación laboral. A través de esta figura se puede

---

<sup>10</sup> Sobre esta labor de vigilancia específica de la cuota de reserva de PCD llevada a cabo por la ITSS y su impacto positivo en el empleo del colectivo, vid. DE FUENTES G.<sup>a</sup>-ROMERO DE TEJADA, C. y VALMORISCO PIZARRO, S. “La actuación de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social en relación con las personas con discapacidad”. En *Revista Española de Discapacidad*. Revista electrónica: Centro Español de Documentación sobre Discapacidad del Real Patronato de Discapacidad, 2021, volumen 9, n.º 2, pp. 7-22. ISSN: 2340-5104, DOI: <https://www.cedd.net/redis/index.php/redis/issue/view/30>. Presentado como ponencia en el Congreso de la Red Española de Política Social, en la mesa “Discapacidad, capacitismo y políticas sociales”, celebrado de forma híbrida, presencial en Bilbao y virtual, del 15 al 17 de marzo de 2021.

<sup>11</sup> En esta misma línea, el CERMI ha propuesto la modificación de la Ley de subvenciones para que no puedan recibir ningún tipo de estas ayudas quien no cumpla con la cuota de reserva del 2 % para PCD, la noticia puede seguirse en: <http://semanal.cermi.es/noticia/CERMI-plantea-Parlamento-modificar-Ley-Subvenciones-no-conceda-ayuda-empresas-no-cumplan-reserva-empleo-personas-discapacidad.aspx>



contratar temporalmente a una PCD para realizar la actividad habitual de la empresa y con ella se pretende facilitar las posibilidades de empleo de los trabajadores con discapacidad. Sin duda es muy elocuente el interés del legislador por fomentar el trabajo del colectivo a toda costa, sea este empleo indefinido o temporal.

En cuarto lugar, el empleo con apoyo (ECA), como medida de fomento de la ocupación de PCD en el ámbito laboral ordinario, regulado mediante el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio. La clave de esta norma se encuentra en los apoyos que preparadores laborales especializados realizan dentro de la empresa, facilitando la adaptación del puesto de trabajo a la PCD<sup>12</sup>.

Para terminar, en quinto y último lugar, los ajustes razonables, reconocidos en la Convención (art. 2) y en la LGD [art. 2.m)], como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”. La denegación de ajustes razonables sería una forma de discriminación, consagrada en el art. 14 de nuestra Constitución, que ha sido recientemente aplicada por la STC 51/2021, de 15 de marzo.

## 2.2. Medidas para la incorporación en el empleo protegido

Desde el punto de vista de la política legislativa para la inclusión laboral de las PCD una de los temas de mayor relevancia es la creación, desde finales de los años sesenta del siglo pasado, de un mundo laboral diferenciado y exclusivo para este colectivo. Los originales Centros de Empleo Protegido a los que hacen referencia el art. 17.1 del Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, y la Orden de 7 de noviembre de 1968 (BOE de 30/11/1968), dieron paso a los actuales Centros Especiales de Empleo (CEE) regulados en el art. 43 LGD y en los que rige una relación laboral de carácter especial (RD 1368/1985, de 17 de julio). A través de este sistema de empleo logran trabajar un importante porcentaje de PCD y sus resultados son ciertamente meritorios<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Sobre el Empleo con Apoyo en España, vid. <http://www.empleoconapoyo.org/aese/article15.html>. En todo caso, las cifras de esta forma de empleo son muy modestas, en torno a 3.000 personas estaban registradas en 2016 según un informe elaborado por el Observatorio Estatal de la Discapacidad, accesible en: <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/realidad-situacion-dimension-y-tendencias-del-empleo-con-apoyo-en-espana-en-el-horizonte-del-ano-2020/>

<sup>13</sup> De las 5.000 PCD que se estima que trabajan en 1988 en los CEE, se ha pasado entre 85.000 y 100.000 en 2018 y 2019. El primer dato se puede encontrar en Consejo Económico y Social. Informe sobre la situa-

En la evolución normativa de este tipo de empresas es reseñable cómo a través de la Ley 66/1997 el legislador modificó el porcentaje de trabajadores con discapacidad que debían tener los CEE, que se rebajó a un mínimo del 70 %. No obstante, el asunto fundamental es si tras la promulgación de la Convención en 2006 y su ratificación por España en 2008, este tipo de empresas son acordes con su art. 27 que promueve el derecho al trabajo de las PCD en igualdad de condiciones con las demás “en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad”. La respuesta no es sencilla y merecería una reflexión más detenida<sup>14</sup>, no obstante, nuestra posición es proclive a considerar que, a corto plazo, los CEE, por regla general, son un espacio accesible para el empleo de las PCD y pueden servir de espejo para que la empresa ordinaria pueda fijarse y lograr la adaptación de puestos de trabajo que precisa el colectivo. Asimismo, la Convención debe servir para revisar el funcionamiento de los propios CEE para que se conviertan, por un lado, en el puente o tránsito hacia la empresa ordinaria y, de otro, como un baluarte para las PCD con mayores dificultades de empleabilidad<sup>15</sup> para, a medio plazo, considerar si deben mantenerse. En todo caso, en la transformación normativa del empleo protegido merece resaltar la Disposición Final 14 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del

---

ción del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación [en línea]. Madrid: CES, 1995. [Consultado 09/03/2022]. Disponible en: <http://www.ces.es/documents/INF/1995/05>, p. 17. Y, el segundo, en <https://www.cepes.es/social/estadisticas>. Del total más reciente, casi la mitad (46.000 personas) trabajan en CEE sin ánimo de lucro, adheridos a la patronal FEACEM: [https://www.cepes.es/principal/members/243\\_federacion-empresarial-espanola-asociaciones-centros-especiales-empleo-feacem](https://www.cepes.es/principal/members/243_federacion-empresarial-espanola-asociaciones-centros-especiales-empleo-feacem)

<sup>14</sup> Al respecto, vid. el Informe realizado en diciembre de 2015 por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, de la Universidad Carlos III de Madrid –actual Instituto Gregorio Peces Barba–, sobre esta temática del impacto de la Convención en los CEE, accesible en:

[https://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_derechos\\_humanos/noticias/informe-cees-cdpd/informe-cees-idhbc.pdf](https://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/noticias/informe-cees-cdpd/informe-cees-idhbc.pdf). Hay doctrina que no sólo no ven inconveniente en los CEE sino que anclan en la propia Constitución Española su misma existencia, LAHERA FORTEZA, J. “Acceso al Mercado Laboral y contratación de los discapacitados”. En AA.VV., Valdés Dal-Ré, F. (Dir.) y Lahera Forteza, J. (Coord.). *Relaciones laborales de las personas con Discapacidad*. Madrid: Biblioteca Nueva, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset, 2005. ISBN: 84-9742-433-6, p. 94; También, TUSET DEL PINO, P. *La contratación de trabajadores minusválidos*. Pamplona: Aranzadi, 2000. ISBN: 978-84-8410-424-7, p. 90.

<sup>15</sup> Sobre esta materia, vid. GARCÍA SABITIER, A. B. *Centros Especiales de Empleo para personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al trabajo*, Tesis Doctoral [en línea]. Documento electrónico, 2015, accesible en: <https://roderic.uv.es/handle/10550/49952>. En la misma línea de considerar los CEE exclusivamente para las PCD con especiales dificultades de empleabilidad, ESTEBAN LEGARRETA, R. La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico. En AA.VV., Esteban. R. y Pérez, F. (Dir.) y Sola, X. (Coord.). *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. ISBN: 978-84-9876-538-0, p. 62, ya que son las que precisan los programas de ajuste personal y social realizados en los CEE.

Sector Público que introduce la figura del CEE de iniciativa social, diferenciándolo de aquel que tiene ánimo de lucro. Esta modificación normativa ha posibilitado la discriminación positiva de este tipo de CEE para otorgarles ayudas y reserva de contratos públicos.

En otro orden de cosas, la regulación de las medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva, ya comentada más arriba, sin duda supuso un refuerzo al empleo protegido como vía de acceso al trabajo de las PCD.

Otra institución de gran importancia, tanto por su objetivo de impulsar el tránsito entre el empleo protegido y la empresa ordinaria, como por ser la primera en la que se diferencian entre discapacidades severas o no severas, son los enclaves laborales, regulados en el RD 290/2004, de 20 de febrero. Consisten en la subcontratación de obras o servicios entre una empresa ordinaria (empresa colaboradora) dentro del ámbito de la propia actividad de ésta<sup>16</sup>.

### **2.3. Apoyos económicos a la promoción del empleo del colectivo**

Sin poder entrar en esta materia que tiene una profusa legislación<sup>17</sup>, lo cierto es que desde los comienzos de la política de empleo para el colectivo de PCD se ha utilizado el incentivo económico como vía para superar las posibles reticencias empresariales en relación con estos trabajadores. Así, se han previsto subvenciones, reducciones y bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, deducciones fiscales y reducciones en las cuantías indemnizatorias en caso de extinciones del contrato de trabajo, todo ello, tanto en el empleo ordinario como en el protegido y, más recientemente, es reseñable cómo se está fomentando el autoempleo de las PCD, muy en línea con las directrices de la política de empleo de la Unión Europea, lo cual demuestra una confianza mayor hacia la empleabilidad del colectivo, si bien sus resultados son muy discretos<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Un análisis detenido de la figura en CEREJIDO BARBA, R. *123 preguntas sobre Discapacidad y empleo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2017. ISBN: 978-84-16608-76-8, pp. 183-212.

<sup>17</sup> Un estudio práctico sobre el tema en PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, cit., especialmente pp. 234-337. También, CEREJIDO BARBA, R., *123 preguntas sobre Discapacidad y empleo*, cit., pp. 91-136.

<sup>18</sup> En 2020, no llegaban a 23.000 PCD dadas de alta en el régimen de autónomos, <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/aumenta-un-1-por-ciento-el-n%C3%BAmero-de-trabajadores-aut%C3%B3nomos-con-discapacidad-en>, si bien hay una cierta tendencia positiva aunque se ha ralentizado por causa de la COVID-19.

## 2.4. Otras medidas puestas en marcha

Aparte de los instrumentos normativos analizados en los anteriores puntos, sin ánimo de exhaustividad, podemos identificar otros cinco grandes elementos de interés para nuestro objetivo de conocer la evolución de la política legislativa en relación a las PCD. El primero de ellos, ya se ha apuntado con anterioridad, se trata de la diferenciación entre los diversos colectivos incluidos dentro de la discapacidad y el mayor impulso e incentivo a la contratación de PCD severa. Ello se reguló en el art. 6 del RD de Enclaves laborales (diferenciación entre discapacidades severas y no severas) y se ha mantenido a través de la Ley 43/2006 que recoge el programa de fomento del empleo. Otro ejemplo de esta línea es, como antes vimos, la reserva de puestos de trabajo en las ofertas de empleo de público a PCD intelectual (2 % del 7 % actual específicamente para este subcolectivo) y mental (1 % en Andalucía). En fin, un patrón que se ha consolidado recientemente con el RD 368/2021, de 25 de mayo, que regula medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite, que pone el foco en personas que detentan entre un 20 y un 32 % de discapacidad.

Otro espacio de interés en esta rápida revisión de hitos relacionados con la inclusión laboral de PCD es la denominada Responsabilidad Social de la Discapacidad (RSE-D), línea de trabajo espolada por el Comité Español de Representantes de Personas con discapacidad (CERMI) desde 2009<sup>19</sup>, para aprovechar las sinergias de la mayor concienciación de las empresas con el impacto que provocan las organizaciones en la sociedad, junto con los Objetivos de Desarrollo Sostenible<sup>20</sup> para tratar de aprovecharlo en pos del empleo del colectivo. Lo cierto es que esta vía, enfocada inicialmente en la

---

<sup>19</sup> Sobre el concepto y virtualidad de la Responsabilidad Social, vid. la magnífica monografía AA.VV. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, A. (Coord.). *La Responsabilidad Social de las Organizaciones*. Madrid: Editorial Grupo 5, 2013. ISBN: 978-8493987244. Vid. también el interesante documento de FUNDACIÓN PERSONAS Y EMPRESAS, *Libro Blanco Fórmulas Socialmente Responsables de Empleo*, editado por la propia Fundación con la subvención del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2011. Puede descargarse una versión electrónica del documento en la página Web [www.fundacionpersonasyempresas.org](http://www.fundacionpersonasyempresas.org)

En concreto, sobre Responsabilidad Social y Discapacidad, vid. las *Guías de Responsabilidad Social y Discapacidad* de la Fundación ONCE y el CERMI, accesibles en:

<https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/colecciones-propias/programa-operativo/guia-de-rse-d-responsabilidad-social> (2009) y

[https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Gu\\_a\\_estrategias\\_%28RSC-D%29\\_para\\_Administraciones\\_P\\_blicas.pdf](https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Gu_a_estrategias_%28RSC-D%29_para_Administraciones_P_blicas.pdf) (2014, específico para las Administraciones Públicas).

<sup>20</sup> Vid. la entrevista al experto en RSE-D Miguel Laloma en octubre de 2018, accesible en: <http://semanal.cermi.es/noticia/entrevista-miguel-laloma-experto-rse-discapacidad-ods.aspx>

sensibilización y concienciación, está dando pasos tímidamente al empleo<sup>21</sup>. Sin duda, la legislación sobre Información No Financiera, impulsada por la UE y traspuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, es una herramienta útil dado que en nuestro país se ha establecido la obligación de reportar información sobre discapacidad y accesibilidad.

En tercer término, otro campo de actuación, que por su extensión y complejidad no podremos más que enunciar aquí, sería la Prevención de Riesgos Laborales dada su potencialidad como espacio para la adaptación de puestos de trabajo de PCD, superando la concepción del polémico art. 25 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales<sup>22</sup>.

Otra área relevante para el empleo de las PCD es la protección social de la discapacidad y su compatibilidad con un puesto de trabajo. Como indica ESTEBAN LEGARRETA<sup>23</sup>, “[I]a realidad social [las familias de PCD] –y la política legislativa han caminado preferentemente hacia las pensiones, con unos resultados clamorosamente pobres en materia de empleo”. De ahí que se precise una reforma muy relevante en este ámbito<sup>24</sup>.

En fin, en quinto lugar, también es menester hacer referencia a las Estrategias nacionales y de la Unión Europea por los derechos de las personas con discapacidad. Desde 2003, Año Europeo de la Discapacidad, vienen estableciéndose periódicamente este tipo de documentos técnicos plurianuales (a nivel comunitario y en cada Estado Miembro) que tienen como virtualidad principal la visión transversal de la PCD en todas las políticas públicas, junto con la ejecución de planes de acción específicos. En

<sup>21</sup> <https://www.portalento.es/Empresas/Rse-discapacidad/Default.aspx> y <http://www.bequal.es/>

<sup>22</sup> TORRENTS MARGALEF, J. “Los derechos de Seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”. En VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.) *Relaciones Laborales de las personas con Discapacidad*, cit., p. 250.

<sup>23</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., p. 268. Los últimos datos publicados, siguen dando la razón a este autor. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *El empleo de las personas con discapacidad, 2020 [en línea]*. Documento electrónico, publicado en diciembre 2021. [Consultado 09/03/2022], p. 9 de la nota de prensa, indican que más del 65 % de PCD en edad laboral perciben algún tipo de prestación económica pública. Si bien el porcentaje se ha reducido en 2,6 puntos en 2020 sobre el año anterior (idéntica tendencia a la baja que la población sin discapacidad, donde se ha reducido aún más si cabe).

<sup>24</sup> Una propuesta en, CERMI. *Compatibilidad entre trabajo y pensiones de Seguridad Social. Propuesta de reforma normativa desde el sector social de la discapacidad [en línea]*. Madrid: Editorial Cinca, 2020. [Consultado 09/03/2022]. Disponible en: <https://www.cermi.es/es/colecciones/compatibilidad-entre-trabajo-y-pensiones-de-seguridad-social-propuesta-de-reforma>. También, DE FUENTES G.<sup>ª</sup>-ROMERO DE TEJADA, C. *Compatibilidad entre prestaciones sociales y discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

nuestro país, tuvo una extraordinaria importancia la Estrategia Global de Acción por el Empleo 2008-2012 y, dado el tiempo ya transcurrido, sería posible ir pensando poder elaborar un documento de similares características y ambiciones.

### 3. RESULTADOS Y BALANCE DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

Tras realizar en el apartado anterior el sucinto análisis del vasto cuerpo normativo sobre el empleo de las PCD, debemos ver, en primer término, qué resultados ha tenido en este medio siglo para, a continuación, poder llevar a cabo el balance del mismo.

En el Anexo 1 hemos incluido una tabla con los principales datos de inclusión laboral del colectivo, haciendo una comparativa temporal desde 1986, con las primeras estadísticas que conocemos al respecto, hasta el año 2020, fecha de las últimas cifras publicadas. Revisando los números, son varias las ideas relevantes a tener en cuenta:

- 1) En 2020 hay, en números redondos, 197.000 trabajadores con discapacidad más que en 1999. Este es un dato incuestionable por el cual podemos calificar que la política de empleo está caminando en la buena dirección. Desde 2015 se logra superar la barrera de las 400.000 personas trabajadoras con discapacidad y ya no se ha bajado de ese listón. No obstante, se observa cómo en los últimos años la mejora parece haber llegado a su techo, pues el ritmo de incorporación está aminorando e, incluso, en 2019, se redujo. En 2020, los datos han mejorado las expectativas provocadas por la crisis de la COVID-19. Veremos si se consolida esta situación o si hemos alcanzado el tope posible con la legislación existente.
- 2) Sigue preocupando sobremanera la baja tasa de actividad de este grupo de población (34,34 %), más de 40 puntos porcentuales inferior al nivel general que se sitúa en el 76,14 %. Por ello, es menester realizar alguna acción más en este sentido como apuntaremos al final del estudio.
- 3) En fin, la tasa de paro de las PCD se sitúa en diez puntos porcentuales superior a la de la población general, ratio que se mantenía desde 2012, y que se logrado reducir en 2020 hasta 6,78 puntos. Veremos si la tendencia se logra consolidar.

En definitiva, las cifras de la inserción laboral de las PCD han ido mejorando, pero entendemos que todo apunta a que han alcanzado su “techo de cristal”.

Por su parte, debemos poner en evidencia que, según estadísticas del Instituto Nacional de Estadística (INE)<sup>25</sup>, de forma paulatina se está reduciendo el número de co-

---

<sup>25</sup> Estadística del INE, Ocupados con discapacidad que cotizan a la Seguridad Social según reducciones/bonificaciones por discapacidad, por sexo, accesible en: <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?tpx=29832&L=0>

tizantes que utilizan contratos con bonificaciones o ayudas económicas. Además, si analizamos la eficacia de los incentivos económicos en las relaciones laborales, estudios recientes demuestran que las ayudas para el empleo de las PCD representan un 40 % del total y alberga dudas de su efectividad, pues no encuentra evidencia de que fomenten efectivamente la contratación del colectivo<sup>26</sup>.

Evaluadas las estadísticas, es momento de llevar a cabo el balance de la normativa sobre el empleo de las PCD. Una primera valoración conclusiva sería poner de manifiesto la diversidad de iniciativas que se han puesto en marcha, lo cual denota que el legislador no ha permanecido impassible y ha tratado de “remover los obstáculos” existentes para el empleo del colectivo, tal cual exige el art. 9.2 CE en un Estado Social de Derecho<sup>27</sup>, si bien ha instaurado un sistema normativo excesivamente complejo y descoordinado<sup>28</sup>, que sería recomendable que se pudiera reconducir en un futuro. No obstante, la variedad de medidas denota que el legislador –conducido por el CERMI, como luego se dirá– conoce y se encuentra muy cercano tanto al mundo empresarial, como a los instrumentos que tienen buenos resultados en otras partes del mundo (ECA) y, sobre todo, que se ha ido adaptando a las novedades existentes en la gestión empresarial (Responsabilidad Social, Información No Financiera, Contratación pública, Objetivos de Desarrollo Sostenible, etc.), tratando siempre de poner en el centro del debate al colectivo de PCD.

Para continuar, podemos concluir que las principales reglas adoptadas, bien por su singularidad, bien por su perseverancia y mantenimiento en el tiempo, son las tres siguientes: por un lado, la reserva de una cuota o porcentaje de puestos de trabajo para el colectivo (con todas las novaciones que hemos revisado sucintamente y la posibilidad de solicitar la excepcionalidad y la aprobación de medidas alternativas); por otro, la incentivación económica de la contratación (incluida una modalidad de contrato

---

En 2019, el porcentaje de trabajadores que cotizan con tipos de contratos con incentivos económicos es del 26,7 %, ratio que ha descendido 2,6 puntos desde 2014 que se situaba en un 29,3 %, lo que demuestra la reducción del interés por este tipo de apoyos a la contratación.

<sup>26</sup> AIREF (Autoridad Independiente de Responsabilidad fiscal), *Incentivos a la contratación*, Madrid, octubre 2020, documento electrónico accesible en:

<https://www.airef.es/wp-content/uploads/2020/10/INCENTIVOS/PDF-Web-Incentivos-a-la-contratacion%CC%81n-3.pdf>

<sup>27</sup> GIMÉNEZ GLÜCK, D. “Estado social y acciones positivas: especial consideración de las personas mayores y de las personas con discapacidad”. En DÍAZ PALAREA, M. D. y SANTANA VEGA, D. M. (coord.). *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2008.

<sup>28</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F. Prólogo. En CER EJIDO BARBA, R. *123 preguntas sobre discapacidad y empleo*, cit., p. 21.



temporal) y, en tercer lugar, la creación del empleo protegido en CEE. A pesar de la importancia que las ayudas económicas suponen sobre el conjunto de los apoyos económicos para la inclusión laboral, lo cierto es que es cada vez menor el número de cotizantes con algún tipo de contrato incentivado, de ahí que apostemos por revisar esta herramienta, tal como indicaremos al final del estudio.

Además de lo anterior, se observa un cambio de tendencia en cuanto a la preferencia del empleo normalizado sobre el protegido. Si hasta la primera década de los años 2000 el legislador iba poniendo en marcha algunas iniciativas para lograr el empleo en empresa ordinaria (señaladamente, el empleo selectivo, el ECA, los enclaves laborales y el incremento de la cuota de reserva en las ofertas al empleo público), a continuación tal pretensión parece haberse olvidado o, al menos, relajado y, de conformidad con el art. 37.1 LGD –que modifica en esta línea el anterior artículo de la Ley de Integración Social de PCD de 1982<sup>29</sup>–, la finalidad de la política de empleo del colectivo es “aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación”. Desde nuestro punto de vista, la senda del tránsito del CEE a la empresa ordinaria y la focalización del empleo protegido en los colectivos más necesitados de apoyos, deberían ser señas de identidad de la política legislativa del empleo de las PCD.

Otra importante reflexión que queremos resaltar es la importancia que en este camino legislativo ha tenido y mantiene el CERMI<sup>30</sup>, como exponente de la sociedad organizada y representación pública del colectivo, que es el autor material de diversas iniciativas y en su haber descansa la puesta en marcha de una multiplicidad de propuestas para lograr que fueran acogidas por diversos grupos políticos y, de esta manera, conseguir el ansiado cambio social en relación con el empleo de las PCD.

En fin, para concluir, a pesar del esfuerzo de toda esta batería de iniciativas diversas que se han puesto en marcha, lo cierto es que los resultados están muy alejados de alcanzar los objetivos deseados (en tasa de actividad, empleo y reducción del desempleo), por lo que parece conveniente un nuevo paradigma para la inclusión laboral del colectivo que apueste por nuevas medidas o por modificar –de manera profunda– las ya existentes, cuestión que abordaremos en el siguiente apartado.

---

<sup>29</sup> Una crítica a este cambio en la política legislativa en VALDÉS DAL-RÉ, *Ibidem*.

<sup>30</sup> Movimiento que en 2022 cumple su vigésimo quinto aniversario, *vid.*: <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-celebra-en-2022-su-25-aniversario-como-agente-de-cambio-social-en>



#### 4. RETOS. ¿ES NECESARIO UN CAMBIO DE PARADIGMA?

Dados los resultados analizados en el punto anterior de las muchas medidas implantadas que se han estudiado en este trabajo, lo cierto es que parece necesario un nuevo paradigma para el empleo de las PCD. Si entendemos esta noción como propone Kuhn –una visión del mundo dependiente de las realidades, valores y creencias de cada época, apareciendo así como producto de nuestra evolución cultural–, el cambio del mismo llevaría consigo una crisis del sistema sobre el que se proyecta<sup>31</sup>. Ello implicaría la transformación de las medidas actuales y la puesta en marcha de otras diferentes, superando el statu quo actual, para lo cual proponemos las siguientes ideas:

- a) Modificar la cuota de reserva de trabajadores con discapacidad, bien incrementando el porcentaje, bien disminuyendo el umbral de plantilla obligadas incluyendo las empresas entre 20 y 50 trabajadores<sup>32</sup>, bien impulsando la contratación preferente de discapacidades severas.
- b) Deben especializarse las medidas de apoyo según las características de cada tipología, e incluso grado, de discapacidad. Por tanto, serían precisos planes de empleo específicos por colectivos, siguiendo el ejemplo del reciente Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, de acción positiva para las personas con discapacidad intelectual límite, ya mencionado con anterioridad.
- c) Con la intención de incrementar específicamente la tasa de actividad y obtener mayor confianza del mundo empresarial en las capacidades de las PCD, sería recomendable establecer y diseñar adecuadamente unas prácticas no laborales para el colectivo (modificando el actual RD 1543/2011, de 31 de octubre).
- d) Con el mismo objetivo de aumentar la tasa de actividad, se precisaría reformular la posibilidad de compatibilidad entre trabajo y pensiones de la Seguridad Social, siguiendo los trabajos antes indicados<sup>33</sup>.
- e) Impulsar la formación para el empleo del colectivo, esencial en un momento económico como el actual marcado por la transformación digital, y mejorar, sobre todo, la estabilidad de su financiación.

---

<sup>31</sup> MERCADER UGUINA, J. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-9143-757-4, p. 29.

<sup>32</sup> MORA GONZÁLEZ, V. y CABRA DE LUNA, M. A., “Hacia una nueva regulación del trabajo de las personas con discapacidad”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, cit., pp. 80, 84-85.

<sup>33</sup> *Vid.* nota al pie 23.

- f) Implantar en la empresa ordinaria, como parte de la Prevención de Riesgos Laborales y la adaptación del puesto a la persona, los apoyos que ahora mismo se prestan en los CEE. Estos son, en muchos casos, verdaderas empresas accesibles e inclusivas para el colectivo y deben trasladarse sus mejores prácticas al mundo laboral ordinario, incluyendo los ajustes razonables.
- g) Reservar la noción de CEE y sus apoyos económicos para aquellas empresas sociales que: 1) estén enfocados a trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de empleabilidad; 2) posibiliten y trabajen el tránsito a la empresa ordinaria y 3) exista un amplio porcentaje de personas sin discapacidad lo que redundaría en cumplir la característica de ser un espacio de empleo abierto.
- h) Lograr hacer efectivas las cláusulas sociales en la contratación pública, en especial, para los CEE de iniciativa social.
- i) Redefinir las ayudas económicas a la contratación, en línea de lo propuesto por la AIREF, simplificando las existentes, centralizando sus destinatarios en los colectivos con mayores dificultades de empleabilidad e impulsando la toma de datos de las personas beneficiarias para mejorar a futuro la evaluación de la efectividad de la inversión.
- j) Y, en fin, al igual que existe una economía azul, verde o circular, ¿sería posible implementar, con el aval de las instituciones europeas, una economía de las PCD? La tecnología (Inteligencia Artificial) y la deslocalización, gracias a las mejoras en los medios de comunicación y la reducción de costes de la logística internacional, amenazan muchas empresas en donde actualmente trabajan PCD. Habría que posibilitar ayudas económicas públicas sin el peligro de la normativa de libre competencia.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, A. (Coord.). *La Responsabilidad Social de las Organizaciones*. Madrid: Editorial Grupo 5, 2013. ISBN: 978-8493987244.
- CEREJIDO BARBA, R. *123 preguntas sobre Discapacidad y empleo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2017. ISBN: 978-84-16608-76-8.
- CERMI. *Compatibilidad entre trabajo y pensiones de Seguridad Social. Propuesta de reforma normativa desde el sector social de la discapacidad [en línea]*. Madrid: Editorial Cinca, 2020. [Consultado 09/03/2022]. Disponible en: <https://www.cermi.es/es/colecciones/compatibilidad-entre-trabajo-y-pensiones-de-seguridad-social-propuesta-de-reforma>.

- CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL. Informe sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación [en línea]. Madrid: CES, 1995. [Consultado 09/03/2022]. Disponible en: <http://www.ces.es/documentos/INF/1995/05>.
- DE FUENTES G.<sup>a</sup>-ROMERO DE TEJADA, C. *Compatibilidad entre prestaciones sociales y discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.
- DE FUENTES G.<sup>a</sup>-ROMERO DE TEJADA, C. y VALMORISCO PIZARRO, S. La actuación de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social en relación con las personas con discapacidad. En *Revista Española de Discapacidad*. Revista electrónica: Centro Español de Documentación sobre Discapacidad del Real Patronato de Discapacidad, 2021, volumen 9, n.º 2, pp. 7-22. ISSN: 2340-5104, DOI: <https://www.cedd.net/redis/index.php/redis/issue/view/30>
- DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.). *Tratado sobre Discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2007. ISBN 978-84-8355-138-7.
- ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de Trabajo y Discapacidad*. Móstoles (Madrid): Ediciones Ibidem, 1999. ISBN 84-88399-44-8.
- ESTEBAN LEGARRETA, R. “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico”. En AA.VV. R. Esteban y F. Pérez (Dirs.) y X. Sola (Coord.). *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. ISBN: 978-84-9876-538-0.
- GARCÍA SABITIER, A.B. *Centros Especiales de Empleo para personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al trabajo*, Tesis Doctoral [en línea]. Documento electrónico, 2015, accesible en: <https://roderic.uv.es/handle/10550/49952>.
- GIMÉNEZ GLÜCK, D. “Estado social y acciones positivas: especial consideración de las personas mayores y de las personas con discapacidad”. En DÍAZ PALAREA, M. D. y SANTANA VEGA, D. M. (coord.). *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con Discapacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2008.
- INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad [en línea]. [Consultado 09/03/2022]. Disponible en: [https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Criterios\\_tecnicos/CT\\_98\\_2016.pdf](https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_98_2016.pdf)
- INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. *Impacto de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas para los Derechos de las Personas con Discapacidad en la regulación de los Centros Especiales de Empleo* [en línea]. Documento electrónico, diciembre de 2015. [Consultado 09/03/2022]. Accesible en:

- [https://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_derechos\\_humanos/noticias/informe-cees-cdpd/informe-cees-idhbc.pdf](https://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/noticias/informe-cees-cdpd/informe-cees-idhbc.pdf).
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *España en cifras* [en línea]. 1999. [Consultado 09/03/2022]. Accesible en: <https://www.ine.es/ss/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDespcif99.pdf&blobkey=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=674%2F2%2Fespcif99.pdf&ssbinary=true>
  - INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *El empleo de las personas con discapacidad*, 2012 [en línea]. Documento electrónico, diciembre 2013. [Consultado 09/03/2022]. Accesible en: <https://www.ine.es/prensa/np821.pdf>
  - INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *El empleo de las personas con discapacidad*, 2018 [en línea]. Documento electrónico, diciembre 2019. [Consultado 09/03/2022]. Accesible en: [https://www.ine.es/prensa/epd\\_2018.pdf](https://www.ine.es/prensa/epd_2018.pdf)
  - INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *El empleo de las personas con discapacidad*, 2019 [en línea]. Documento electrónico, diciembre 2020. [Consultado 09/03/2022]. Accesible en: [https://www.ine.es/prensa/epd\\_2019.pdf](https://www.ine.es/prensa/epd_2019.pdf)
  - INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *El empleo de las personas con discapacidad*, 2020 [en línea]. Documento electrónico, diciembre 2021. [Consultado 09/03/2022]. Accesible en: [https://www.ine.es/prensa/epd\\_2020.pdf](https://www.ine.es/prensa/epd_2020.pdf).
  - LAHERA FORTEZA, J. “Acceso al Mercado Laboral y contratación de los discapacitados”. En AA.VV., Valdés Dal-Ré, F. (Dir.) y Lahera Forteza, J. (Coord.). *Relaciones laborales de las personas con Discapacidad*. Madrid: Biblioteca Nueva, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset, 2005. ISBN: 84-9742-433-6.
  - MERCADER UGUINA, J. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-9143-757-4.
  - MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *La Discapacidad en cifras*. 2002.
  - MORA GONZÁLEZ, V. y CABRA DE LUNA, M. A. “Hacia una nueva regulación del trabajo de las personas con discapacidad”. En *Anales de Derecho y Discapacidad*. Revista electrónica: CERMI, 2016, n.º 1, pp. 69-88, ISSN: 2530-4011.
  - PÉREZ PÉREZ, J. “La cuota de reserva en favor de trabajadores con discapacidad: una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento”. En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, vol. 5, n.º 4, pp. 135-166, ISSN: 1889-1209.
  - PÉREZ PÉREZ, J. *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*. Madrid: Thomson Reuters-Lex Nova, 2015, ISBN 978-84-9099-022-3.

- TORRENTS MARGALEF, J. “Los derechos de Seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”. En AA.VV., Valdés Dal-Ré, F. (Dir.) y Lahera Forteza, J. (Coord.). *Relaciones laborales de las personas con Discapacidad*. Madrid: Biblioteca Nueva, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset, 2005. ISBN: 84-9742-433-6.
- TUSET DEL PINO, P. *La contratación de trabajadores minusválidos*. Pamplona: Aranzadi, 2000. ISBN: 978-84-8410-424-7.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. Prólogo. En CEREJIDO BARBA, R. *123 preguntas sobre discapacidad y empleo. 123 preguntas sobre Discapacidad y empleo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2017. ISBN: 978-84-16608-76-8.

## Normativa

- Naciones Unidas. Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobada por la Asamblea de la ONU el 13 de diciembre de 2006, junto con su Protocolo Facultativo, ratificado por España mediante Instrumento de ratificación, *Boletín Oficial del Estado*, 21 de abril de 2008, páginas 20.648 a 20.659.
- España. Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos, *Boletín Oficial del Estado* 15 de septiembre de 1970, páginas 1736 a 1740.
- España. Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, *Boletín Oficial del Estado* 4 de junio de 1983, páginas 15.548 a 15.549.
- España. 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, *Boletín Oficial del Estado* 21 de febrero de 2004, páginas 8.386 a 8.391.
- España. Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, *Boletín Oficial del Estado* 20 de abril de 2005, páginas 13466 a 13469.
- España. Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, *Boletín Oficial del Estado* 14 de julio de 2007, páginas 30.618 a 30.622.
- España. Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas, *Boletín Oficial del Estado* 18 de noviembre de 2011, páginas 119.523 a 119.526.
- España. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derecho de las personas con discapacidad y de su inclusión social, *Boletín Oficial del Estado* 3 de diciembre de 2013, páginas 95635 a 95673.

- España. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, Estatuto Básico del Empleado Público, *Boletín Oficial del Estado* 31 de octubre de 2015, páginas 103105 a 103159.
- España. Andalucía. Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, *Boletín Oficial del Estado* 17 de octubre de 2017, páginas 100718 a 100755.
- España. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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, *Boletín Oficial del Estado* 9 de noviembre de 2017, páginas 107.714 a 108.007.
- España. Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedad de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, *Boletín Oficial del Estado* 29 de diciembre de 2018, páginas 129.833 a 129.854.
- España. Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, que regula medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite, *Boletín Oficial del Estado* 26 de mayo de 2021, páginas 63831 a 63835.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tim SPA – Direzione e coordinamento Vivendi SA, C-395/18, 30 de enero de 2020.
- Sentencia Tribunal Constitucional 51/2021, de 15 de marzo.

## ANEXO 1: Comparativa de empleo de personas con discapacidad en relación con la población general

Personas en edad laboral	Personas con discapacidad					Personas sin discapacidad						
	1986	1999	2012	2018	2019	2020	1986	1999	2012	2018	2019	2020
Total (en miles)	1147,80	1337,71	1450,80	1899,80	1876,90	1933,40	23247,20	39852,65	30924,50	30180,70	30272,58	30688,89
% PCD/total	4,94	3,36	4,69	6,29	6,20	6,30						
Activos (en miles)	236,00	431,84	531,60	654,60	638,60	663,90	13228,50	16265,20	23443,70	22806,8	22164,90	21810,80
Tasa de actividad (%)	20,56	32,28	36,64	34,46	34,02	34,34	56,90	52,50	75,81	75,57	73,22	76,14
Con empleo (en miles)	147,70	319,18	355,50	489,50	485,90	516,30	10263,80	13204,00	17632,70	19327,70	19082,00	18441,20
Tasa de ocupación (%)	62,58	73,91	66,87	74,78	76,09	77,77	77,59	81,18	75,21	84,75	86,09	84,55
Tasa de paro (%)	37,42	26,09	33,13	25,22	23,91	22,23	22,41	18,82	24,79	15,25	13,91	15,45
Tasa de empleo (%)	12,87	23,86	24,50	25,77	25,89	26,70	44,15	33,13	57,02	64,04	63,03	64,30

<b>Elaboración propia. Fuente:</b>	
Para 1986	CES. Informe sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación. 1995, p. 11.
Para 1999	MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. La Discapacidad en cifras. 2002, p.125. INE. España en cifras. 1999, pp. 4, 18 y 19.
Para 2012	Para los datos de las personas sin discapacidad: consulta realizada en <a href="http://www.ine.es">www.ine.es</a> Para las personas con discapacidad Informe INE. El empleo de las personas con discapacidad 2012. 2014
Para 2018	Para los datos de las personas sin discapacidad: consulta realizada en <a href="http://www.ine.es">www.ine.es</a> Para las personas con discapacidad Informe INE. El empleo de las personas con discapacidad 2018. 2019.
Para 2019	Informe INE. El empleo de las personas con discapacidad 2019. 2020.
Para 2020	Informe INE. El empleo de las personas con discapacidad 2020. 2021.





**Lluís Pérez Losa**

Juez del Juzgado Penal n.º 4 (VIGE) de Vilanova i la Geltrú

////////////////////////////////////  
**HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD  
Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR  
TRAS LA LEY 8/2021**

RESUMEN

Durante 40 años, el art. 96 del Código Civil (CC) ha mantenido idéntica redacción para regular una de las medidas más relevantes que se pueden adoptar en los procesos de familia: la atribución del uso de la vivienda familiar.

El art. 96 CC, como tantos otros preceptos, obviaba la presencia en la familia de hijos mayores de edad con discapacidad, por lo que tuvo que ser la jurisprudencia la que proporcionara respuestas para esos supuestos.

Si bien, en un primer momento, se equipararon los derechos sobre la vivienda familiar entre los hijos menores de edad y los mayores con discapacidad, el Tribunal Supremo acabó suprimiendo esa identidad al declarar que las necesidades habitacionales de los hijos mayores de edad con discapacidad debían verse satisfechas a través de otras prestaciones diversas a la atribución indefinida del uso de la vivienda familiar.

Tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, la nueva redacción del art. 96 CC contempla la presencia de hijos en situación de discapacidad y proporciona respuesta jurídica al conflicto que puede suscitarse en relación con la medida que regula.

En esta comunicación, tras una breve introducción, se analiza el texto original del art. 96 CC, la evolución de su interpretación jurisprudencial y su redacción vigente tras la Ley 8/2021.

Del análisis que se realiza, se concluye cuáles son los sistemas vigentes de cobertura de las necesidades habitacionales de los hijos mayores de edad en situación de discapacidad, en supuestos de crisis matrimonial o extinción de pareja de hecho, y cómo pueden hacerse valer.

## 1. INTRODUCCIÓN

Ante una crisis matrimonial<sup>1</sup> o la extinción de una pareja de hecho, deben adoptarse toda una serie de medidas para dar respuesta a la nueva realidad que se crea. A tales medidas se refieren los arts. 102 y 103 CC, destacando, entre ellas, la atribución del uso de la vivienda familiar<sup>2</sup>.

Partiendo del hecho que la vivienda familiar acostumbra a ser el bien más preciado de las personas que habitan en ella, es fácilmente entendible que las controversias que afectan a la atribución de su uso sean habituales<sup>3</sup>.

En estos supuestos, al interés económico en la conservación del patrimonio se une la necesidad de dar cobertura a una de las necesidades alimenticias básicas: la habitacional<sup>4</sup>.

Pese a la indudable importancia de la atribución del uso de la vivienda familiar, el legislador sólo le dedica un artículo en el Código Civil, el 96. Precisamente, la parquedad regulatoria de la medida ha supuesto que la jurisprudencia haya tenido que aportar soluciones a las diversas controversias no expresamente contempladas en el precepto referido.

---

<sup>1</sup> Desde un punto de vista legal, son supuestos de crisis matrimonial la separación, la nulidad y el divorcio.

<sup>2</sup> Particularmente, el art. 103 CC contempla, como segunda medida a adoptar por la autoridad judicial, una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, previa audiencia de los cónyuges y a falta de acuerdo de estos aprobado judicialmente, *«[d]eterminar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en [e]sta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno»*.

<sup>3</sup> Basta con consultar cualquier recopilación jurisprudencial para comprobar que la atribución del uso de la vivienda familiar aparece como pretensión en la inmensa mayoría de los procesos de familia en España.

<sup>4</sup> En consideración al primer párrafo del art. 142 CC *«[s]e entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica»*, incluyendo otros conceptos los siguientes párrafos del precepto.

Entre tales omisiones, destacaba la falta de previsión normativa respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar existiendo en la familia hijos mayores de edad en situación de discapacidad que necesitan del apoyo de, cuanto menos, uno de sus progenitores. Esta desatención legislativa se ha mantenido durante 40 años.

## 2. EL ART. 96 CC EN SU REDACCIÓN DADA POR LA LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO

Hasta 1958, el uso de la vivienda familiar lo conservaba el marido, puesto que la mujer era depositada (sic) en el domicilio de la persona que acordase el matrimonio o, a falta de convenio, la persona que decidiera la autoridad judicial<sup>5</sup>.

La redacción que dio al art. 68 CC la Ley de 24 de abril de 1958, permitió a la autoridad judicial, que conocía del proceso derivado de la crisis matrimonial, decidir sobre cuál de los cónyuges había de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección.

Hubo que esperar a que la Ley 30/1981, de 7 de julio, diera nuevo contenido al art. 96 CC para encontrar un precepto exclusivamente dedicado a regular la medida que nos ocupa en los siguientes términos:

*«En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.*

*Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.*

*No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.*

*Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».*

---

<sup>5</sup> En tal sentido se pronunciaban los arts. 1883, 1884 y 1889 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881.

Como puede fácilmente comprobarse con la simple lectura del precepto, el legislador obvió cualquier referencia a los hijos con discapacidad<sup>6</sup>.

El contenido transcrito del art. 96 CC se ha mantenido hasta el 3 de septiembre de 2021, es decir, durante más de 40 años, por lo que la respuesta sobre qué hacer con la vivienda familiar ante la presencia de hijos con discapacidad, venía dándola quien tiene la función de complementar el ordenamiento jurídico con su doctrina: el Tribunal Supremo<sup>7</sup>.

### 3. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ART. 96 CC

Del primer párrafo del texto original del art. 96 CC se desprendía que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar correspondía a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedaban.

Así, el legislador no diferenciaba entre hijos menores de edad e hijos mayores de edad, y tampoco entre hijos con o sin discapacidad. Simplemente se refería a los hijos acompañados por uno de los cónyuges, lo que permitía sostener que el legislador incluía a todos los hijos que dependieran económicamente del progenitor en cuya compañía quedaban, con independencia de su edad o capacidad.

No obstante, el Tribunal Supremo excluyó del primer párrafo del art. 96 CC a los hijos mayores de edad, pues declaró que ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes CC, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Y el legislador no sólo omitió regular esos supuestos, en absoluto inhabituales, sino muchos otros. Es cierto que no compete al legislador regular todas y cada una de las situaciones que la realidad pueda plantear, pero sí las más comunes y potencialmente conflictivas.

Por ello, no es de extrañar que otros sistemas de derecho civil dediquen a la atribución del uso de la vivienda familiar más de un único artículo. Así, *ad exemplum*, el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (CCCat) reserva para esta medida, desde 2010, siete extensos artículos (del art. 233-20 al art. 233-25 y art. 234-8 CCCat).

<sup>7</sup> En atención al art. 1.6 CC, «[l]a jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

<sup>8</sup> Como declaró la STS 183/2012, de 30 de marzo de 2012, en esos supuestos, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del art. 96 CC. Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los arts. 142 y siguientes CC.

El diferente trato dispensado, por el intérprete supremo de la legislación española, a los hijos menores de edad en relación con los mayores de edad lo fundamenta en que la protección y asistencia debida a los primeros, a diferencia de la que corresponde a los segundos, es incondicional y deriva directamente del mandato contenido en el art. 39.3 de la Constitución Española (CE)<sup>9</sup>.

Ahora bien, el art. 49 CE establece que *«[l]os 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 [sobre derechos y deberes fundamentales] otorga a todos los ciudadanos»*.

Por lo tanto, el argumento que utiliza el Tribunal Supremo para negar idéntico trato a los mayores de edad en relación con los menores de edad, es manifiestamente insuficiente respecto de las personas con discapacidad, pues su tutela también deriva directamente de mandato constitucional.

### **3.1. Primer pronunciamiento del Tribunal Supremo: equiparación**

La ausencia de criterio interpretativo en supuestos de presencia de hijos mayores de edad con discapacidad que necesitan el apoyo de, cuanto menos, uno de sus progenitores, fue subsanada por la STS 325/2012, de 30 de mayo de 2012, que, después de recordar que el art. 96.1 CC protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial, declaró que *«[l]os hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados»*.

Para sustentar esta decisión, el Tribunal Supremo estableció que la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, acuerdan la necesidad de protección de las personas con discapacidad<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Concretamente dice que *«[l]os padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»*.

<sup>10</sup> Este pronunciamiento jurisprudencial fue refrendado por la STS 547/2014, de 10 de octubre de 2014.

De la sentencia comentada se desprenden dos elementos que serán considerados por el Tribunal Supremo en las siguientes sentencias que, al respecto, dictará. Por un lado, se refiere a un hijo mayor de edad “incapacitado”, que es como impropia mente se denominaba a las personas cuya capacidad había sido judicialmente modificada. Y, por otro lado, respecto de tal hijo se había acordado la rehabilitación de la potestad parental de la madre.

A partir de esta sentencia, cabía entender que cuando el art. 96 CC habla de hijos no sólo debía incluirse a los menores no emancipados, sino que había que hacerlo extensivo a los que tuvieran la capacidad modificada judicialmente cuando estuviesen bajo la guarda de sus progenitores<sup>11</sup>.

### **3.2. Segundo pronunciamiento del Tribunal Supremo: diferenciación**

La STS 31/2017, de 19 de enero de 2017, corrige la equiparación establecida por la anterior sentencia cuando se está ante un hijo mayor de edad con discapacidad reconocida pero no declarada, pese a que precise del apoyo de, cuanto menos, uno de sus progenitores.

Considera esta sentencia que el interés superior del menor, que inspira la medida de atribución de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al interés del hijo mayor de edad con discapacidad a los efectos de otorgarle la misma protección que se dispensa al menor de edad. Y ello porque el interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial según el grado de su discapacidad.

Además sostiene que, aun cuando en supuestos muy concretos pueda producirse aquella equiparación, la protección del más débil o vulnerable no determina que se impongan en todo caso limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando existen otras formas de protección. Entre ellas se encuentra la prestación de alimentos que la ley reconoce a los hijos comunes no independientes, obligación que corresponde conjuntamente y en condiciones de igualdad a ambos progenitores, y que deberá prestarse conforme prevé la ley<sup>12</sup> una vez transcurra el tiempo de uso atribuido de vivienda familiar.

---

<sup>11</sup> El mismo legislador, en la nueva redacción que proponía del art. 96 CC por el anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013, los equipara al decir «*hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos*».

<sup>12</sup> En función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos (arts. 146 y 152 CC).

Es decir, la presencia de hijos mayores de edad con discapacidad reconocida pero no declarada permite atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden, no por su guarda, sino por razón de mayor necesidad y durante un tiempo limitado (en el caso de la sentencia, por tres años).

Esta modificación jurisprudencial llevó al CERMI<sup>13</sup> a proponer al Ministerio de Justicia la reforma del art. 96 CC para que recogiera la atribución del uso de la vivienda familiar, por el tiempo que la autoridad judicial considerase necesario, al hijo con discapacidad de cualquier edad, tuviera o no declarada judicialmente alguna medida de apoyo para la toma de decisiones, y aunque acudiera también a un recurso de atención especializado.

Pese a ello, la STS 167/2017, de 8 de marzo de 2017, estableció que el simple hecho que un hijo mayor de edad con discapacidad quedase en compañía de uno de los cónyuges no era suficiente a efectos de la atribución del uso, porque *«la discapacidad de un hijo mayor de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia, pero no la atribución de la vivienda familiar»*.

### 3.3. Tercer pronunciamiento del Tribunal Supremo: continúa la diferenciación

La STS 181/2018, de 4 de abril de 2018, mantiene el diferente trato entre hijos menores de edad y mayores con discapacidad, incluso cuando la capacidad de estos ha sido judicialmente modificada.

El fundamento de la oposición a la equiparación se halla en la duración del motivo que debe considerarse para la atribución. En caso de menor de edad, hay un certus quando que permite conocer cuándo finalizará el fundamento de la atribución y, con ello, cuándo cesará el derecho de uso atribuido. Esa fecha límite coincidirá con la mayoría de edad de quien, hasta ese momento, venía siendo menor de edad<sup>14</sup>.

Tratándose de hijos con discapacidad que precisan del apoyo de, cuanto menos, uno de sus progenitores, estamos ante un incertus quando, pues no cabe anticipar, con total certeza, cuándo concluirá la necesidad de apoyo, o, incluso, si finalizará<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Siglas que identifican al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

<sup>14</sup> Así, la sentencia referida dice que *«[l]a vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad»*.

<sup>15</sup> Y esto, para la STS 181/2018, contrariaría el régimen legal de la atribución del uso, porque *«el art. 96 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»*.



Por eso, el Tribunal Supremo recuerda que las necesidades habitacionales de los hijos mayores de edad con discapacidad (aunque esté declarada y precisen del apoyo de, cuanto menos, uno de sus progenitores) deben ser cubiertas por otro tipo de prestaciones y no por la atribución indefinida del uso de la vivienda familiar.

#### 4. EL ART. 96 CC EN SU REDACCIÓN DADA POR LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

La Ley 8/2021, de 2 de junio, 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, trata de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Entre los múltiples preceptos afectados por la reforma se encuentra el art. 96 CC. Los tres primeros párrafos del art. 96.1 CC, en la redacción vigente desde el 3 de septiembre de 2021, establecen que, *«[e]n defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.*

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

*Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes».*

Así, el legislador ha acogido los criterios jurisprudenciales ya apuntados y, existiendo hijos en situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, cabrá su atribución por mayor necesidad y por tiempo limitado.

Transcurrido el tiempo establecido para la atribución del uso, la cobertura de las necesidades habitacionales del hijo en situación de discapacidad se podrá obtener mediante las prestaciones alimenticias entre parientes (arts. 142 a 153 CC).

## 5. HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD Y VIVIENDA FAMILIAR EN LA ACTUALIDAD

La vigente regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar contempla la diferenciación entre los hijos menores de edad y los mayores de edad con discapacidad.

El legislador sólo ofrece plena protección al menor de edad, pues la cobertura de sus necesidades habitacionales la puede conseguir con la atribución del uso de la vivienda familiar hasta que alcance la mayoría de edad.

Para el mayor de edad con discapacidad, el legislador sólo contempla una protección temporal y parcial, pues solo permite la atribución del uso de la vivienda familiar si es conveniente (sic) y de forma limitada en el tiempo, siendo que, después, remite a la prestación genérica de alimentos entre parientes.

Así, el hijo menor de edad puede estar, perfectamente, 18 años en el uso de la vivienda familiar, con lo que tendrá una estabilidad habitacional que le coadyuvará en su formación para acceder al mercado laboral con más posibilidades de éxito, y, gracias a ello, con más probabilidades de cubrirse sus necesidades alimentarias.

Por el contrario, el hijo mayor de edad verá limitada su estancia en la vivienda familiar, y, después, quedará a expensas de que sus progenitores le presten alimentos. Unos alimentos cuya prestación será contingente<sup>16</sup>, a diferencia de la atribución de la vivienda familiar que proporciona una segura cobertura de la necesidad habitacional del beneficiado con el uso.

Así, el legislador no ha recogido en toda su extensión la propuesta que el CERMI realizó, en el trámite de información pública del texto que acabó siendo la Ley 8/2021, y que se basaba en la necesidad de paliar situaciones lamentables en las que uno de los cónyuges, precisamente en quien recae el mayor peso en el apoyo, cuidado y asis-

---

<sup>16</sup> Como ya se ha avanzado, la prestación de alimentos dependerá de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos (arts. 146 y 152 CC).

tencia de un hijo con discapacidad, con grandes necesidades de apoyo, es desalojado de la vivienda familiar tras una crisis matrimonial.

Ciertamente, con la nueva redacción del art. 96 CC, se puede mantener en el uso de la vivienda al hijo mayor de edad con discapacidad que lo precise, pero de forma temporal y sin garantías de que sus necesidades habitacionales, a partir de la extinción del uso, queden cubiertas.

Ante esta situación, se considera necesario que la autoridad judicial, que conozca de los procesos de familia en los que se planteen las controversias analizadas, no se limite a atribuir temporalmente el uso de la vivienda familiar al hijo mayor de edad con discapacidad que lo precise, sino que además fije el importe de la prestación alimenticia que sus progenitores deben asumir para la cobertura de las necesidades habitacionales de su hijo mayor de edad con discapacidad, caso de necesitarla tras la extinción del derecho de uso atribuido.

De esta forma, se evitaría que el hijo mayor de edad con discapacidad, tras perder el uso de la vivienda familiar, tuviera que iniciar otro proceso judicial para reclamar alimentos a sus progenitores, pues el derecho a percibirlos así como su cuantificación ya constaría en la resolución judicial que resolvió el primer proceso de familia.

El hecho que la situación económica de los progenitores pudiera variar, desde que se fija el importe de la prestación alimenticia y hasta que debe ser efectiva, no es óbice para que ya conste tal pronunciamiento en la resolución judicial. Ello es así porque la atribución del uso al hijo mayor de edad con discapacidad es temporal, por lo que ya puede hacerse un juicio prospectivo de la situación económica que podrán presentar los progenitores, en atención a la liberación del bien inmueble tras el cese de la atribución de su uso.

Además, si sobrevinieran otras circunstancias relevantes, tributarias de incidir en la fijación e importe de la prestación alimenticia, la carga de iniciar un proceso de modificación de medidas recaería, no en el hijo mayor con discapacidad, sino en el progenitor que invocase tal cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para fijar la prestación referida.

En definitiva, se trata de avanzar el ofrecimiento de medidas de apoyo al hijo mayor de edad con discapacidad, que serán efectivas si las precisa en el momento de verse privado del uso de la vivienda familiar.

Es una anticipación coherente con los postulados de la Convención de Nueva York de 2006, que no supondría perjuicio injusto alguno a los progenitores del hijo mayor de edad con discapacidad.

## 6. CONCLUSIONES

La redacción del art. 96 CC, desde 1981, no diferenciaba entre hijos menores y mayores de edad, ni si tenían o no discapacidad, sino que establecía que, en defecto de pacto refrendado judicialmente, el uso de la vivienda familiar se atribuía a los hijos y al progenitor en cuya compañía quedaban.

La jurisprudencia restringió el alcance subjetivo del precepto al declarar que la atribución del uso se reservaba para los hijos menores de edad, si bien, posteriormente y en un primer momento, se amplió a los hijos con capacidad judicialmente modificada.

La jurisprudencia volvió a restringir el alcance subjetivo del art. 96 CC y estableció que los hijos mayores de edad con discapacidad, con independencia de si su capacidad estuviera judicialmente modificada o no, a lo sumo podían tributarios de una atribución temporal del uso de la vivienda familiar.

La redacción vigente del art. 96 CC, tras 40 años, recoge expresamente que, en defecto de pacto refrendado judicialmente, el uso se atribuye a los hijos comunes menores de edad y al progenitor en cuya compañía queden, y hasta su mayoría de edad.

La nueva regulación contempla, por fin, a los hijos en situación de discapacidad que haga conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, para prever su atribución temporal, tras la cual, la cobertura de las necesidades habitacionales se deberá recabar mediante prestaciones alimenticias entre parientes.

Se considera coherente con la Convención de Nueva York de 2006 que la autoridad judicial, en la misma resolución judicial que atribuya el uso, fije el importe de la prestación alimenticia que los progenitores deben asumir para la cobertura de las necesidades habitacionales de su hijo mayor de edad con discapacidad, caso de necesitarla tras la extinción del derecho de uso atribuido.

## BIBLIOGRAFÍA

- CABEZUELO ARENAS, A. L. “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2017 (31/2017) ¿Un paso atrás en la protección de hijos mayores de edad discapacitados o con capacidad judicialmente modificada?” en: YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coor.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 9, 2017, pp. 237-252.
- GONZÁLEZ COLOMA, G. *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de vivienda familiar*. Dykinson, Madrid, 2019.
- GARCÍA MAYO, M. *Vivienda familiar e hijo mayor de edad discapacitado*. Idibe, enero 26, 2021.
- PÉREZ LOSA, L. “La atribución del uso de la vivienda en procesos de familia”. *Astigi*, Sevilla, 2019, pp. 69-72.

**Andrés Labella Iglesias**

Investigador predoctoral en Cátedra UNESCO  
de vivienda de la Universidad Rovira i Virgili.  
Presidente COCEMFE Girona



## **LA PROPIEDAD HORIZONTAL COMO INSTRUMENTO PARA LOS APOYOS AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD**

### RESUMEN

La presente contribución tiene el objetivo de poner en conexión el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 12 CDPD) con el derecho a la vida independiente y en la comunidad (artículo 19 CDPD), siendo el hilo conductor la institución de la propiedad horizontal.

La promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, supone una revolución en el ordenamiento civil para conseguir la igualdad material ofreciendo nuevas instituciones, como la guarda de hecho, que se erige como la institución de referencia en materia de apoyos. A este aspecto se dedica el primer apartado.

Como metodología de trabajo, se pretenden analizar los aspectos que ofrecen a la guarda de hecho un enfoque comunitario para garantizar la plena inclusión y el derecho a la vida independiente de las personas con discapacidad, alejadas de las instituciones asistenciales. Para conseguir este punto de vista se analizan los elementos que debe reunir un entorno comunitario, y se proyecta el análisis realizado desde la disciplina sociológica por Pierre Bordieu, que enuncia la teoría de los campos. Desde esta premisa, los entornos comunitarios pueden estimular el nacimiento de una convivencia colaborativa y fomentar las relaciones de vecindad y de ayuda mutua. Se destina el segundo punto de la contribución al análisis de los entornos comunitarios o “campos de apoyo”.

Una vez identificados los perfiles de los entornos comunitarios, se coloca el prisma sobre la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, como comunidad especial, que entreteje los intereses individuales y los comunitarios, en aras de garantizar una convivencia pacífica y ordenada. Así se abren nuevas posibilidades para una estrategia de desinstitucionalización conectada con los ODS de la Agenda 2030 (ODS 10 y 11). A las comunidades de propietarios se destina el tercer capítulo, haciendo una incursión en el origen de los complejos inmobiliarios.

Para finalizar, en el número cuatro, a modo de conclusiones o propuestas de futuro, se ofrecen dos líneas de trabajo, una individual, que consiste en documentar los acuerdos colaborativos sobre los que descansan las relaciones de apoyo informal; y otra comunitaria, destacando el papel que puede tener la regulación de las normas comunitarias y su reflejo en los estatutos, susceptibles de inscripción registral y, por ende, causar efectos erga omnes en las comunidades de propietarios colaborativas.

## 1. EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: EL MODELO DE APOYOS A LA CAPACIDAD

Con la aprobación de la Convención de Nueva York<sup>1</sup>, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el 13 de diciembre de 2006, cristaliza la tercera revolución en la historia de la humanidad en favor de la igualdad de derechos, tras la abolición de la esclavitud, en el siglo XIX, y el reconocimiento de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, iniciada el siglo pasado.

La gestación de la CDPD fue alimentada por las reivindicaciones continuadas en el tiempo impulsadas movimientos sociales transversales, como el *independent living*<sup>2</sup>, que de forma progresiva fueron derribando barreras a la plena participación social de las personas con discapacidad provocando un cambio radical de paradigma, por poner un ejemplo, con la historia de Ed Roberts que en 1962 consiguió ingresar en la Universidad de Berkeley<sup>3</sup>.

La estrategia para la conquista de los derechos se ha venido articulando sobre dos ejes fundamentales, de una parte, presionando para garantizar los derechos y el bienestar de las personas con discapacidades, permitiendo su participación en todos los

<sup>1</sup> La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en adelante CDPD, también conocida por la Convención de Nueva York (terminología utilizada por la jurisprudencia española), fue ratificada por España y publicada en el BOE 96 de 21 de abril de 2008, en vigor desde el 3 de mayo de ese año.

<sup>2</sup> Carbonell Aparici, G. J. (2019): “El movimiento de vida independiente en España”. *Revista Española de Discapacidad*, 7 (II): 201-214.

<sup>3</sup> Ver historia y reconocimientos en: About - Ed Roberts Campus, visitado el 10 de septiembre de 2021.

ámbitos de la sociedad y aspirando a su pleno desarrollo, siendo el primer peldaño la *Rehabilitation Act* de 1973<sup>4</sup>; y, de otra, fijando un calendario de reivindicaciones universales para concienciar sobre su situación en todos los aspectos de la vida política, social, económica y cultural, superando los antiguos paradigmas de prescindencia y rehabilitador o asistencial<sup>6</sup>.

El impacto social de este cambio es trascendental para todo el planeta<sup>7</sup> conectando directamente con los planes de trabajo internacionales que la ONU impulsa desde hace varias décadas para garantizar el derecho al desarrollo sostenible<sup>8</sup>, siendo el vigente plan de acción la Agenda 2030<sup>9</sup>. El ODS 10 promueve la reducción de las desigualdades fijando diez metas, entre ellas, la meta 10.3 que aboga por garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso eliminando las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto.

La no discriminación y la igualdad de oportunidades son elementos esenciales y piedra angular para todos los tratados de derechos humanos, así en la CDPD están consagrados como principios generales en el artículo 3 letras b) y e); y, además, como un derecho subjetivo en su artículo 5, desarrollado por la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.

<sup>4</sup> Disponible en el enlace: *Rehabilitation Act* (access-board.gov), visitado el 2 de agosto de 2021.

<sup>5</sup> El día 3 de diciembre fue declarado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el Día Internacional de las Personas con Discapacidad, mediante la resolución 47/3 de 19 de septiembre de 1992, accesible en A/RES/47/3 - E - A/RES/47/3 -Desktop (undocs.org), visitado el 11 de julio de 2021.

<sup>6</sup> El artículo 49 CE, en trámites de revisión, está anclado en el paradigma rehabilitador vigente en la última parte del siglo XX, tanto desde el punto de vista terminológico como material, por lo que su modificación resulta imprescindible para la adecuación del marco constitucional al ordenamiento internacional de los derechos humanos.

<sup>7</sup> Balderrama-Téllez, S. y Valerio-Vite, N., “La discapacidad y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)”, *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, México, vol. 13, núm. 27, ene.-abr. 2020, pp. 75-102.

<sup>8</sup> Observación general 5 del Comité CDPD (2017) en su número 5, destaca la necesidad de abordar las situaciones de pobreza que tradicionalmente afectan a las personas con discapacidad, generando estigmatización, segregación, abusos y violencia.

<sup>9</sup> Junto con la ya conocida Agenda 2030, aprobada en septiembre de 2015, A/RES/70/1, en el marco de la ONU existe un amplio abanico de tratados, conferencias y cumbres para el Desarrollo Sostenible, como el Marco de Sendai; la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre Financiamiento para el Desarrollo; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III); las múltiples resoluciones adoptadas por la Asamblea General, la Asamblea Mundial de la Salud (AMS) y el Consejo de Derechos Humanos; y la Cumbre Humanitaria Mundial. Desde el ODS 3 para garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos en todas las edades, resulta interesante tomar en consideración las recomendaciones de la OMS, en el documento titulado “WHO policy on disability” (2021), y especialmente el anexo en la pág. 11, disponible en: WHO Policy on disability, visitado el 5 de agosto de 2021.



De forma específica, en su artículo 12 bajo la rúbrica “*igual reconocimiento como persona ante la ley*”, desarrollado por la Observación general 1 de 2014, se proclama el derecho a la plena capacidad, ésta inalterable, y el derecho a conseguir los apoyos que sean necesarios para su ejercicio en igualdad de condiciones con las demás personas. El elemento diferencial que aporta el artículo 12 CDPD es su conexión con la esencia del ser humano, es decir, el reconocimiento de la plena capacidad descansando sobre la dignidad intrínseca al ser humano (artículo 10 CE) y su diversidad, lo que implica aceptar el fenómeno de la discapacidad como parte de la identidad<sup>10</sup>, que en un momento u otro de la vida se manifestará en la mayoría de las personas.

Esta premisa conduce al reconocimiento de todos los derechos y la plena legitimidad para su ejercicio y, especialmente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad que lleva consigo la capacidad de autodeterminarse que, como ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8), engarza con la dignidad inherente al ser humano.

Partiendo de la capacidad inalterable de la persona como la constante fundamental del derecho de la discapacidad, –sobre la que descansa el derecho exigir el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad–, emergen diferentes variables jurídicas que condicionan la efectividad del elenco de derechos<sup>11</sup> reconocidos en la CDPD y que se interrelacionan navegando entre las diferentes disciplinas jurídicas, tanto de derecho público como privado, de manera transversal y recurrente, reflejando la naturaleza indivisible de los derechos humanos.

Por esta razón, podríamos afirmar, de forma metafórica, que la CDPD se convierte en un sistema de ecuaciones que hace necesario despejar las incógnitas implicadas con el fin de poder identificar en cada caso concreto cuáles son las barreras que están actuando para impedir la plena inclusión y participación social.

Con la finalidad de adecuar el marco normativo estatal al artículo 12 CDPD, la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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<sup>12</sup>, pretende dar un paso decisivo tanto desde el punto de vista material o sustantivo (derecho civil, mercantil y penal) como desde la óptica procesal-civil y de los mecanismos de segu-

---

<sup>10</sup> Según la OG número 6 en su número 9 “la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad”.

<sup>11</sup> Los derechos reconocidos en la CDPD entre los artículos 5 y 33 representa la fusión de los PIDCP y PIDESC, ambos de 1966, añadiendo dos derechos fundamentales para las personas con discapacidad, a saber, el derecho a la accesibilidad (artículo 9) y el derecho a la vida independiente y en la comunidad (artículo 19 CDPD).

<sup>12</sup> BOE núm. 132, de 3 de junio, con entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021.

ridad jurídica preventiva (notarial y registral). El objetivo es acabar con los antiguos procesos de incapacitación y medidas de sustitución de la voluntad para pasar a un modelo que garantice la adopción de las medidas efectivas de apoyo para el ejercicio de todos los derechos, con los ajustes de procedimiento<sup>13</sup> necesarios en cada caso concreto e introduciendo las salvaguardias adecuadas para impedir los abusos que pudieran darse aprovechándose de una situación de vulnerabilidad.

De esta manera desaparecen las instituciones de tutela –quedando esta reservada para los menores en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad (art. 199 CC)–; y la patria potestad prorrogada o rehabilitada<sup>14</sup>, quedando derogado el artículo 171 CC. Y se acuña un nuevo modelo basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quién, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones (art. 249 CC), con los mecanismos de apoyo que sean necesarios en el proceso de formación de la voluntad, inspiradas por los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad de la intervención judicial, otorgando preferencia a las medidas voluntarias constituidas por persona, especialmente los poderes preventivos y la autocuratela.

La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, que había sido incorporada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, convirtiéndose en la principal medida de apoyo de origen judicial, y tendrá un carácter asistencial<sup>15</sup> y de empoderamiento (art. 282 párs. 3 y 5 CC), pudiendo en casos excepcionales, alcanzar la intensidad máxima confiriendo facultades representativas (art. 269 párs. 3 y 285 CC).

---

<sup>13</sup> Entre los diferentes ajustes de procedimiento –cuestión que entraría de pleno en la materialización del derecho al acceso a la justicia declarado en el artículo 13 CDPD–, destaca la previsión de intervención en los procesos de unos nuevos agentes, conocidas como personas facilitadoras, que con la finalidad de facilitar la comprensión y comunicación de las personas con discapacidad emergen en el seno de los procesos judiciales, actuaciones policiales e intervenciones notariales, estando previstas como personas expertas en los artículo 7 bis de la LEC y de LJV, cuyo desarrollo resulta extremadamente interesante y útil y que, por motivos de la extensión de esta contribución, simplemente apuntamos su existencia y necesidad de generalización, lo que llevará un periodo de tiempo para la formación y demandará una adecuada dotación de medios y recursos económicos.

<sup>14</sup> La Disposición transitoria segunda de la Ley 8/2021 establece que quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzcan la revisión a la que se refiere la Disposición transitoria quinta, en virtud de la cual, podrá solicitarse en cualquier momento de la autoridad judicial su revisión para adaptar la nueva Ley, que deberá producirse en el plazo máximo de un año desde la fecha de solicitud; y, para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o instancia del Ministerio Fiscal en el plazo máximo de tres años.

<sup>15</sup> En este sentido cabe destacar que el legislador estatal ha rechazado incorporar la figura del asistente, regulada en el artículo 226 del Código Civil de Cataluña, que sido objeto de reforma por Decreto-Ley 19/2021, de 31 de agosto, que adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, DOGC 8493 de 2 de septiembre, siendo la institución de apoyo principal de esa Comunidad Autónoma.

Una de las principales novedades que implican los nuevos apoyos es que los apoyos informales emergen como una institución jurídica: la guarda de hecho que deja de ser una situación provisional cuando se manifiesta como una medida suficiente y adecuada al principio de mínima intervención, teniendo su marco normativo en los artículos 263 a 267 CC. Para los casos en los que requiera una actuación representativa, el legislador ha optado por continuar con esa institución de apoyos informales, con la previsión de obtener una autorización judicial *ad hoc* que podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo<sup>16</sup>.

Para finalizar la introducción de los nuevos modelos de apoyo, haremos una referencia a la posibilidad de que se nombre un defensor judicial cuando la medida se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente (art. 250 CC) o en caso de guarda de hecho cuando la autoridad judicial considere que la naturaleza del asunto así lo requiere; y como complemento de capacidad para los menores de edad emancipados (art. 235.3 CC). La regulación del defensor judicial como medida excepcional está previsto en los artículos 295 a 298 CC, destacando que no será necesario su nombramiento si el apoyo se ha encomendado a más de una persona (art. 296 CC), lo que vuelve a poner de relieve de forma intensa la voluntad del legislador para la promoción de las figuras de apoyo desde un enfoque comunitario, lo que conecta con el derecho a la vida en comunidad.

## 2. EL DERECHO A LA VIDA EN LA COMUNIDAD: LOS “CAMPOS DE APOYO”

El artículo 19 CDPD consagra los derechos a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, han sido desarrollados por la Observación general 5 del Comité<sup>17</sup>, y descansan, entre otros, sobre los principios de autonomía y de participación plena y efectiva en la sociedad, contemplados en el artículo 3 CDPD, letras a) y c), respectivamente.

---

<sup>16</sup>Es importante destacar en relación con la guarda de hecho, como nueva institución jurídica de apoyos en el ejercicio de la capacidad, que no debe confundirse con la figura del asistente personal: una persona contratada por la persona con discapacidad para asistir y apoyar en las tareas necesarias para las actividades necesarias de la vida diaria, entre otros la manutención, aseo e higiene personal o doméstica, avituallamiento... actuaciones dirigidas por las personas que reciben la asistencia. Ambas figuras no pueden en ningún caso estar encarnadas en la misma persona, entre otras cosas, porque para el ejercicio de los apoyos a la capacidad no puede existir un conflicto de intereses, lo que sí se produce en el seno de la relación laboral entre los asistentes personales y las personas que los contratan con el fin de materializar el derecho a la vida independiente. La Observación general 5 número 16 letra d) número iv), al definir las notas relevantes de la figura del asistente personal, recuerda que el control de la asistencia personal puede ejercerse mediante el apoyo para la adopción de decisiones, lo que pone de relieve el conflicto de intereses al que se ha hecho referencia.

<sup>17</sup> CRDP/C/GC/5, de 27 de octubre de 2017, en adelante OG5.

El Comité aclara que ambos derechos tienen el objetivo de garantizar la vida fuera de las instituciones residenciales de todo tipo y pone de relieve la complejidad de materializar estos derechos que podrían considerarse la máxima aspiración de cualquier ser humano, para lo que se requiere que se hagan efectivos todos los derechos civiles y los recogidos en el PIDESC, que se consideran de realización progresiva o por etapas, y que podrían articularse sobre tres grandes ejes: el derecho a la movilidad personal; la libertad y secreto de las comunicaciones; y el derecho a un nivel de vida adecuado, a su vez también muy extenso, entre los que se incluye el derecho a una vivienda digna.

Como recuerda la Observación general 5 en el número 4, el derecho a la vida independiente no significa vivir solo, sino que implica ejercer el control en la manera en que quieren vivir, teniendo a disposición todos los apoyos necesarios para ello, como la figura del asistente personal, y con unas instalaciones y espacios públicos respetuosos con el principio de accesibilidad universal.

La negación de estos derechos conlleva una vulneración del principio de no discriminación<sup>18</sup> provocando una situación de segregación y aislamiento mediante la imposición de barreras físicas y sociales, especialmente grave respecto de los menores que son separados de su primer entorno comunitario, la familia, un derecho fundamental recogido en el artículo 23 de la Convención de los derechos del niño (CRC) y desarrollado, entre otras, por la Observación general 9 de su comité (2006)<sup>19</sup>, el mismo año de la promulgación de la CDPD.

Sin duda alguna, la familia<sup>20</sup> sigue siendo el entorno comunitario principal y fundamental y la institución jurídica de referencia para la prestación de los apoyos, estrechamente vinculada con el derecho de alimentos entre parientes (artículos 142 y ss. CC), regulación que no ha sido objeto de modificación por la Ley 8/2021. Ahora bien, como sabemos, en ocasiones la vida en el seno familiar de origen no es posible por di-

<sup>18</sup> Observación general 5 del Comité DESC en relación con el artículo 11 del PIDESC.

<sup>19</sup> En el párrafo 47 de la Observación, se muestra la preocupación del Comité CRC por el número de menores que son internados en instituciones, y la necesidad de que los Estados parte desarrollen los programas de desinstitucionalización para vivir en el seno de la familia, o la familia ampliado o hogares de guarda.

<sup>20</sup> El derecho a la familia tiene un amplio marco normativo de protección, en el ámbito del Consejo de Europa en el artículo 8 del CEDH; en el acervo comunitario en el artículo 9 de la CDFUE; y en el ámbito del Estado español en el artículo 39 CE que, si bien no goza de amparo constitucional per se, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de conferir la máxima protección constitucional con una lectura amplia a la luz del principio de no discriminación del artículo 14 CE, en materia de conciliación de la vida familiar y laboral (STC 26/2011, de 14 de marzo, BOE 86 de 11 de abril). Deben considerarse incluidos en el derecho a la familia los derechos sexuales y reproductivos, como recoge la OG 5 número 16 letra a).

versas razones, o debe realizarse con un carácter flexible o por turnos, de manera que trataremos de identificar otras maneras alternativas para vivir en entornos comunitarios.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, a pesar de que muchas instituciones jurídicas llevan implícita la existencia de un entorno comunitario –como la propiedad horizontal a la que destinaremos el tercer apartado–, se hace difícil encontrar una norma de derecho positivo que defina la noción de entorno comunitario y establezca un orden marco para los mismos, de manera que trataremos de colmar esa laguna acudiendo a otras fuentes y otras disciplinas de las ciencias sociales.

El número 16 letra c) de la OG 5 define los entornos comunitarios como “sistemas de vida independiente”, en los que más allá de su formato o número de residentes que se acojan en su seno, la cuestión relevante es que no se aprecien ninguna de las características propias de los entornos institucionalizados, a saber, la obligación de compartir sin prestar consentimiento; poca o nula influencia sobre las personas que prestan los servicios de apoyo; episodios de aislamiento y segregación; falta de control sobre las decisiones de la vida cotidiana; nula posibilidad de escoger con quien se vive; la rigidez de las rutinas independiente de los deseos de la persona; actividades idénticas y dirigidas para un grupo de personas; un enfoque paternalista en el trato a la persona, como si fueran menores de edad; sistemas de supervisión de los sistemas de vida de los residentes; y, para acabar, una desproporción en el número de personas que viven en el mismo entorno<sup>22</sup>.

Esta definición a sensu contrario nos señala cuáles son los elementos que debe abordar la estrategia de desinstitucionalización y envejecimiento en el hogar, basadas en el concepto de la Atención Centrada en la Persona (ACP)<sup>23</sup> y, tomando en consideración las características que deben ser abolidas, se pueden diseñar unos entornos comunitarios que se conviertan en “campos de apoyos” para garantizar la materialización de los derechos humanos<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> ALEXY, R. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 22-29.

<sup>22</sup> La crisis pandémica que atravesamos desde marzo de 2020 ha puesto de relieve los déficits del sistema de institucionalización y el riesgo de propagación en su seno de las enfermedades contagiosas por situaciones de hacinamiento, falta de preparación y carencias de recursos técnicos y personales para garantizar el derecho a la vida, habiéndose producido una vulneración del derecho a la salud y del principio de no discriminación, según diferentes informes, como el que hizo público Amnistía Internacional, en el mes de diciembre de 2020, disponible en: España: Las personas mayores en residencias han sido abandonadas durante la pandemia de COVID-19 | Amnistía Internacional (amnesty.org), visitado el 2 de septiembre de 2021.

<sup>23</sup> González Herrera, I. “Atención centrada en la persona (ACP): buenas prácticas en un centro de atención de menores con necesidades de apoyo (CAM Xiquets)”, *Documentos de Trabajo Social*, núm. 61, (2018), pp. 315-330.

<sup>24</sup> En aras de reforzar el contexto jurídico internacional, señalamos algunos fundamentos jurídicos que deberían ser tomados en consideración y justifican la necesidad de articular los entornos de comunitarios o

En este sentido, para finalizar este punto, realizamos un breve apunte desde la perspectiva sociológica, rindiendo tributo al inspirador del concepto “campo” como sinónimo de entorno comunitario, PIERRE BORDIEU<sup>25</sup>, sociólogo francés que desarrolla la teoría de los campos. Descansando sobre ella, para la consideración de la existencia de un campo social, deben identificarse tres elementos fundamentales, a saber, unos agentes, unos *habitus* y unos capitales compartidos.

Los agentes son los elementos subjetivos del entorno, en el que cada uno de ellos puede desempeñar su rol en función de la posición que le corresponda para crear una estructura orgánica funcional que permita la continuidad y adaptación a las nuevas incorporaciones y salidas del campo. Los *habitus* son las diferentes reglas de juego, ya sean expresas o tácitas, que ordenan las relaciones en el entorno y con la comunidad en su conjunto. Y los capitales son valores dignos de protección dentro del entorno, que pueden ser de diferente índole en función del tipo de entorno en el que se desenvuelva la actividad, es decir económico, cultural, artístico, paisajístico, turístico... prestando especial atención al capital simbólico común a todos los agentes. Con esta noción se pone el foco en la conexión emocional con el entorno comunitario, una suerte de sentido de pertenencia; que en términos jurídicos podría definirse como un contrato psicológico cuya causa es la articulación de alianzas defensivas de un bien común y de autoprotección colectiva frente a las situaciones de vulnerabilidad: las redes vecinales de apoyo<sup>26</sup>.

De esta manera, los capitales sociales se proyectan sobre la vida de los pueblos y barrios promocionando la creación de redes de apoyo urbanas, objeto de atención por el ODS 11 de la Agenda 2030 que aspira a transformar las ciudades y asentamientos urbanos para que sean seguras, inclusivos y resilientes, permitiendo así la materialización del derecho a la ciudad, como un gran campo de apoyos que acoge y permite desarrollar a las diferentes comunidades que la integran, partiendo de las edificaciones

---

campos de apoyo: artículo 29.1 DUDH; Observación 5 DESC en relación con artículo 11; artículo 15.4 CEDAW; artículo 23 CRC; la Nueva Agenda Urbana en relación con ODS 11 meta 11.1 y el ODS 10 meta 10.2.

<sup>25</sup> BORDIEU, P. *Las estrategias de reproducción social*, Siglo XXI Editora Iberoamericana, Buenos Aires, 2011.

<sup>26</sup> El Parlamento Europeo ha entregado el galardón Ciudadano Europeo 2020 a la red vecinal “Somos Tribu Vallecas” de Madrid por la labor desempeñada durante la pandemia de la COVID-19 que en el palabras de sus representantes, han hecho extensivo el premio a todas las redes, asociaciones y movimientos vecinales, disponible en:

<https://www.rtve.es/play/videos/telediario/ue-premia-solidaridad-asociacion-vallecas/5806977/>, visitado el 3 de septiembre de 2021.

destinadas a vivienda: un continente necesario para que sus habitantes puedan encontrar un equilibrio entre las condiciones del entorno que reside y sus condiciones personales y, de esta manera, se erige como aspecto clave para los nexos sociales y, por ende, adopta la consideración de un “ambiente sociofísico”<sup>27</sup>.

### 3. LA PROPIEDAD HORIZONTAL COMO ENTORNO COMUNITARIO: LA GUARDA DE HECHO EN LAS RELACIONES VECINALES

En la exposición de motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal<sup>28</sup>, apelando al derecho natural, el legislador revela el fin último de la norma, a saber, “lograr un orden de convivencia presidido por la idea de la justicia”<sup>29</sup>. Para conseguir este objetivo, la Ley sobre Propiedad Horizontal ha superado dos características propias de la comunidad romana o por cuotas, a saber, la acción de división de los comuneros y el derecho de adquisición preferente, de manera que los intereses comunitarios predominen sobre el individual<sup>30</sup>.

Descansado sobre esta aspiración, y poniendo la institución de la propiedad horizontal a la luz de la CDPD, encontramos una conexión directa con el derecho a la vida en comunidad<sup>31</sup>, recogido en el artículo 19 CDPD, así como con el ODS 11 de la Agenda 2030 para garantizar comunidades inclusivas y edificios que promuevan enfoques integrados y participativos en los que intervengan todos los habitantes y los interesados pertinentes, evitando la segregación espacial y socioeconómica<sup>32</sup>.

En la medida que colocamos el foco de análisis sobre los aspectos sociales de la institución de la propiedad horizontal y su conexión con el entorno urbano, resulta interesante destacar el documento conocido como la Carta de Roma (1982), que son las conclusiones del V Congreso Internacional de Registradores de la Propiedad<sup>33</sup> que ana-

<sup>27</sup>LEBRUSAN MURILLO, I., *La vivienda en la vejez: problemas y estrategias para envejecer en sociedad*, CSIC, Madrid, 2019.

<sup>28</sup>BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960.

<sup>29</sup>Entiende la justicia como “como virtud moral, se sobrepone tanto a la realidad de los hechos como a las determinaciones del legislador, que siempre han de hallarse limitadas y orientadas por ella”.

<sup>30</sup>La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 15 de junio de 1973, es utilizada como fundamento jurídico de apoyo para la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 25 de noviembre de 2020, dictada para resolver las cuestiones planteadas respecto de la posibilidad de inscripción registral de una cláusula estatutaria que limita la posibilidad de destinar las viviendas en régimen de propiedad horizontal a viviendas turísticas.

<sup>31</sup>En este sentido, el legislador catalán concibe la institución de la propiedad horizontal como una suerte de comunidad, y por ello la regula en el capítulo III del título V, de las situaciones de comunidad, en el Libro quinto del Código Civil de Cataluña (arts. 553-1 a 59).

<sup>32</sup>Organización de las Naciones Unidas, *Nueva Agenda Urbana*, Quito, 2016, núm. 97.

<sup>33</sup>Ver en V Congreso Internacional Roma, Italia 1982 | IPRA-CINDER.

lizó la publicidad registral de los conjuntos inmobiliarios<sup>34</sup>, como un punto de conexión entre derecho urbanístico y el derecho civil. A los efectos de esta contribución, por su relevancia con el derecho a la vida en la comunidad del artículo 19 CDPD, destacamos la conclusión que pone de relieve que *“la multiplicidad de relaciones sociales de los conjuntos inmobiliarios, ha de llevar consigo la creación de un régimen estatutario que, aun siendo de origen y carácter privado, permita que los partícipes consigan hacer efectiva la plena integración de sus intereses mediante la creación de un órgano diferenciado de gestión, dotado o no de personalidad jurídica”*, para conseguir articular un régimen de mayorías en la adopción de acuerdos; la fijación de cuotas de modo flexible y adecuado al carácter de cada conjunto y la seguridad del cumplimiento de sus compromisos entre ellos y frente a terceros.

Desde esta óptica se considera que la publicidad registral de las normas que regulan las comunidades es el medio idóneo de conferir seguridad jurídica, facilitando la solución de las complejas relaciones entre los partícipes del conjunto y dando certeza a los terceros, contribuyendo así a la mejora de las relaciones comunitarias y, en definitiva, a una mayor paz social. En el mismo sentido, VAN DER MERWE<sup>35</sup>, sostiene que el diseño legal e institucional de los condominios juega un papel esencial en la capacidad de los propietarios de las viviendas para participar en una acción colectiva efectiva para promover los intereses individuales y colectivos en y alrededor de los edificios residenciales.

Según datos del INE, en España hay casi 10 millones de edificios en régimen de propiedad horizontal que dan cobijo a la mitad de los hogares<sup>36</sup>, de manera que constituye una manifestación de entorno comunitario muy conocida por el grueso de la población, especialmente en las ciudades, lo que invita a un amplio análisis de la norma desde la perspectiva de la discapacidad, que evidentemente excede de esta contribución, por lo acotaremos a un sólo elemento, a saber, la conexión que puede existir entre los avances tecnológicos, las relaciones vecinales y los apoyos a la vida independiente.

---

<sup>34</sup> Los conjuntos inmobiliarios se caracterizan por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares, para la consecución y mantenimiento de los intereses generales y particulares de los partícipes, de manera que la posibilidad de generar unas relaciones y vínculos entre los integrantes del complejo se configura como la causa del “contrato” que permite el acceso al mismo.

<sup>35</sup> Van Der Merwe, C. “European Condominium Law: Nine Key Choices”, en Lehavi, A. (Ed.), *Private Communities and Urban Governance. Theoretical and Comparative Perspectives*, Springer International Publishing, Suiza, 2016, pp. 127-149.

<sup>36</sup> Los censos de población y vivienda, en 2011, arrojaban la cifra de 9.814.785 de edificios en España, que acogen a la mitad de los hogares, un total de 18.083.692, para una población total de 46.815.916 de habitantes.



Una de las primeras manifestaciones tecnológicas en los edificios tuvo un impacto directo en la vida de las comunidades y en los agentes que la integraban en muchos casos, nos referimos a la incorporación de los porteros electrónicos. Tradicionalmente, las labores de seguridad de los edificios en el siglo XIX y principios del pasado se había encomendado a los porteros<sup>37</sup> de los edificios y durante la segunda parte del siglo XX las labores fueron externalizándose de manera progresiva provocando la extinción de las relaciones laborales<sup>38</sup> por diversas razones, como la normalización de la duración de las jornadas laborales al marco legal del Estatuto de los Trabajadores o por la posibilidad de venta de los espacios comunes reservados a la portería, lo que implicaba una fuente de ingresos para la comunidad de propietarios.

Esta situación motivó que muchas de las actividades que realizaban a favor de las comunidades de propietarios dejaron de prestarse, y algunas de ellas formaban parte de lo que hoy denominaríamos apoyos a la vida independiente, en especial, en el caso de las personas mayores y que vivían solas que a partir de ese momento dependían exclusivamente de su red familiar o de los recursos económicos que les permitieran satisfacer las necesidades en exclusiva.

Hemos apuntado que entre el abanico de medidas de apoyo recogidas en la Ley 8/2021, de 2 de junio, se contempla la guarda de hecho como un mecanismo de apoyos informales. Si bien, en un principio, está diseñada para dar cobertura a las relaciones de apoyo en el seno de la familia, como grupo de protección natural, nada impide considerar que las relaciones vecinales que se generan en los edificios entre los residentes pueden encajar en las previsiones del legislador y, de esta forma, colmar las lagunas creadas para satisfacer las necesidades básicas de la vida diaria; todo ello, por supuesto, partiendo de la premisa que los apoyos se estén aplicando eficazmente, sin que sea necesario tramitar procedimiento alguno, salvo que sea necesario recabar autorización judicial para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287 CC.

En definitiva, que es posible considerar que las relaciones vecinales de apoyo en los edificios en régimen de propiedad horizontal, pueden ser una tipología de guarda de hecho, creando comunidades (*condo*) intencionales (*meaning*), lo que podría dar

---

<sup>37</sup> El Real Decreto de 24 de febrero de 1908 establecía, en su artículo primero, la obligatoriedad de que en todas las casa dedicadas a vecindad (artículo 396 CC, la propiedad por pisos) hubiese un portero encargado de la vigilancia y de impedir la comisión de delitos contra las personas y la propiedad de los habitantes de la finca; y podrían encontrarse antecedentes en el Real Decreto de 6 de noviembre de 1877 y en el Reglamento de los Cuerpos de Seguridad y Vigilancia de Madrid, de 12 de febrero de 1878.

<sup>38</sup> Con la II República, la Ley de Contrato de Trabajo de 22 de noviembre de 1931 reconoció la naturaleza laboral de las relaciones para la prestación de servicios de los porteros, dentro de su consideración como servicio doméstico.

lugar a un nuevo concepto, los “condomeaning”, y que emergen como una alternativa a los tradicionales modelos en los que se provee de alojamiento y servicios, de manera que se deja en manos de los residentes la elección sobre cómo y dónde vivir su vida y con quién quieren compartirla<sup>39</sup>.

#### 4. PROPUESTAS DE FUTURO: INICIATIVAS COLABORATIVAS DE APOYO MUTUO Y PUBLICIDAD DE LAS NORMAS COMUNITARIAS

Aceptado que las relaciones vecinales son fundamentales para el derecho a la vida independiente y en la comunidad se proponen dos ejes de trabajo para garantizar su sostenibilidad<sup>40</sup> y seguridad: de un lado, la promoción de actividades colaborativas de apoyo mutuo y, de otro, la regulación de las normas comunitarias que contemplen los diferentes aspectos que puedan suscitar las relaciones colaborativas y su publicidad registral a los efectos que los nuevos integrantes de la comunidad tengan conocimiento de los derechos, obligaciones y servidumbres a favor de un bien puedan comportar.

Desde la óptica jurídica de los fenómenos colaborativos, destacamos la institución de las relaciones convivenciales de ayuda mutua, reguladas en el artículo 240 CCC<sup>41</sup>. A pesar de que la regulación no tenga aplicación directa a todo el territorio nacional, no debería existir objeción alguna para que, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, se puedan articular escrituras de relaciones de apoyo mutuo, incluso superando algunos de los límites impuestos por el referido 240 CCC, por ejemplo, la necesidad de compartir la vivienda.

---

<sup>39</sup> LÓPEZ DE LA CRUZ, L. “Las viviendas colaborativas para mayores como modelo habitacional” en LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y SÁNCHEZ MEDINA, J. A. *Soluciones habitacionales para el envejecimiento activo: viviendas colaborativas o cohousing. Respondiendo a los cambios demográficos desde la innovación social*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2017, pp. 122-159.

<sup>40</sup> Las relaciones vecinales y los conflictos entre los integrantes es uno de los principales caballos de batalla a considerar para garantizar la paz social, lo que es perfectamente conocido por la sociedad en general y revela el hecho que son el eje central de la popular serie *Aquí no hay quien viva*, con cinco temporadas (2003-2006) con cotas de audiencia superiores a 7 millones de espectadores, que estaba inspirada por el éxito de la película *La comunidad* (2000) de Álex de la Iglesia: *La Serie: Aquí NO Hay Quien Viva* (ANHQV) – ANHQV – Aquí NO Hay Quien Viva, visitado el 10 de septiembre de 2021.

<sup>41</sup> Encuentra su antecedente en la Ley 19/1998, de 29 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua, que ponía el foco en aquellas relaciones que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma vivienda, unidas por vínculos de parentesco sin límite de grado en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y que ponen en común elementos patrimoniales y trabajo doméstico, con voluntad de ayuda mutua y de permanencia. Según el preámbulo, en un contexto demográfico de envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de la prolongación de la vida, además de una reducción de la natalidad, se pretende ofrecer un marco legal de protección que pueda ofrecer una solución a muchas personas mayores, aliviar las dificultades económicas y sociales y evitar el internamiento en instituciones geriátricas.

A mi modo de ver, las relaciones de apoyo mutuo no exigen la convivencia en sentido literal, es decir, compartir la cocina. Cuando se hace referencia al derecho a la vida independiente es necesario interpretarlo a la luz del derecho a la intimidad y a la vida familiar, de manera que obligar a compartir el espacio vital puede llevar implícita una forma de control o institucionalización indirecta, que condicione el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por el contrario, la institución de la guarda de hecho recogida en la nueva regulación civil parece mucho más adecuada para la conciliación de los derechos individuales, sin que en ningún caso se pueda exigir el requisito de la convivencia en la misma vivienda.

En ese marco contractual de las relaciones de apoyo de mutuo se podrían dar cobijo a un sinnúmero de iniciativas que han surgido fruto del fenómeno colaborativo, como los bancos de tiempo<sup>42</sup> o de herramientas domésticas y de consumo colaborativo<sup>43</sup> en general. Puede encontrarse un ejemplo de todo ello en edificios en propiedad horizontal en el proyecto “*La escalera*”<sup>44</sup>.

En el segundo eje de propuestas se refiere a la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, y la posibilidad de obligar al cumplimiento a terceros que se incorporen en el futuro a la comunidad, o a los inquilinos en régimen de arrendamiento, puesto que la junta de propietarios, como órgano colectivo, tiene amplias facultades para decidir en los asuntos interés de la comunidad, al amparo de las previsiones de los artículos 14 y 17 de la LPH, si bien el requisito de la unanimidad exigirá realizar en algunos casos equilibrios imposibles, que requiere un estudio en mayor profundidad.

De esta manera, además de conseguir la accesibilidad universal de los edificios, se podrían acordar medidas para flexibilizar el uso de espacios, ya sean comunitarios, o que afecten a los elementos privativos; crear mecanismos de mejora en la toma de decisión; fijar la forma de contribución de los elementos privativos en nuevos servicios para la promoción de la vida independiente; o colocar elementos físicos de apoyo a la deambulación por los espacios comunes de circulación y que, a la vez, permitan facilitar pequeños encuentros para conversaciones informales entre los residentes, superando la frialdad de la conversación estática, por ejemplo, en el garaje del edificio o al entrar o salir del ascensor.

---

<sup>42</sup> Ver la iniciativa del Ayuntamiento de Madrid en: Bancos del Tiempo - Ayuntamiento de Madrid, visitado el 12 de septiembre de 2021.

<sup>43</sup> Gobierno de Aragón, “Consumo colaborativo y economía compartida. Una visión general y algunas experiencias en Aragón”, 2013, disponible en: Consumo colaborativo y economía compartida Una visión general y algunas experiencias en Aragón (aragonhoy.net), visitado el 12 de septiembre de 2021.

<sup>44</sup> La escalera – La vida es un problema común, ¿lo resolvemos en comunidad? (proyectolaescalera.org), visitado el 12 de septiembre de 2021.

Finalizando, y conservando la esperanza de que algunas de las propuestas someramente apuntadas sirvan de inspiración para la transformación de propiedades horizontales en comunidades intencionales de apoyo para la vida independiente, quiero expresar el agradecimiento a todas las personas y entidades que durante años han luchado por los derechos de las personas con discapacidad y que han conseguido alcanzar el pleno reconocimiento de los derechos, y nos dan fuerza y esperanza para que las futuras generaciones puedan vivir en una sociedad plenamente inclusiva, libre de toda discriminación y violencia.

Granada, septiembre de 2021.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Alemany, M. “Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad”, en Munar Bernat, P. A., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 21-45.
2. Alexy, R. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 22-29.
3. Arroyo Abad, C. “La relación laboral del empleado de fincas urbanas”, *Anuario jurídico-económico escurialense*, LXII, 2009, pp. 99-116.
4. Bourdieu, P., *Las estrategias de reproducción social*, Siglo XXI Editora Iberoamericana, Buenos Aires, 2011.
5. Comisión Europea, “Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030”, abril de 2021, disponible en: *Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 - Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión - Comisión Europea (europa.eu)*, visitado el 22 de mayo.
6. De Lorenzo, R. y Pérez Bueno, L. C., *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
7. De Rooij, M. *Arquitectura ante cambios demográficos: La vivienda existente como campo de actuación*. Tesis doctoral, dir. Saura i Carulla, M, UPC, Barcelona, 2014.
8. Elizari Urtasun, L. “El derecho a la vida independiente en el Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en Martínez Pujalte, A.-L., Miranda Erro, J. (dirs.) y Flores, M., (coord.) *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 281-294.
9. Gobierno de Aragón, *Consumo colaborativo y economía compartida. Una visión general y algunas experiencias en Aragón*, 2013.

10. Gobierno de España, España 2050. *Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*. Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia, Madrid, 2021.
11. González Herrera, I. “Atención centrada en la persona (ACP): buenas prácticas en un centro de atención de menores con necesidades de apoyo (CAM Xiquets)”, *Documentos de Trabajo Social*, núm. 61, (2018), pp. 315-330.
12. Guilarte Martín-Calero, C., *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad. El derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York*, Editorial Reus, Madrid, 2019.
13. Kriesi, H. P., “Adoptar, adaptar e inventar límites y oportunidades”, en McAdam, D., McCarthy, J. y Zald, M. N. (ed.) *Movimientos sociales: perspectivas comparadas* (pp. 221-261), Ed. Istmo, Madrid, 1999, pp. 221-261.
14. López de la Cruz, L. “Las viviendas colaborativas para mayores como modelo habitacional” en López de la Cruz, L. y Sánchez Medina, J. A. *Soluciones habitacionales para el envejecimiento activo: viviendas colaborativas o cohousing. Respondiendo a los cambios demográficos desde la innovación social*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2017, pp. 122-159.
15. Lebrusán Murillo, I., *La vivienda en la vejez: problemas y estrategias para envejecer en sociedad*, CSIC, Madrid, 2019.
16. Meltzer, G., *Sustainable Community. Learning from the cohousing model*, Trafford Publishing, Victoria, 2005.
17. Monedero Ribas, M. *Otras formas de convivencia en el Código Civil de Cataluña*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2014.
18. Nasarre-Aznar, S., “Llueve sobre mojado: el problema del acceso a la vivienda en un contexto de pandemia”, *Derecho Privado y Constitución*, 37, 2020, pp. 273-308.
19. Otamendi Ormazábal, N. y Navas Macho, P., “Calidad de vida de personas con discapacidad intelectual en proceso de envejecimiento en entornos de vivienda”. *Revista Española de Discapacidad*, 6 (II), 2018, pp. 27-47.
20. Premio Ciudadano Europeo 2020, ver en: La UE premia la solidaridad de una red vecinal de Vallecas (rtve.es).
21. Serrano García, I. “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad” en Muñiz Espada, E. (dir.) *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 69-87.
22. Van Der Merwe, C. “European Condominium Law: Nine Key Choices” en Lehavi, A. (Ed.) *Private Communities and Urban Governance. Theoretical and Comparative Perspectives*, Springer International Publishing, Suiza, 2016, pp. 127-149.

**José Antonio Rueda Monroy**  
Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de Málaga

////////////////////////////////////  
**LA ACOTACIÓN SUBJETIVA EN LA CONFIGURACIÓN DE MEDIDAS  
DE TRATO DIFERENCIADO EN FAVOR DEL PERSONAL DOCENTE E  
INVESTIGADOR (PDI) CON DISCAPACIDAD**

RESUMEN

Las universidades, en concordancia con su papel central en el desarrollo social y cultural, quedan expresamente sujetas a un mandato dirigido a la igualdad tanto en una vertiente formal como material en relación con los miembros de la comunidad universitaria de acuerdo con la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, de manera análoga a los mandamientos constitucionales que recaen sobre los poderes públicos respecto a los individuos y grupos generales. Lo propio se materializa no sólo con mecanismos antidiscriminatorios, sino que precisan de medidas activas que pretendan la consecución de aquel objetivo. El objeto de este estudio gira en torno al ámbito subjetivo de este segundo grupo de instrumentos aplicados por las universidades en relación con el PDI y que se encuadrarían dentro de las denominadas medidas de trato diferenciado. Concretamente nos detendremos en el “diferente significado” al que se le dota a la palabra discapacidad según a qué medida nos estemos refiriendo. Todo ello sin mediar justificación alguna en esta diferenciación.

Pese a que la noción de persona con discapacidad está recogida en una norma internacional de derechos humanos como es la Convención Internacional sobre derechos de las personas con Discapacidad del año 2006 (CIDPD, en adelante), las medidas de trato diferenciado implantadas *ex lege* o reglamentariamente en el ámbito universitario requerirán en la mayoría de situaciones la concurrencia de algún presupuesto adicional,

ya sea un reconocimiento administrativo de grado o, incluso, que el PDI beneficiario tenga una de las filiaciones establecidas en los artículos 48 y 56 de la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

Se comienza este estudio desde un prisma internacional con la exposición de la noción de discapacidad consolidada en la CIDPD para después ir descendiendo en la acotación realizada en nuestro país. En un primer término en las normas legales y posteriormente en relación con las medidas habilitadas por las universidades.

La investigación se ha llevado a cabo desde un enfoque mixto con una recolección y análisis de datos con combinación de técnicas cualitativas y cuantitativas, además de una revisión bibliográfica, normativa y jurisprudencial.

Ofrecemos, además de una panorámica general de la deficiente regulación normativa en lo que respecta al acceso de las medidas a las que nos referimos previstas para las personas con discapacidad, una muestra de las prácticas llevadas a cabo por las universidades españolas en este sentido. Se comprueba como algunas de ellas han superado el excesivo rigor de la norma legal que parece anclada en viejos modelos para alinearse con el paradigma de la CIDPD.

## 1. INTRODUCCIÓN: RAZONABILIDAD Y FUNDAMENTOS DE LAS MEDIDAS DE TRATO DIFERENCIADO

En 2019 en España la población con discapacidad entre los 16 y 64 años representaba un 6,2 % de la población total en dicha franja de edad<sup>1</sup>. En ese mismo ejercicio, la tasa de actividad del colectivo era del 34 %, la tasa de empleo 25,8 % y la de paro un 23,9 %<sup>2</sup>. En una vertiente cualitativa, la contratación se centra principalmente en ocupaciones elementales, evidenciándose además la “temporalidad y precariedad”<sup>3</sup>. Si descendemos al ámbito universitario los datos son paupérrimos. En el curso 2019-

---

<sup>1</sup> OED, *Informe Olivenza 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España*, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2019, p. 308. Accesible en:

<https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/category/documentos/observatorio/informeolivenza-observatorio/>

<sup>2</sup> Datos EPA 2019. La tasa de actividad era de 43 puntos inferior a la ordinaria, la de empleo 41 puntos inferior y la de paro un 10 superior.

<sup>3</sup> Véase, in extenso, ODISMET, *Informe 6 del Observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo de la Fundación ONCE*, Fundación ONCE, 2021. Accesible en:

<https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/colecciones-propias/programa-operativo/observatorio-sobre-discapacidad-y-mercado-de-4>

2020 solo un 0,6 % del PDI en el sistema universitario español eran personas con discapacidad, reduciéndose esta cifra al 0,2 % en lo que respecta a las universidades privadas<sup>4</sup>.

A la vista de estos datos, que evidencian una situación de discriminación del colectivo en el empleo y, particularmente, en el empleo universitario, se hacen más que necesaria una serie de medidas que promuevan la igualdad de oportunidades tanto en lo que respecta al acceso a la función docente e investigadora como en lo que comprende a las condiciones de trabajo y la promoción. Con este objetivo y fundamentadas en el principio de igualdad<sup>5</sup> se alzan en nuestro ordenamiento con carácter general<sup>6</sup> un elenco importante de medidas que suelen ser denominadas como *medidas de trato diferenciado*<sup>7</sup>. Dentro del extenso catálogo que ofrece estos mecanismos, la medida más paradigmática pudiera ser –por su vigorosidad e imperatividad– la reserva de empleo en favor de las personas con discapacidad.

En lo que respecta a la normativa universitaria, contiene la Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades un auténtico mandato a estas instituciones hacia la consecución de la igualdad de oportunidades de los estudiantes y demás miembros de la comunidad universitaria con discapacidad. El mismo precepto garantiza la interdicción de la discriminación y faculta la adopción de medidas de acción positiva. El apartado tercero aboga por medidas de igualación de oportunidades para los miembros “que presenten necesidades especiales o particulares asociadas a la discapacidad”. A su socaire, algunas universidades han venido aprobando normas internas, reglamentos y protocolos en los que, además de fijar criterios y as-

---

<sup>4</sup> UNIVERSIA, *Universidad y discapacidad: V estudio sobre el grado de inclusión del sistema universitario español respecto de la realidad de las personas con discapacidad*, 2020, p. 84.

<sup>5</sup> Principio que se consagra constitucionalmente en su vertiente sustancial o material en el artículo 9.2 CE.

<sup>6</sup> Pero aplicable, como no podía ser de otra forma, a las Universidades. No obstante, de la eficacia de estas medidas generales “podemos dudar razonablemente, ya que no parece concurrir una conciencia muy firme sobre la necesidad de promover el empleo de las personas con discapacidad en el sector público universitario”. *Vid.* PERALTA MORALES, A., *Libro blanco sobre universidad y discapacidad*, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2007, p. 73.

<sup>7</sup> Véase una clasificación rigurosa de estos mecanismos en GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Dicho esto, en el argot de la doctrina más cualificada encontramos multitud de locuciones para identificar a tratamientos diferenciados y sus diferentes categorías, entre las que se encuentran: medidas de diferenciación, acciones afirmativas, de discriminación positiva, acciones positivas, igualación positiva, discriminación inversa, medidas de incentivación. Véase en este sentido, BOSSUYT, M., El concepto y la práctica de la acción afirmativa. Informe final presentado por el Sr. Marc Bossuyt, Relator Especial, de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión, ONU, E/CN.4/Sub.2/2002/21, Nueva York, 2002, pp. 3 y 4.



pectos procedimentales en la aplicación de la normativa legal, han contemplado *ex novo* otras medidas de trato diferenciado en favor del PDI con discapacidad. Hemos de decir que esta circunstancia fue alentada por la CRUE en 2017<sup>8</sup>. Con carácter meramente ilustrativo, puesto que se extralimita del objeto de nuestro estudio, y sin ánimo de exhaustividad, diremos que estas medidas consisten habitualmente en medidas de accesibilidad y movilidad (reserva adicional de aparcamientos, ayudas para la adquisición de servicios de apoyo o la adaptación y/o reducción de horarios docentes). Estas “mejoras voluntarias” a las obligaciones legales las podríamos encuadrar dentro de la función social de la Universidad en una vertiente de la acción social y de la ética de las relaciones internas, en este caso entre empleadora y persona trabajadora<sup>9</sup>.

Allende las cuestiones de carácter sustantivo que pudieran plantear la existencia y la regulación de esta heterogeneidad de medidas habilitadas para el PDI con discapacidad, nos ocuparemos en estas líneas de abordar la cuestión relativa a los sujetos que podrán hacer uso de las mismas. Y es que, si bien están previstas para las personas con discapacidad, nos encontramos con que esta realidad, que debe ser inequívoca, no encuentra el mismo significado en los distintos planos donde se proyectan las mismas.

Nos encontramos ante una cuestión sustancial, ya que será vital la configuración de la noción de persona con discapacidad para arrogarle a un sujeto determinado la posibilidad de hacer valer su protección tanto frente a actuaciones discriminatorias como para el ejercicio de los derechos o las medidas concretas que le sean reconocidos. Téngase en cuenta que la concreción jurídica de esa realidad supondrá la fijación de una linde en la que quedarán de un lado sujetos beneficiarios de un especial tratamiento por parte –en lo que nos ocupa– de nuestras universidades en aras de facilitar su participación en la misma y, en el otro, sujetos que, por no reunir esas circunstancias o requisitos, quedarán fuera.

Para afrontar este estudio expondremos en primer lugar la metodología utilizada. Posteriormente nos dedicaremos al estudio del concepto jurídico de persona con discapacidad. Pasaremos a continuación al análisis de los resultados en cada plano, para comprobar en que medida los presupuestos normativos o internos requeridos para el disfrute de las medidas de trato diferenciado se separan de aquel concepto normativo básico.

---

<sup>8</sup> Véase la recomendación de 2017. CRUE, *Recomendaciones para el establecimiento de una reserva de plazas de personal docente e investigador a favor de las personas con discapacidad*, accesible en: [https://www.crue.org/Boletin\\_SG/2018/boletin%20163/2018.02.02-Recomendaciones%20Cruce%20reserva%20plazas%20PDI.pdf](https://www.crue.org/Boletin_SG/2018/boletin%20163/2018.02.02-Recomendaciones%20Cruce%20reserva%20plazas%20PDI.pdf)

<sup>9</sup> Véase en este sentido, PERALTA MORALES, A., *Libro blanco... op. cit.* p. 74.

## 2. METODOLOGÍA

Este trabajo arroja una parte de los resultados obtenidos de una investigación de carácter más amplio denominada “Estrategias y acciones de las universidades en favor del PDI” financiada por la Fundación ONCE, Fundación Derecho y Discapacidad y Universidad Autónoma de Madrid. Como principales objetivos persigue conocer la presencia real del PDI con discapacidad en el sistema universitario español e identificar las barreras y facilitadores de las instituciones que están promoviendo o dificultando su inclusión. Para alcanzar estos fines, se ha establecido una metodología de investigación mixta en la que se secuencian de forma ordenada diferentes técnicas cuantitativas como la encuesta, el análisis de fuentes de datos secundarias. Y técnicas cualitativas, principalmente, las entrevistas semiestructuradas o método Delphi. En este trabajo se presenta resultados centrados en conocer los presupuestos deben cumplir el PDI para beneficiarse de las medidas de trato diferenciado reconocidas por las universidades.

### 2.1. Instrumento

Entre los meses de mayo a septiembre de 2021, se envió hasta en cinco ocasiones invitación a participar en esta investigación a los Vicerrectores y Vicerrectoras de Profesorado y/o Ordenación Académica de las 83 universidades españolas (50 públicas y 33 privadas)<sup>10</sup>. Mediante correo electrónico se le hizo llegar toda la información sobre los objetivos de la investigación, las entidades colaboradoras y el tratamiento de los datos acompañado de un consentimiento informado. Posteriormente, se anexaba una encuesta online diseñada en *Google Form* sobre las políticas llevadas a cabo de apoyo al PDI con discapacidad a través de medidas de acción positiva o ajustes individuales. En concreto, el instrumento integró las siguientes dimensiones: a) presencia del PDI con discapacidad; b) normativa de regulación de las medidas de apoyo para PDI con discapacidad; c) tipología de las medidas de apoyo para el PDI con discapacidad; d) requisitos de los solicitantes de las medidas de apoyo para el PDI con discapacidad; e) valoración de la aportación de las medidas de apoyo en la inclusión del PDI con discapacidad.

---

<sup>10</sup> MINISTERIO DE UNIVERSIDADES, *Datos y Cifras del Sistema Universitario Español. Publicación 2019-2020*. Ministerio de Educación, Madrid, 2020. Fueron excluidas la Universidad Internacional de Andalucía y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo que cuentan con un sistema propio de PDI.

## 2.2. Participantes

Finalmente, participaron en esta investigación 25 Vicerrectores y Vicerrectoras de Profesorado y/o Ordenación Académica. Los participantes pertenecían a 25 universidades, 24 universidades de titularidad pública y 5 de titularidad privada. Estas universidades pertenecían a doce comunidades autónomas lo que garantiza la representación territorial del sistema universitario. En concreto, estas comunidades fueron: Madrid, Galicia, Andalucía, Canarias, Aragón, Comunidad Valenciana, Cataluña, Murcia, Castilla-León, Castilla-La Mancha, Navarra y La Rioja.

## 2.3. Procedimiento

Se llevó a cabo un análisis descriptivo de las respuestas que los participantes proporcionaron acerca de las circunstancias que había de reunir las personas solicitantes de algunas de las medidas de trato diferenciado reguladas por sus instituciones. Estas medidas pueden ser de dos tipos: medidas de discriminación positiva dirigidas al colectivo en su totalidad o ajustes individuales que tienen un carácter más personal o particular. Complementariamente, este análisis se ha combinado con las técnicas típicas de la ciencia del derecho. A tal efecto, se ha llevado a cabo una amplia revisión bibliográfica y se ha procedido al análisis normativo y jurisprudencial de la materia. Todos los datos fueron tratados de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y los participantes mantuvieron siempre la oportunidad de rectificarlos o cancelarlos. Así mismo, se contó con el consentimiento informado de cada uno de los participantes.

## 3. CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA DE PERSONA CON DISCAPACIDAD

En la actualidad, aún inmersos en un proceso de humanización del colectivo de personas con discapacidad<sup>11</sup> que se viene explicando por la doctrina a partir de diferentes modelos teóricos<sup>12</sup>, resulta factible el conocimiento del significado jurídico de persona con discapacidad. En la esfera internacional el último hito en la materia, al consolida un cambio de paradigma, es la Convención Internacional sobre los Derechos

---

<sup>11</sup> En este sentido, SEOANE RODRIGUEZ, J. A., “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos”, en AA. VV. (BLÁZQUEZ PEINADO, M. y BIEL PORTERO, I., coords.), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 11-45, pp. 11 y ss.

<sup>12</sup> Véase, in extenso, entre otros, PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

de las personas con Discapacidad de la ONU del año 2006<sup>13</sup>, instrumento que define a las personas con discapacidad en su artículo primero tal y como sigue:

*Las personas con discapacidad incluyen a aquéllas 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.*

Adviértase que ya en el preámbulo<sup>14</sup> de la CIDPD se adelanta que los Estados partes reconocen “que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Esta determinación del concepto de persona con discapacidad resulta esencial para determinar quién es el sujeto de derechos en las normativas nacionales para así, procurar la consecución de los objetivos allí propuestos, en definitiva, una igualdad real y efectiva en cuanto al ejercicio de los derechos.

En nuestro país el concepto de persona con discapacidad se contiene hoy a efectos del reconocimiento de la “titularidad de derechos” en el 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 (LGDPD, en adelante)<sup>15</sup>. Se efectúa este reconocimiento desde una triple vía situadas a priori al mismo nivel: una primera, análoga al concepto de discapacidad la CIDPD y, por ende, respetuosa con el espíritu de la misma; una segunda vía para personas con un reconocimiento de grado de discapacidad igual o superior al 33% y, otra tercera, por equiparación, que hace alusión a las personas reconocidas con una incapacidad

---

<sup>13</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 junto a su Protocolo Facultativo, sin reservas ni declaración interpretativa alguna, entrando en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008, y ratificada también por la UE el 26 de noviembre de 2009 (Decisión del Consejo [2010/48/CE], DOUE 27-1-2010, Serie L 23/35). Por tanto, hemos de considerar a la misma como una norma de derecho interno ex artículo 96-1 de nuestra norma suprema. Obsérvese su artículo 27.1 referido al empleo. Concretamente el apartado g) insta a los Estados a emplear a personas con discapacidad en el sector público; el h) a promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas entre las que caben las de acción afirmativa; y el i) en relación con los ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo.

<sup>14</sup> Apartado e).

<sup>15</sup> En su Exposición de Motivos se menciona expresamente a la CIDPD, indicando que “supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo”.

permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas por jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Este triple reconocimiento de sujetos no es tal y como parece *prima facie*. Dependiendo de ante que tipología de medida nos encontremos y en qué ámbito, será aceptada una vía u otra, cuestión que analizaremos en las líneas que siguen respecto a las medidas de trato diferenciados aplicables al PDI<sup>16</sup>.

#### 4. LOS TITULARES DE DERECHOS EN LAS DISTINTAS MEDIDAS APLICABLES AL PDI CON DISCAPACIDAD

Dividiremos este apartado en dos bloques principales para ocuparnos, en primer lugar, de la delimitación subjetiva de las medidas previstas en la ley, entendiendo la misma en sentido amplio y, posteriormente, de las distintas previsiones dispuestas por las universidades en la regulación *ad hoc* de medidas propias.

##### 4.1. El alcance del concepto persona con discapacidad en las medidas legales

Como se adujo con anterioridad, la delimitación efectuada en nuestro derecho autóctono en virtud del artículo 4 LGDP no es del todo franca, enmarañándose su interpretación con una –a nuestro juicio– defectuosa refundición normativa y con diversos pronunciamientos judiciales que vienen a aportar algo de luz a la misma. Téngase presente el diferente régimen jurídico aplicable a muchos casos a las universidades públicas y privadas, dada su propia naturaleza. Esta disparidad llega a afectar, como se comprobará, al trato dispensado a las personas con discapacidad.

La LGDPD recoge en su artículo 39 un catálogo de medidas que se han ido desarrollando con mayor o menor suerte en nuestro ordenamiento<sup>17</sup>. Nos encontramos ante un *numerus apertus* en la que destacan por su virtualidad práctica las subvenciones y las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social. Estas medidas, que están actual-

---

<sup>16</sup>Un estudio más detallado sobre esta delimitación subjetiva en términos generales lo realizamos en RUEDA MONROY, J. A., “Descifrando la delimitación subjetiva de la LGDPD. Especial referencia al ámbito socio laboral del derecho”, *Revista jurídica del trabajo*, Vol. 2, Núm. 4, 2021.

<sup>17</sup>Denominadas en este precepto como “ayudas”, dispone el apartado segundo que pueden consistir en: “subvenciones o préstamos para la contratación, la adaptación de los puestos de trabajo, la eliminación de todo tipo de barreras que dificulten su acceso, movilidad, comunicación o comprensión en los centros de producción, la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y cuantas otras se consideran adecuadas para promover la colocación de las personas con discapacidad, especialmente la promoción de cooperativas y otras entidades de la economía social”.

mente desarrolladas, respectivamente, en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, pueden ser aplicadas por la entidad empleadora sobre sujetos diferentes. Mientras que las subvenciones van dirigidas a quienes contraten a personas con discapacidad en el sentido de la derogada Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos (LISMI), en la que se requería ex artículo 7.2 el reconocimiento administrativo de grado, la regulación de las bonificaciones de cuotas permiten expresamente, en virtud del artículo 2.5 de la Ley 43/2006, su aplicación, además de a las personas con grado de discapacidad en porcentaje igual o superior al 33 %, a quienes “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”. Posteriormente se puntualiza el porqué no puede aplicarse esta equiparación entre discapacidad e incapacidad a las subvenciones. Ambas medidas son aplicables a las universidades privadas y también a las públicas cuando contraten en régimen de laboralidad, salvo las bonificaciones de cuotas a las Universidades públicas no transferidas<sup>18</sup>.

Confluyen plenamente en estas dos esferas, pública y privada, las medidas de reserva de empleo, aunque con notables diferencias. Las universidades privadas que cuenten en su plantilla con 50 o más personas trabajadoras tendrán que emplear a un 2 % de personas con discapacidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.1 LGDPD. Por su parte, las ofertas de empleo publicadas por las universidades públicas habrán de reservar un 7 % de plazas para ser cubiertas por personas con discapacidad según lo dispuesto en los artículos 42.2 LGDPD y 59.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP). Pese a ello, el sujeto computable como “persona con discapacidad” o el potencial aspirante a las plazas reservadas no son equivalentes. En efecto, las universidades privadas podrán computar únicamente como personas con discapacidad a quienes tengan un grado de discapacidad reconocido en porcentaje igual o superior al 33 %. Pese al tenor literal del artículo 4 LGDPD que

---

<sup>18</sup> La Ley 43/2006 excluye de su aplicación en el artículo 1.4 a la Administración General del Estado, Administraciones Autonómicas y Entidades Locales, así como a determinados Organismos. Igualmente, por la remisión efectuada a la D.A. décima de la Ley 6/1997, quedan excluidas de las bonificaciones de cuotas las Universidades no transferidas, id est, la Universidad Menéndez y Pelayo y la UNED. El Real Decreto 1451/1983 no incluye previsión al respecto.

reconoce como sujetos titulares de derechos, por equiparación, a determinados pensionistas por incapacidad permanente y de clases pasivas, el Tribunal Supremo concluyó en sus sentencias n.º 992, 993 y 994 de 29 de noviembre de 2018<sup>19</sup>, que el precepto 4.2 incurrió en en *ultra vires* por “modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido”, ya que, como anteriormente se manifestó, la LISMI (norma refundida en la que se encontraba regulada esta medida) supeditaba la aplicación de la medida al reconocimiento de grado<sup>20</sup>.

Por el contrario, y de manera incomprensible, las universidades públicas tendrán que admitir en las pruebas que se convoquen a partir de las ofertas públicas como persona con discapacidad, además de a quienes posean el reconocimiento de grado administrativo, a las personas equiparadas a las mismas ex artículo 4.2 LGDPD, id est, personas declaradas como incapacitadas laboralmente en grado de total, absoluta o gran invalidez, y pensionistas de clases pasivas en situaciones análogas. Este reconocimiento dispar se produce puesto que la norma principal que refunde el EBEP, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, regulaba la reserva considerando como “persona con discapacidad” a “las definidas en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad” y no de acuerdo al concepto de la LISMI. La Ley 51/2003 fue la que introdujo en nuestro ordenamiento la equiparación que posteriormente se incluyó en la LGDPD, por lo que la reserva en el acceso al empleo público no queda afectada de las consecuencias excluyentes por exceso reglamentario que se derivan de las comentadas SSTS n.º 992, 993 y 994 de 29 de noviembre de 2018.

Precisamente, entendemos que la imposibilidad de aplicar a la reserva de empleo el concepto de discapacidad previsto en el apartado 4.1 LGDPD, que es el que mejor se acomoda al contemplado en la CIDPD, deriva de la falta de previsión de esta deli-

---

<sup>19</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 29 de noviembre de 2018 núm. 992/2018 [RJ 2018, 5846]; 993/2018 [RJ 2018, 5942]; y 994/2018 [RJ 2018, 6053]. Doctrina que a su vez a sido reiterada por otras resoluciones. Véase más recientemente, la STS de 29 de febrero de 2020 [2020, 1141].

<sup>20</sup> La conclusión es distinta para las medidas reguladas anteriormente en la Ley 51/2003 (de corte antidiscriminatorio), o para cuando una norma de rango legal prevea la equiparación expresamente. Es el caso del precitado artículo 2.5 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de bonificaciones de cuotas antes reseñada o, en materia tributaria, el artículo 60.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

mitación en las normas refundidas (LISMI y LIONDAU), por lo que el Ejecutivo no podía contar entre sus facultades la ampliación de los titulares de estas medidas legales<sup>21</sup>.

#### **4.2. Los sujetos beneficiarios de las medidas implementadas para el PDI con discapacidad por las universidades**

Si de la regulación legal se desprenden no pocas dificultades y contradicciones en cuanto al sujeto protegido, en las disposiciones aprobadas por las universidades nos encontramos cada una de las distintas posibilidades que contempla el artículo 4 LGDPD.

##### **a) El alcance del concepto de persona con discapacidad en las medidas implementadas por las universidades**

Al inicio del presente trabajo hemos pretendido realzar el concepto de persona con discapacidad contenido en la CIDPD y significar como el mismo se va desvirtuando a la hora del reconocimiento de la titularidad de los derechos a partir de los problemas que implica la refundición y redacción del artículo 4 LGDPD. Dentro de este embrollo, las universidades, a la hora de contemplar sus medidas propias, habrán podido tomar un concepto de persona con discapacidad distinto a tales efectos. En el cuestionario enviado a las mismas se le habilitó las tres opciones contempladas en la LGDPD para que se marcaran los sujetos que pueden ser beneficiarios de las medidas propias, a saber: personas con discapacidad con grado reconocido igual o superior al 33 %; personas con reconocimiento de incapacidad permanente o pensionistas de clases pasivas; cualquier persona con discapacidad, previa justificación, aunque no tenga reconocimiento administrativo.

De las 25 universidades que accedieron a responder el cuestionario, se obtuvo 23 respuestas a este ítem. 12 de ellas exigen el reconocimiento de grado administrativo en porcentaje igual o superior al 33 %, de entre las cuales 2 equiparan a las personas con discapacidad a quienes tengan reconocida una incapacidad permanente o sean pensionistas de clases pasivas en los términos establecidos en el artículo 4.2 LGDPD. Además, de entre las mismas, existen dos encuestadas que exigen también el requisito al que nos referimos en el apartado siguiente.

---

<sup>21</sup> En sentido contrario: MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L. y FERNÁNDEZ ORRICO F. J., “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, nº. 1, 2016, p. 25, o GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas. Reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Documentación Laboral*, N.º 120, 2020, pág. 56.



Por el contrario, 10 de las universidades encuestadas<sup>22</sup> han manifestado que pueden ser personas beneficiarias de las medidas por ellas reguladas “cualquier persona con discapacidad, previa justificación, aunque no tenga reconocimiento administrativo”, opción que es más acorde con el concepto de discapacidad previsto en la CIDPD.

### **b) La inclusión de otros sesgos discriminatorios**

De las 25 universidades participantes 3 de ellas respondieron en el cuestionario que las medidas de trato diferenciado de las que se habían dotado sus entidades son aplicables exclusivamente al PDI con discapacidad que presta sus servicios bajo las modalidades reconocidas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Quiere esto decir que a los requisitos “justificativos” de la situación de discapacidad se le suman en algunos casos –los menos– la necesidad de una determinada filiación institucional a la hora de la aplicación de las medidas de trato diferenciado. Se considera que esta opción podría suponer una diferencia de trato injustificada entre personas trabajadoras que presten servicios similares. La aceptación de la petición no ha de quedar vinculada al régimen de contratación si las funciones desarrolladas son idénticas o similares y las medidas que se solicitan procuran la igualación de oportunidades del colectivo en su ejecución. Precisamente sería esta cuestión la que legitima la diferencia de trato de las personas con discapacidad respecto a las demás.

Entendemos que únicamente estaría justificada la exclusión en el acceso a las medidas previstas para el PDI con discapacidad de determinadas figuras contractuales cuando existiese razones de tipo funcional que evidenciaran una separación con la finalidad de la medida, produciéndose en otro caso una discriminación directa dentro del colectivo que sería contraria a nuestra norma constitucional.

## **5. RECAPITULACIÓN Y REFLEXIONES FINALES**

Del estudio realizado se evidencia que en el acceso a las medidas previstas para el PDI con discapacidad en las universidades españolas se categoriza de forma dispar al colectivo al que se dirigen tanto en una esfera legal como de regulación interna de medidas propias. Se distinguen –entendemos que de forma condicionada por la redacción dada al artículo 4 LGDPD– tres situaciones que pudieran dar acceso a medidas de trato diferenciado en este ámbito: el reconocimiento administrativo de grado de discapacidad en porcentaje igual o superior al 33%, el reconocimiento de incapacidad per-

---

<sup>22</sup> Una de las encuestadas únicamente indicó como requisito el que la persona tenga una de las categorías profesionales reconocidas por la actual Ley Orgánica de Universidades (Ayudante Doctor, Contratado Doctor Básico, Titular de Universidad y Catedrático), cuestión que analizaremos en el siguiente apartado.

manente (total, absoluta o gran invalidez) o pensión de clases pasivas análoga, y, por último, el impedimento de una participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás por la interacción de unas diferencias orgánicas o funcionales con unas barreras del entorno.

Como se adjugó, incluso la aplicación de la Ley en sentido estricto (LGDP) lleva a situaciones paradójicas e incomprensibles. Significativo es que las universidades públicas tengan que reservar un determinado número de plazas en las ofertas de empleo público para ser cubiertas por personas con grado de discapacidad igual o mayor al 33% o por personas reconocidas de Incapacidad Permanente en los grados supra expuesto, y que, sin embargo, a efecto del cumplimiento de la cuota reserva solo computen las personas con reconocimiento administrativo de grado.

Por su parte, las universidades en la aplicación de las medidas propias (reducción de carga docente, adquisición de materiales de apoyo...) vienen acogiendo en su mayoría el criterio del reconocimiento de grado administrativo (12 de las 25 participantes) aunque un gran número de ellas han declarado que las mismas son aplicables a “cualquier persona con discapacidad, previa justificación, aunque no tenga reconocimiento administrativo” (10 de 25). Son pocas las que equiparan la discapacidad con la incapacidad (2 de 26). También se han manifestado por parte de otras la exigencia de que el personal obstante a esas medidas haya de estar comprendido en una de las figuras de contratación reconocida por la actual Ley de Universidades (Ayudante Doctor, Contratado Doctor, Titular de Universidad y Catedrático), lo que refutamos por instituir una discriminación dentro del colectivo.

De entre las posibles opciones adoptadas por las universidades hemos de posicionarnos a favor de la aplicación extensiva de las medidas a cualquier persona con discapacidad, aunque no tenga reconocimiento administrativo de grado. Validamos esta preferencia porque es la más acorde al modelo de la discapacidad consolidado en la CIDPD. En dicho instrumento se concibe la discapacidad como una cuestión relacional, producida por la interacción de déficits de salud y barreras del entorno, sin supeditar la misma a reconocimiento alguno previo ni mucho menos a un determinado porcentaje.

Ahora bien, consideramos oportuno, por practicidad y seguridad jurídica el establecimiento de un sistema de reconocimiento para el acceso a las medidas de acción positiva<sup>23</sup>, aunque el mismo ha de ser muy diferente al que conocemos en nuestra nor-

---

<sup>23</sup>En este sentido, *Vid.* WADDINGTON, L., “The Relationship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes: A Comparison between Common Law and Civil Law Jurisdictions in Europe Forthcoming”, en (HAVELKOVÁ, B. y MÖSCHEL, M. edits.) *Anti-Discrimination Law in Civil Jurisdictions*, TBD, Accesible en: <https://ssrn.com/abstract=3246883>, p. 23.

mativa<sup>24</sup>. Tal y como viene poniendo de manifiesto la doctrina más cualificada<sup>25</sup>, nos encontramos ante un sistema de reconocimiento de la discapacidad insuficiente, principalmente por la falta de valoración adecuada de los factores del entorno, el elemento social de la discapacidad. Sistema que, además, ha merecido las críticas del el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>26</sup>. La equiparación entre discapacidad e incapacidad no parece tampoco lo más idóneo ya que una y otra evalúan y describen situaciones diferentes<sup>27</sup>.

Con todo, reconocemos que actualmente el establecimiento de un modelo que reconozca la situación de discapacidad de manera acorde con la CIDPD conllevaría un enorme esfuerzo a las universidades, quienes tendrían que evaluar de forma individualizada y mediante un procedimiento *ad hoc* las solicitudes de acceso a las medidas junto a la comprobación de la situación de déficits de salud y la interacción con barreras<sup>28</sup>. Resulta mucho más práctico y hacedero el reconocimiento del derecho mediante el “título” ordinario, el grado administrativo, pese a que –reiteramos– no guarda fiel respeto al paradigma de la CIDPD.

El panorama apenas descrito en estas líneas resulta vidrioso desde un enfoque jurídico y árido desde un prisma centrado en la justicia. Resulta preciso la unificación

---

<sup>24</sup> Actualmente se regula el mismo en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

<sup>25</sup> Entre otros: MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L. y FERNÁNDEZ ORRICO F. J., “El concepto de discapacidad...”, *op. cit.*, pp. 16 y ss., o PÉREZ PÉREZ, J., *La discapacidad y el empleo en las Administraciones públicas*, Estudios de Relaciones Laborales, Barcelona, 2017, pág. 28.

<sup>26</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*, Aprobadas por el Comité en su 21er período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019) (CRPD/C/ESP/CO/2-3), p. 2. En nuestro país el CERMI viene reclamando una reforma del baremo desde tiempo atrás para adaptarlo al “modelo social”. Véase, CERMI, *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2010*, Cinca, Madrid, 2011, pp. 12 y 111.

<sup>27</sup> Se aprecia la identidad entre incapacidad y discapacidad en lo que respecta al aspecto individual, la existencia de diferencias orgánicas o funcionales de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, que se identifican con unas “reducciones anatómicas o funcionales graves” en el caso de las incapacidades, en definitiva, la exigencia de una alteración en la salud del individuo. Difieren sin embargo las esferas donde se produce la puesta en relación de una y otra, como también difieren los “distintos propósitos de protección que persiguen las normas de protección de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente”. *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 21 marzo de 2007 (RJ 2007\3539) (FJ 3).

<sup>28</sup> Véase, a modo ejemplificativo, el procedimiento creado en este sentido por la Universidad de Granada regulado en el artículo 5 de la *Normativa para la adopción de medidas de acción positiva y de igualdad de oportunidades para el Personal de Administración y Servicios y el Personal Docente e Investigador con discapacidad de la Universidad de Granada*.

de un concepto que en términos jurídicos debiera ser inequívoco para garantizar de forma armónica tanto la titularidad como el ejercicio de una serie de derechos al colectivo de personas con discapacidad. La misma se debe hacer en consideración con los estándares de la CIDPD. Hasta entonces el acceso a unas determinadas medidas fundadas en la situación de discriminación del colectivo variarían según el ámbito material y geográfico en el que nos encontremos, todo ello en claro perjuicio de personas que encontrándose con barreras continuas en su vida diaria por motivos de discapacidad no entren dentro de los estándares fijados reglamentariamente para la obtención del “ticket” que posibilita el disfrute de la medida.

Se valora muy positivamente desde este estudio a las universidades que, alejándose de un reconocimiento de titularidad basado en viejos modelos, como es el que impregna el artículo 4 LGDPD, han dado un paso adelante y se han abierto al concepto de discapacidad aportado por la CIDPD.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- BOSSUYT, M., *El concepto y la práctica de la acción afirmativa*. Informe final presentado por el Sr. Marc Bossuyt, Relator Especial, de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión, ONU, E/CN.4/Sub.2/2002/21, Nueva York, 2002.
- CERMI, *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2010*, Cinca, Madrid, 2011.
- GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas. Reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Documentación Laboral*, N.º 120, 2020.
- HERNÁNDEZ-SAMPIERI, R. y MENDOZA, C. P. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Ciudad de México: McGraw-Hill
- OED, *Informe Olivenza 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España*, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2019, p. 308. Accesible en: <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/category/documentos/observatorio/informeolivenza-observatorio/>
- ODISMET, *Informe 6 del Observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo de la Fundación Once, Fundación ONCE, 2021*. Accesible en: <https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/colecciones-propias/programa-operativo/observatorio-sobre-discapacidad-y-mercado-de-4>

- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. y FERNÁNDEZ ORRICO F. J., “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, n.º 1, 2016.
- MINISTERIO DE UNIVERSIDADES: *Datos y Cifras del Sistema Universitario Español*. Publicación 2019-2020. Ministerio de Educación, Madrid, 2020.
- PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.
- PERALTA MORALES, A.: *Libro blanco sobre universidad y discapacidad*, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2007
- PÉREZ PÉREZ, J., *La discapacidad y el empleo en las Administraciones públicas*, Estudios de Relaciones Laborales, Barcelona, 2017
- RUEDA MONROY, J. A., “Descifrando la delimitación subjetiva de la LGDPD. Especial referencia al ámbito socio laboral del derecho”, *Revista jurídica del trabajo*, Vol. 2, Núm. 4, 2021.
- SEOANE RODRIGUEZ, J. A., “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos”, en AA. VV. (BLÁZQUEZ PEINADO, M. y BIEL PORTERO, I., coords.), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 11-45
- UNIVERSIA, *Universidad y discapacidad: V estudio sobre el grado de inclusión del sistema universitario español respecto de la realidad de las personas con discapacidad*, 2020.
- WADDINGTON, L., “The Relationship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes: A Comparison between Common Law and Civil Law Jurisdictions in Europe Forthcoming”, en (HAVELKOVÁ, B. y MÖSCHEL, M. edits.) *Anti-Discrimination Law in Civil Jurisdictions*, TBD, Accesible en: <https://ssrn.com/abstract=3246883>

**Eduardo Sánchez Álvarez**

Doctor en Derecho. Profesor asociado de Derecho Civil  
Universidad de Oviedo

**Adrián García Pacios**

Graduado en Derecho, Premio Olga Menéndez 2019/2020 de la  
Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo

////////////////////////////////////  
**EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LA  
CURATELA: ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS**

RESUMEN

La reforma operada por la Ley 8/2021 ha supuesto un cambio de paradigma sin precedentes en nuestro Derecho privado, suprimiendo o transformando instituciones clásicas del Derecho Civil en materia de discapacidad. Pretende adaptar nuestro sistema al artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y ha configurado la curatela como la medida de apoyo judicial básica en estos aspectos. Con estas líneas nos proponemos realizar un análisis crítico de dicha institución, tanto desde una perspectiva sustantiva como rituarial, así como especialmente detectar alguna de sus posibles flaquezas.

1. INTRODUCCIÓN

«Pasar del paradigma de la sustitución al apoyo». Este es el eje sobre el que pivota el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (CDPD) y la interpretación que le ha conferido el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Comité) en su Observación General n.º 1 (2014) –OGC–. El Comité ha entendido que la inca-

pacitación y la tutela son regímenes basados en la sustitución debiendo ser abolidos y reemplazados por sistemas basados en el *apoyo en la toma de decisiones*.

Como consecuencia de la adhesión de España a la CDPD, aunque trece años después<sup>1</sup>, se promulga la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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 (LAPD<sup>2</sup>). Esta Ley supone un cambio trascendental en nuestra legislación, ya que instituciones clásicas del Derecho Civil español dejan de encontrarse tal cual eran conocidas con toda solera histórica en nuestros textos normativos -incapacitación, prodigalidad, patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada-. La tutela queda circunscrita únicamente a los menores no emancipados en situación de desamparo y no sujetos a patria potestad (art. 199 del Código Civil, CC), desapareciendo del ámbito de la discapacidad.

En estas líneas nos detendremos en analizar con ánimo crítico el nuevo régimen jurídico interno de la curatela –institución ya previamente impulsada por reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS) sobre la vigencia reconfiguradora (y directa) de la CDP<sup>3</sup> –, tanto desde una perspectiva sustantiva como procesal.

## 2. EL ARTÍCULO 12 COMO PIEDRA ANGULAR DE LA CONVENCIÓN

La CDPD se ha marcado como objetivo *«promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fun-*

<sup>1</sup> Fue ratificada el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008 (BOE n.º 96).

<sup>2</sup> En palabras de su Exposición de Motivos, el mencionado texto normativo busca «dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro Ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad [...], tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

<sup>3</sup> A modo de ejemplo, la STS 341/2014, de 1 de julio, señala que *«el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial»* (FJ 7º). De igual modo, la STS 124/2018, de 7 de marzo, especifica en su FJ 3º que *«la tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (STS 1 de julio de 2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela (SSTS de 20 octubre 2014 ; 11 de octubre de 2011; 30 de junio de 2014; 13 de mayo de 2015 entre otras), en el entendimiento (STS 27 noviembre de 2014) que en el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal»*.

*damentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente» (art. 1).*

Conviene ante todo precisar dos conceptos básicos sobre la respuesta jurídica a dar a la discapacidad. De un lado, modelos sustitutivos son aquellos en que una decisión no es tomada por la persona con discapacidad sino por otra persona que sustituye su voluntad, que la representa<sup>4</sup>. En contraposición, *sistema de apoyos* resulta ser aquél en que una decisión última la toma la persona con discapacidad pero con la concurrencia de un tercero que le asiste, asesora o aconseja para que pueda conformar su voluntad e intervenir en el tráfico jurídico con igualdad de condiciones que las demás personas<sup>5</sup>.

A su vez, la CDPD plasma la superación del modelo *médico o rehabilitador*, sustituido por un modelo social de discapacidad. No cabe ahora definir la discapacidad únicamente en base a una deficiencia física, sensorial o psíquica que impide a la persona autogobernarse, sino que se hace hincapié en que la sociedad, en su diseño global, no tiene en cuenta a las personas con discapacidad y éstas, al toparse con diferentes barreras, no pueden participar plenamente en ella ni están en condiciones de igualdad con otras personas, lo que consecuentemente ha de conseguirse y erige una de las teleologías esenciales de la modificación paradigmática que se opera<sup>6</sup>. Esta es someramente la conceptualización de discapacidad acogida por el artículo 1.2 CDPD, engarzable sin grandes escollos a los arts. 9.2 o 14 de nuestra Constitución (CE).

El art. 12 CDPD consagra personalidad y capacidad jurídica como condiciones inherentes a toda persona; sin que nadie pueda verse privado de ellas con motivo de su discapacidad<sup>7</sup>. El concepto de *capacidad jurídica* que utilizan la CDPD y la OGC no

---

<sup>4</sup>La OGC es tajante en este punto y en su párrafo 26 especifica que dichos sistemas deben ser reemplazados «por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona».

<sup>5</sup>El párrafo 17 señala que «el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca –sic– debe consistir en decidir por ellas».

<sup>6</sup>MUNAR BERNAT expone que «este modelo entiende que la discapacidad está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia –como sostiene el modelo médico– sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad generando barreras que las excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y rehabilitarse para poder participar plenamente en la vida social, sino que es la sociedad la que debe rediseñarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones» (MUNAR BERNAT P. A. «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 3, 2018, p. 122).

<sup>7</sup>Concretamente, apunta el Comité en la OGC 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» (párrafo 8).



coincide con el tradicionalmente mantenido en nuestro Ordenamiento jurídico. El Comité, a diferencia del Derecho histórico español, concibe la capacidad jurídica como un todo inseparable, es decir, no se refiere sólo a aquella aptitud abstracta para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad jurídica *stricto sensu*) sino también a aquella aptitud concreta y dinámica para ejercitarlos en el tráfico jurídico (capacidad de obrar, o «legitimación para actuar» en palabras de la OGC).

El art. 12.4.º CDPD dispone expresamente que una autoridad u órgano judicial independiente ha de establecer salvaguardias proporcionales y adaptadas a la persona con discapacidad para garantizar el respeto a su voluntad, deseos o preferencias; evitando que haya conflictos de intereses o influencias indebidas. Esas salvaguardias, que se aplicarán en el plazo más breve posible, habrán de revisarse periódicamente –re-téngase e *infra*–.

### 3. LA CURATELA Y LA AUTOCURATELA. NUEVO CONCEPTO Y CARACTERES

La vigente curatela se regula en los arts. 268 a 294 CC. Debemos contar también con los cruciales arts. 249 a 253, en tanto disposiciones generales aplicables a todas las medidas de apoyo, y traslación interna de esos criterios ordenadores generales en que se apoya el paradigma implementado (si bien, dejemos anotado que su inconcreción y vaguedad seguramente requieran una pormenorización y dotación de contenido efectivo que solamente el transcurso del tiempo y su aplicación fijará)<sup>8</sup>. Inductivamente, podemos extraer sobre esta institución jurídica, desde esas normas, sus nuevos principios rectores.

El primero de ellos, que además constituye a nuestro entender el núcleo de la LAPD, es el *respeto a la voluntad, deseos y preferencias* de la persona con discapacidad, criterio que ha de dirigir la actuación del curador en todo momento (arts. 249, 268 y 282 CC). Quien presta el apoyo debe procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar sus propios procesos de toma de decisiones «*informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias*» (art. 249 II CC).

Se detecta también la vigencia de los principios de *necesidad y proporcionalidad*. Las medidas que adopte la resolución judicial que estatuya este mecanismo han de ser adecuadas a las circunstancias y necesidades particulares de la persona que precisa el

---

<sup>8</sup> En términos del art. 250 CC, la curatela queda configurada como una medida formal de apoyo continuado (*a contrario sensu*, si ese apoyo es ocasional, aun recurrente, deberíamos acudir a la figura del defensor judicial).

apoyo, sin suponer de ninguna manera privación de derechos (arts. 268 y 269 in fine CC). La curatela, al igual que las restantes medidas de apoyo, ha de procurar el respeto a la dignidad de la persona y la tutela de los derechos fundamentales, así como a su máxima autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica –supra–.

La característica más destacada y privativa de la curatela radica en su subsidiariedad. Se trata de una medida judicial de apoyo a aplicar como última *ratio*, por resolución motivada –nótese, no se cita expresamente a la sentencia– «*cuando no exista otra medida de apoyo suficiente*» (art. 269 I CC).

El CC no prevé diferentes tipos de curatela, pero atendiendo a su contenido material podemos distinguir dos modos de ejercerla: de un lado, la curatela asistencial y, de otro, la curatela representativa. Esta medida de apoyo continuado, con carácter general, tendrá un contenido asistencial. Ex art. 268.1 CC, «*respetará siempre la máxima autonomía –de la persona con discapacidad– en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderá en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias*». Ahora bien, hemos de considerar forzosamente que no es equiparable contar con una discapacidad volitiva leve, afectando ligeramente al proceso de toma de decisiones, con sufrir una discapacidad volitiva severa –*infra*–. En este caso excepcional en que resulte imposible conocer la voluntad, deseos o preferencias de la persona, en resolución motivada, el curador podrá ostentar facultades representativas –art. 269 III CC<sup>9</sup>.

La curatela deberá constituirse en resolución judicial. Esta resolución (o incluso otra posterior, cfr. art. 270 CC) deberá precisar con exactitud aquellos actos en que el curador debe prestar su apoyo, bien mediante la asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 269 II CC), bien ejerciendo una representación que no conlleve privación de derechos (art. 269 incisos IV y V CC). Además, habrá de señalar las medidas de control (salvaguardias del art. 12.4.º CDPD, *supra*) para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precise el apoyo; para evitar esos abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas a los que son especialmente vulnerables (art. 270 CC). Esta resolución tendrá que comunicarse al Registro Civil (RC) para su correspondiente inscripción (arts. 300 CC y 72 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, LRC), no produciendo efectos frente a terceros hasta que se practique (art. 73 LRC)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Ex art. 249 III CC «*en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación*».

<sup>10</sup> GARCÍA RUBIO reflexiona acerca de la posible colisión de estos preceptos con el art. 22 CDPD: «*para evitar cualquier tipo de estigma o discriminación, y sobre todo, para evitar cualquier colisión con el artículo*

Ha de referirse la llamada «autocuratela», que se encuentra regulada en el CC dentro de las prevenciones de la curatela, aunque goza de perfiles diferenciales. En ella se hallan dos aspectos individualizantes señeros. En primer lugar, erige una medida voluntaria, mientras la curatela supone una medida judicial y/o legal de apoyo. La autocuratela ostenta preferencia en concurrencia con una eventual curatela, según se desprende del art. 249 I CC<sup>11</sup>, de tal manera que ésta sólo operaría en caso de insuficiencia o defecto de medidas voluntarias de apoyo (y, recordemos, siempre que no exista otra medida suficiente ex art. 269 CC). En segundo lugar, si bien ambas figuras son constituidas por la autoridad judicial, la autocuratela es una manifestación de voluntad autónoma, un acto unilateral de una persona mayor de edad o menor emancipada en previsión de una futura necesidad de apoyo a reconocer ulteriormente por la Jurisdicción. Debe constar necesariamente en escritura pública y comunicarse al RC, al ser inscribible en el mismo (art. 77 LRC).

Las disposiciones contenidas en ese documento público vincularán, con carácter general, a la autoridad judicial. No obstante, hay un par de excepciones a este principio. La autoridad judicial podrá apartarse total o parcialmente del criterio del proponente, de oficio, a instancia de los llamados a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal –MF–, y mediante resolución motivada, cuando (1) existan circunstancias graves desconocidas por el proponente que modulen esa determinación previa; o (2) cuando se alteren las circunstancias expresadas o que presumiblemente tuvo en cuenta (art. 272 CC).

Por último, aunque no se refiera expresamente, del articulado del CC podemos deducir que la autocuratela es un acto personalísimo. No ha de confundirse esta característica con la previsión que efectúa el art. 274 CC. Se puede delegar en cualquier persona la elección de curador de entre las relacionadas en escritura pública por el pro-

---

22 de la CDPD, relativo al respecto de la privacidad de las personas con discapacidad, la normativa registral deberá ser muy escrupulosa a la hora de concretar las personas legitimadas para conocer que existe respecto de otra una medida de apoyo, lo que obliga a considerar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad registradas como datos especialmente protegidos (artículos 83 y 84 LRC). No albergo duda alguna sobre que ante una eventual tensión entre un régimen jurídico dominado por el respeto a la persona y sus derechos fundamentales y otro que pone el acento en la seguridad jurídica y en la protección del tráfico, la balanza siempre se ha de incluir por el primero» (GARCÍA RUBIO M. P. «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio». *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 3, 2018, p. 49).

<sup>11</sup> La Exposición de Motivos –criterio por antonomasia de interpretación auténtica de una norma– dispone que «la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad» (y cita los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela). En la misma línea, el art. 249 I CC señala que «las –medidas– de origen legal o judicial sólo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad».

ponente, pero no se puede delegar la constitución de la autotutela en instrumento público, decisión que únicamente compete a la persona interesada.

#### 4. ASPECTOS PROCESALES DE LA NUEVA CURATELA

A su vez, dentro de esta faceta, podemos individualizar dos vertientes. En este nuevo sistema se establece una bifurcación procedimental que orbita sobre la existencia o no de oposición a su erección. La LAPD estatuye al efecto a la jurisdicción voluntaria como cauce preferente. Ahora bien, si durante la tramitación de ese expediente de provisión de medidas judiciales de apoyos se suscitare oposición, el procedimiento devendrá contencioso debiendo regirse ya por lo dispuesto en los arts. 756 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)<sup>12</sup>.

##### 4.1. El expediente de Jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo

El expediente en cuestión, no contencioso, se encuentra regulado en el novedoso Capítulo III *bis* de la Ley 15/2015, de 2 de julio, –LJV, arts. 42 bis a) y b)–, teniendo por objeto *«la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad»*<sup>13</sup>.

Ante todo, como presupuesto procesal, han de analizarse las reglas de competencia, objetiva y territorial. Se atribuye al Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia de la persona con discapacidad. No obstante, si esa residencia cambia antes de cele-

<sup>12</sup> Ello supone una excepción a la regla general contenida en el artículo 17.3 LJV, que dispone que *«si alguno de los interesados fuera a formular oposición [...] no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que –como ahora sucede– la ley expresamente lo prevea»*. En detalle, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E: “La Ley 15/2015, de 2 de julio: el nuevo régimen jurídico de la Jurisdicción voluntaria, status quaestionis de su naturaleza jurídica y la inserción de un procedimiento común en la materia”, *Revista CEF- legal*, n.º 198, Madrid, 2017, pp. 5-38.

<sup>13</sup> Autores como GONZÁLEZ GRANDA estiman que cuando el artículo 42 bis a) LJV habla de *«medida judicial de apoyo de carácter estable»* se está refiriendo principalmente a la constitución de la curatela: *«De conformidad con lo dispuesto en el art. 42.bis.a) y 266 CC, en este expediente el objeto principal es la constitución de la curatela, al igual que es ése el objeto principal del proceso en el proceso contencioso a regular en la LEC. Habrá de quedar probado asimismo que no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (ex art. 267.I CC). Y, una vez acreditado este extremo, el auto habrá de determinar los actos para los que la persona requiere la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo, con arreglo a las particularidades probatorias establecidas al efecto (ex art. 267.II CC), pudiendo asimismo solicitarse ya la constitución de un curador determinado, como pretensión acumulada, en cuyo caso la prueba habrá de aplicarse asimismo a este extremo»* (GONZÁLEZ GRANDA, P. “Articulación del sistema procesal de provisión de apoyos y salvaguardas en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Práctica de Tribunales*, n.º 141, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 14).

brarse la comparecencia legalmente implementada –reténgase el momento procesal–, será competente el Juzgado correspondiente a la nueva residencia –criterio de proximidad física al interesado, facilitando su acceso al órgano jurisdiccional sin desplazamientos–. Ello también supone una clara manifestación del principio de inmediatez, de forma que el Juez pueda valorar *motu proprio* las circunstancias y necesidades de la persona con discapacidad<sup>14</sup>.

En cuanto a la legitimación activa, el art. 42 *bis* a) 3 la configura en términos ciertamente amplios. En primer lugar, la confiere al MF, lo cual es lógico ya que su intervención es preceptiva en aquellos procedimientos donde intervengan personas con discapacidad ex art. 4 LJV. Además, el MF podrá conocer estas circunstancias a través de una tercera persona que le comunique estos hechos, lo que constituye una obligación para autoridades y funcionarios cuando tengan conocimiento de ellos por razón de sus cargos, lo que activa más si cabe esa legitimación. Por otra parte, se atribuye legitimación activa en el expediente a la persona con discapacidad (en comunión plena con que el nuevo sistema pivote sobre su libre voluntad), a su cónyuge no separado legalmente o de hecho o a quien se encuentre en una situación fáctica asimilable<sup>15</sup>, descendientes, ascendientes o hermanos.

En lo que atañe a la postulación, la persona con discapacidad podrá actuar con su Abogado y Procurador, pero si fuera previsible que no realice per se esta designación junto con la solicitud, se pedirá el nombramiento de un defensor judicial –cfr. art. 8 LEC–, quien actuará a su vez por medio de Abogado y Procurador (ap. 4 del citado precepto de la LJV).

---

<sup>14</sup> Para DE ASÍS GONZÁLEZ CAMPO «se trata de una acertada excepción por razón de una mejor protección de la persona a cuyo interés se acordará, en su caso, judicialmente el apoyo necesario que, por otra parte, y dada la notable casuística en la práctica forense, venía siendo admitida por la jurisprudencia (ej. Autos del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 de junio de 2014, citando anteriores, 13 de julio de 2016 dictado en conflicto de competencia, 21 de junio de 2017 o 13 de septiembre de 2017, dictados en cuestiones de competencia) y tenía ya un claro antecedente normativo en el art. 43 LJV. En efecto, parece que la inmediatez judicial queda garantizada de manera más eficaz si se permite que sea el juez –valga la expresión– “siempre más próximo” a la persona con discapacidad el que conozca de la causa; lo que, a su vez, sería una interpretación más favorable con pretendido acceso efectivo a la justicia del art. 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006» (DE ASÍS GONZÁLEZ CAMPO, F. “Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: valoración de la reforma procesal del Anteproyecto de 2018”, en AA. VV. DE SALAS MURILLO y MAYOR DEL HOYO, M. V. (Dir.). *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 479).

<sup>15</sup> La reforma hace continuas referencias, además de al cónyuge, a la persona que se encuentre «en situación de hecho asimilable». Si bien la nueva redacción no lo menciona en ningún momento, entendemos que la persona que alegue ser pareja de hecho deberá acreditar tal condición mediante la inscripción en el Registro administrativo correspondiente.

Este procedimiento se inicia por medio de solicitud –que no demanda, nótese, art. 14.1 LJV–, a la que se acompañarán los documentos que justifiquen el apoyo, un dictamen pericial de profesionales del ámbito social y sanitario, y las pruebas que se consideren oportunas –art. 42 bis b) 1 LJV–. Si la solicitud cumple los requisitos formales preceptivos, el Letrado de la Administración de Justicia –LAJ– dictará decreto admitiéndola a trámite; y convocará a una preceptiva comparecencia ante el Juez al MF, a la persona con discapacidad, a su cónyuge no separado legalmente o de hecho o pareja de hecho, y a sus ascendientes, descendientes o hermanos. Es conveniente destacar que previamente a la comparecencia el Juzgado recabará e integrará –ius cogens– en el expediente que se siga certificación del RC y de otros Registros públicos sobre las medidas de apoyo preexistentes inscritas (subráyese aquí la primacía de las medidas voluntarias: en caso de figurar inscritas, se aplicarán éstas, supra).

Esta comparecencia tiene una importancia capital. En su curso, el Juez se entrevistará (reténgase, norma imperativa) con la persona con discapacidad y le podrá informar (carácter dispositivo, ahora) de otras alternativas para obtener ese apoyo que necesita. A continuación, se practicará la prueba que la autoridad judicial estime útil, pertinente y necesaria, la cual puede proponerse bien con la solicitud, bien en los cinco días siguientes a la recepción de la citación para la comparecencia. Finalmente, se oirá a las personas que hayan comparecido y que deseen ser oídas.

El expediente puede llegar a su fin por tres razones: (1) Que se adopte una resolución que acuerde la provisión de apoyos (2) Que la persona con discapacidad haya optado por una medida alternativa tras entrevistarse con el Juez en la comparecencia o (3) que se haya suscitado oposición<sup>16</sup>. Ahora bien, en relación con tal oposición proponemos precisar dos aspectos. En primer término, el art. 42 bis b) 5 in fine LJV dispone que el desacuerdo relativo a la designación de una persona concreta como curador no se considera oposición (*a sensu contrario*, proseguirá el expediente de jurisdicción voluntaria y no devendrá contencioso). Y en segundo lugar, aunque se formule oposición y se ponga fin al expediente, el Juez podrá adoptar medidas de apoyo provisionalmente que se mantendrán durante un máximo de 30 días, siempre que no se haya interpuesto previamente demanda de juicio contencioso.

#### 4.2. El proceso contencioso sobre adopción de medidas judiciales de apoyo

Si durante la tramitación del expediente se suscitare oposición o éste no haya podido resolverse, habrá de interponerse *demanda* –cfr. ya no solicitud–, siguiendo el

---

<sup>16</sup> Nada prevé el art. 42 bis b) LJV sobre el plazo para formular oposición, así que consideramos aplicable el plazo general de los cinco días siguientes a la citación dispuesto en el art. 17.3 in fine LJV.

procedimiento previsto en los arts. 756 y ss. LEC. De la ubicación sistemática de esta modalidad procesal dentro de la Ley rituarial podemos deducir nítidamente que se trata de un procedimiento civil especial, por lo que le serán de aplicación supletoria las disposiciones generales desarrolladas en los arts. 748-755 LEC. Gozará de tramitación preferente (art. 753.3 LEC).

Primeramente, considerando su naturaleza, hemos de destacar que su objeto es indisponible para las partes, al afectar al estado civil de las personas. Por tanto, no cabrán renuncia, transacción o allanamiento; y el desistimiento solamente resultará operativo condicionado a la previa conformidad mostrada por el MF. Como se viene apuntando a lo largo de estas líneas, es preceptiva la intervención en el pleito del MF, que velará «*por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad*» (art. 749.2 LEC).

La demanda se sustanciará por los cauces del juicio verbal con las correlativas especialidades *ratione materiae*, –v. gr. el plazo de contestación a la demanda será de 20 días (art. 753.1 LEC)– y siendo también preceptiva la intervención de Abogado y Procurador ex art. 750 LEC.

En cuanto a la competencia objetiva y territorial, se atribuye al Juzgado de Primera Instancia que haya conocido del previo expediente de jurisdicción voluntaria que haya devenido contencioso (art. 756.2 LEC). Si se produce un cambio de residencia de la persona con discapacidad, tal competencia pasará el Juez de la nueva residencia, lo que, reiteramos, supone una aplicación diáfana de los principios de inmediación y cercanía de la persona afectada al órgano jurisdiccional –*favor personae*, cfr. *supra*–. La LEC no fija aquí jalón procesal hasta el cual podría producirse esa modificación competencial.

Otra de las notables diferencias entre el expediente de la LJV y el proceso contencioso de la LEC radica en lo que atañe a la legitimación activa. La ostentarán las mismas personas que para promover el expediente, pero con una particularidad reseñable: el MF cuanta con una legitimación subsidiaria, es decir, solo promoverá el proceso contencioso en caso de no existir las personas mencionadas en el art. 757 LEC o no iniciarlo éstas, con la única excepción de que existan otras vías para que la persona interesada pueda obtener el apoyo. En presencia de tales circunstancias, el MF está obligado a promover el proceso, en ejercicio de su posición como garante de los derechos de la persona con discapacidad y en salvaguarda de su voluntad, deseos, y preferencias –*supra*–, arts. 6.6.º y 749 LEC. Entre tanto, en la esfera de la LJV su legitimación resultaba incondicionada y directa (cfr. *supra* de nuevo).



Una vez presentada la demanda, si ésta cumple con todos los requisitos formales exigidos por el art. 399 LEC, el LAJ la admitirá a trámite y recabará del RC y otros Registros públicos certificación sobre las medidas de apoyo eventualmente inscritas (art. 758.1 LEC). Es importante subrayar que si en la demanda ya se designa un curador determinado, se le dará traslado de aquélla para que alegue lo que tenga por conveniente (art. 757.3 LEC).

En materia probatoria, se introducen por la LAPD novedades en el art. 759 LEC. Además de la pruebas preceptivas en todos los procesos civiles especiales que se regulan en el art. 752 LEC, deberán practicarse con carácter general (reténgase) tres medios probatorios: (1) entrevista a la persona con discapacidad, (2) audiencia al cónyuge no separado legalmente o de hecho, pareja de hecho o parientes más próximos, y (3) dictámenes periciales, contando en ellos obligatoriamente con profesionales de los ámbitos social y sanitario y facultativamente con profesionales de otros ámbitos. Esta última prueba tiene especial y consustancial relevancia, ya que el propio art. 759 LEC especifica que sin este dictamen pericial no se puede adoptar ninguna medida de apoyo. Sin perjuicio de ello, si la persona con discapacidad ha interpuesto la demanda y así lo solicita en aras de la protección de su intimidad, el Juez podrá prescindir de las audiencias preceptivas, aunque entendemos que se trata de una prevención completamente excepcional cuya aplicabilidad *ad casum* habría de ser debidamente motivada –auto–.

La sentencia que culmine este proceso conlleva una importancia trascendental. El art. 760 LEC nos remite a la legislación civil en esta materia, por lo que hemos de colegir que la sentencia debe fijar con minuciosa precisión aquellos actos que la persona con discapacidad pueda realizar per se, aquellos otros para los que precise asistencia de su curador e incluso aquellos en que, motivadamente y de forma excepcional por no poder conocer su voluntad, deseos o preferencias, se requieran activadas funciones representativas (art. 269 CC), y así conformar un traje a la exacta medida de la persona interesada y no *prêt a porter*, valga el simil<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Un aspecto que se echa de menos en la nueva regulación quizá sea la existencia de una ejemplificación del contenido que ha de tener esa sentencia. En palabras de RIBOT IGUALADA «*partiendo de la base que las facultades del curador pueden variar mucho, un elemento que permitiría alcanzar una mayor transparencia y mejorar la seguridad jurídica, tanto para el curador como para la persona con discapacidad y los terceros, sería que la norma (...) proporcionara una ejemplificación de posibles modalidades de curatela según su extensión. Paralelamente, también podrían identificarse tipologías de actos en que interviene el curador y con qué facultades, tal vez distinguiendo entre actos de administración y de disposición, especialmente a los efectos del diseño de la gestión representativa que puede encomendarse al curador*» (RIBOT IGUALADA, J. “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”. AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M. V. (Dir.). *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. cit. p. 241).



### 4.3. La revisión de las medidas judiciales de apoyo

Otro de los aspectos definatorios introducidos por la LAPD es *el principio de revisión periódica*. Las resoluciones que adopten medidas judiciales de apoyo no tienen un carácter permanente sino que, en cumplimiento del art. 12.4.º CDPD, han de revisarse periódicamente por una autoridad u órgano judicial independiente e imparcial. Pues bien, la LAPD ha introducido lo que doctrinalmente se ha denominado «doble revisionismo»<sup>18</sup>: por un lado, las revisiones periódicas del artículo 268 CC y, por otro, la revisión que impone el régimen transitorio de la nueva Ley.

Con carácter general, las resoluciones que establezcan medidas de apoyo para personas con discapacidad habrán de ser revisadas cada tres años. No obstante, la Ley prevé dos excepciones a esta regla: (1) cuando se produzca algún cambio en la situación de la persona que exija una modificación de las medidas; o (2) cuando el Juez estime, de forma excepcional y motivada, otro plazo siempre que no supere los seis años. El principal problema que particularmente apreciamos en este ámbito es la revisión que plantea la DT 5.ª LAPD, pues consagra dos formas para llevarla a cabo: una a instancia de parte y otra de oficio. En primer lugar, prevé la meritada DT que cualquier interesado puede solicitar la revisión de la sentencia dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley para adaptarla a la nueva regulación. En este caso, la revisión deberá producirse en un plazo máximo de un año desde la solicitud. En defecto de ella, operaría una revisión de oficio que habrá de producirse en el plazo máximo de tres años (entendemos que contando desde la entrada en vigor de la Ley, ya que la DT no señala un *dies a quo*).

Estimamos también conveniente detenernos en el propio procedimiento de revisión, que al igual que ocurría con la provisión de medidas judiciales de apoyo se bifurca entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa. El cauce procedimental preferente es el expediente regulado en el art. 42 *bis c*) LJV, tal y como se desprende de la nueva redacción del art. 761 LEC. La legitimación activa para promoverlo es la misma que para el expediente de provisión de apoyos, con la particularidad de que también podrá promoverlo la persona que los presta.

El antedicho precepto atribuye competencia objetiva y territorial al Juzgado de Primera Instancia que dictó las medidas a revisar, pero con una excepción señera: si la persona con medidas de apoyo ha cambiado de residencia, será competente el Juzgado

---

<sup>18</sup> ESCARTÍN IPIÉNS, J. A. “La autocratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, cit. p.109.

de la nueva, que deberá solicitar testimonio a aquel que dictó las medidas de apoyo, quien deberá remitirlo en los diez días siguientes a tal solicitud.

El Juez de Primera Instancia recabará informe pericial si así lo estima oportuno – nótese y cfr. *supra*–, y dará traslado del mismo a la persona con apoyos, a quien los preste, al MF y restantes interesados, quienes podrán formular alegaciones y proponer pruebas en un plazo de diez días. Una vez practicadas las alegaciones y las pruebas, el Juez dictará una nueva resolución. En caso de oposición o de no poder resolverse, el expediente devendrá contencioso y acudiremos a lo dispuesto en el art. 761 LEC, que nos remite, a su vez, a las disposiciones de ese Capítulo de la Norma procesal civil.

## 5. APUNTE CRÍTICO FINAL

No podemos negar que la inserción del nuevo paradigma, sustantivo y correlativamente procesal, que introduce la LAPD resulta revolucionaria desde el momento en que, sin ir más lejos, es capaz de superar la división tan históricamente mantenida y asentada entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Desde luego, nuestro legislador, aun con retraso, ha abordado una cuestión espinosa que venía requiriendo desde hace años una reformulación adaptativa no solamente a los tiempos que corren, sino a otros principios y postulados juridificados en las normas superiores de nuestro Ordenamiento jurídico y que, por su cabía alguna duda, han alcanzado colofón indudable en el articulado de la CDPC. Valoremos de modo positivo, pues, los avances introducidos, el cambio de enfoque desde un esquema sustitutivo de la voluntad del discapacitado hacia otro que la respeta en lo posible y tiene por sustrato su carácter social, no meramente médico. Y, medial o instrumentalmente, subrayemos la superación de un esquema de sustitución de la voluntad del interesado mediante una representación legal con aspiración integral –tutela tradicional–, ahora transformado en un sistema de apoyos más puntuales, apegados a la casuística y previa ponderación volitiva de cada persona afectada –curatela reforzada–, lo cual coadyuva decisivamente a la implementación práctica de esos nuevos criterios rectores.

La propia articulación procesal, no solamente el qué se hace sino el cómo se lleva a cabo, es asimismo congrua con la regulación sustantiva; sencilla y facilitante de la obtención de su finalidad. La flexibilidad –competencia objetiva y territorial del Juzgado de 1.ª Instancia para el conocimiento de estos procedimientos–; la amplitud de posibilidades legalmente estatuidas, primando de hecho el cauce de la jurisdicción voluntaria para su desenvolvimiento y declaración; o el reforzamiento de la precisa intermediación judicial en distintas fases de expedientes y procedimientos, singularmente en las de índole probatoria, ratifican también el empeño legislativo y el sustento que lo motiva. No en vano, no lo perdamos nunca de vista, el juez erige el máximo garante

de los derechos subjetivos de la ciudadanía –cfr. STC 58/2016, de 17 de marzo, FF. JJ. 3.º y 4.º–, y en el espectro material que abordamos ese papel constitucional se halla aún si cabe más reforzado por razón de las personas afectadas y de su proyección hacia lo concerniente a uno de sus estados civiles.

Eso no significa a nuestro entender que la ambición de la reforma sea capaz de cubrir absolutamente todo el ámbito hacia el que ha de proyectar su regulación, y que en consecuencia pueda dejar abiertas algunas oquedades en las que puedan generarse dudas sobre su propia viabilidad, al menos, integral. Nos referimos a aquellos supuestos en que la persona afectada carece de cualquier tipo de voluntad propia, o de un nivel mínimo de ella que permita valorarla... ¿A partir de qué nivel o estándar de voluntad se estimaría su parecer? ¿Qué sucede si esa situación de voluntad deficiente o nula surge ya desde edades tempranas, o desde el mismo nacimiento? ¿Es mantenible en esos supuestos un sistema de apoyos o es preferible otro de sustitución a la usanza tradicional? ¿Es justamente en estos supuestos el sistema introducido lo suficientemente flexible como para poder cobijar adecuadamente estas eventualidades? No olvidemos que, con toda su necesidad de mejora y actualización, nuestro TS había dejado claramente sentado que el paradigma que ahora se supera resultaba lo suficientemente garantista y no discriminatorio (v. gr. SSTS 716/2015, de 15 de julio; o 298/2017, de 16 de mayo) siempre y cuando, por supuesto, se interpretara de conformidad con las prevenciones y principios informadores del CDPD, lo cual se venía realizando en la praxis pacíficamente.

Se ha reformulado además la viveza del principio de superior interés de la persona con discapacidad, mientras por ejemplo se amuralla con otros colectivos como los menores, asimismo con reforzadas necesidades de protección jurídica (cfr. art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero<sup>19</sup>). Quizás esa modificación no resulte tampoco plenamente afortunada. Desde luego, la primacía de la voluntad, deseos y preferencias del interesado han de ser primer eslabón de la cadena, incluyendo el derecho a cometer errores y equivocarse en la toma de decisiones. Pero esta idea, en nuestra opinión, ha de experimentar modulaciones en relación a personas con limitaciones volitivas absolutas o intensas (supra). O, en otro orden de cosas, ¿debe el curador respetar un acto volitivo cuando objetivamente observa que le será perjudicial a su curatelado? ¿Se brindan solventes posibilidades de oposición del curador, aun regladas y prevenidas ex ante legislativamente (cfr. art. 282 III CC)? Se trata entonces de algunos aspectos conflictivos que, como mínimo, habrán de ponderarse de consuno en orden a la ob-

---

<sup>19</sup> Ampliamente, *vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “La configuración de, interés del menor ex art. 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta”, en AA.VV. (MAYOR DEL HOYO, M. V. dir), *El nuevo régimen jurídico del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 485-518.

tención de una no precisamente sencilla armonía entre esos intereses potencialmente contrapuestos, aun colusivamente redundantes en un superior interés de la persona con discapacidad y que, por descontado, no supone una mirada paternalista superada ya de manera inequívoca, sino una “medida de justicia y asistencia hacia la persona necesitada de apoyos”<sup>20</sup>.

Por fin, también queremos dejar anotada una reflexión relativa al sistema de doble revisión introducido, eminentemente operativa pero no por ello menos capaz de poder retardar o lastrar las finalidades perseguidas. Ha de saludarse que se estatuya un sistema que cuente con uno de sus rasgos definitorios en la revisión periódica de las medidas de apoyo que se vayan adoptando. El fenómeno de la discapacidad, en numerosas ocasiones, es realmente dinámico, por lo que esas medidas deben también participar consustancialmente de este rasgo si quieren encajar perfectamente, con plena adaptabilidad, en colaborar a su superación. Pero en este punto, el legislador no se ocupa con la suficiente contundencia de los medios que son precisos para aseverar que esta revisión continuada, traducida lógicamente en un incremento sensible de la carga de trabajo de los correspondientes órganos jurisdiccionales, pueda ser asumida sin retardos, coágulos o colapsos. Es este un problema típico de técnica normativa contemporánea (legislar, modificar normativas preexistentes por otras más exigentes y celosas en la llevanza de la actividad judicial, pero sin arbitrar simultáneamente incrementos presupuestarios que desemboquen en mejores dotaciones personales y materiales) que se repite con frecuencia –v. gr. digitalización integral de la Administración de Justicia, materia relativa a dependencia...– y a la que, a nuestro modo de ver, también podemos estar asomándonos en lo que a nuestra reforma concierne. Por supuesto que esta técnica sostenida de revisión es positiva, pero no podemos permitirnos que pueda descarrilar procesalmente porque no se la acompañe de los medios sin los cuales se merman tangiblemente sus probabilidades de éxito<sup>21</sup>.


En definitiva, congratulémonos de la rotunda reforma instaurada, una de cuyas manifestaciones principales es el nuevo régimen jurídico de la curatela, que sin duda redundará en mejorar la posición jurídica y la integración social de las personas con discapacidad. Pero no pensemos que no toparemos problemas en su despliegue, o que de hecho el diseño está exento de cualquier punto débil en el que el logro de su ambiciosa teleología, razonablemente, no esté asegurada. Deberemos estar atentos, valorar y superar estas eventualidades. Aún queda trabajo –y obstáculos– por delante...

<sup>20</sup> PETIT SÁNCHEZ, M: “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, cit. p. 311.

<sup>21</sup> AMARILLO VOZMEDIANO, M. F. “¿Sumando un nuevo colapso de los Órganos judiciales? ¿Salud mental? Primer acercamiento”, *Diario La Ley*. Número 550, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 7.



**María Honrubia, Esther Sánchez, Marina Romeo,  
Fernando Barbancho, Montserrat Yepes-Baldó**  
Investigadores en la Universitat de Barcelona



**LA EDUCACIÓN SEXUAL COMO DERECHO DE LAS PERSONAS CON  
DISCAPACIDAD. EJEMPLO DE EXPERIENCIA EDUCATIVA EN SE-  
XUALIDAD DESARROLLADA EN UN TÍTULO UNIVERSITARIO PRO-  
PIO**

RESUMEN

Esta comunicación tiene por objeto reivindicar y realzar, el derecho de las personas con discapacidad a recibir información y educación sexual a lo largo de su trayectoria formativa en los diferentes niveles educativos.

La metodología que se seguirá será expositiva, con aportaciones sobre la importancia de la educación sexual, la legislación vigente que fundamenta el que se integre en los estudios reglados y una breve presentación de la experiencia de inserción de dos asignaturas sobre sexualidad y relaciones interpersonales, en un título propio universitario de inserción laboral a jóvenes con discapacidad intelectual.

La educación sexual no está reglada en la educación primaria, secundaria, universitaria y ni tan siquiera se subsana con la introducción de información sobre sexualidad, actividad sexual o cambios en la respuesta sexual, cuando en situación de enfermedad o diversidad, se altera como consecuencia de la patología, diversidad funcional o discapacidad. Las consecuencias negativas que esta carencia educativa manifiesta, no

solo en la persona, la familia y relaciones interpersonales, son devastadoras por la repercusión que puede tener en el pleno desarrollo personal, social y en su inserción laboral.

La reivindicación sobre el derecho a la educación sexual de las personas con discapacidad, expresada por leyes y normas generadas al efecto, así como las manifestaciones de las mismas personas, sus familias o las asociaciones que trabajan por sus derechos, tiene que tener un reconocimiento social unánime, en este momento en el que la necesidad de la plena inclusión es un objetivo expresado en la Agenda 2030 y que legitima la necesidad de la integración de contenidos transversales en educación sexual.

La experiencia llevada a cabo en la Universidad de Barcelona durante dos cursos académicos de integrar dos asignaturas que incluyen educación sexual, gestión de emociones y relaciones interpersonales en el título propio “Curso de atención a usuarios, ciudadanos y clientes” para jóvenes con discapacidad intelectual <https://cursoatencionusuarios.wordpress.com/>, viene a reforzar el derecho de estas personas a recibir educación sexual.

Es deber de los/as profesionales que trabajan en el ámbito de la discapacidad aunar esfuerzos, intereses, energías y diversidad ideológica, en aras de fomentar la integración de la educación sexual a las personas con discapacidad, en sus objetivos educativos y hacerlo al amparo de la legislación.

## INTRODUCCIÓN

Esta comunicación tiene la finalidad de visualizar la necesidad de implantar la educación sexual reglada en todos los niveles educativos y a todas las personas. Esta petición formulada de manera recurrente durante años por quienes desarrollan una labor educativa y formativa, se hace todavía más necesaria cuando se trabaja en el ámbito de las personas con discapacidad.

Se considera necesario antes de hablar de educación sexual, definir ambos términos por separado, por la relevancia de ambos y la importancia que se les debe sobre todo si se pretende enfatizar en la necesidad de su implementación para las personas con discapacidad.

El origen etimológico de la palabra educación proviene del sustantivo latín *educatio*, derivado de *educare* que significa instruir, formar y de *educere* que significa sacar,

extraer; por lo que se podría definir cómo actuar para desarrollar las facultades cognitivas y morales a la vez que extraer las potencialidades que las personas llevan intrínsecamente. Sin obviar este planteamiento la *Declaración de Incheon y Marco de Acción ODS 4 – Educación 2030*, de la UNESCO del 2015<sup>1</sup>, que establece garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos, integra dentro de la definición, la visión humanista de la educación como transformadora de la realidad: basada en los derechos humanos, la dignidad, la justicia social, la inclusión y no discriminación entre géneros y grupos vulnerables como las personas con alguna discapacidad o en situaciones de emergencia, la protección, la diversidad en toda su amplitud, la responsabilidad, que implica el desarrollo pleno de la personalidad humana, para formar personas críticas y activas que promuevan el entendimiento mutuo, la tolerancia, la amistad y la paz. Desde esta perspectiva, se concibe la educación cómo un proceso a lo largo de la vida con un carácter global que incluye contextos más amplios que los meramente circunscritos a centros educativos y que incluye competencias y aptitudes encaminadas a adaptarse al mundo en constante cambio y a integrar una visión holística de la persona que incluye la parte emocional con los afectos, la resiliencia, la curiosidad y la creatividad. Esta concepción de la educación se adecúa perfectamente al objetivo de dotar a las personas con discapacidad de estas aportaciones humanistas que les ayudan a crecer y a integrarse en la sociedad del siglo XXI.

El término sexualidad también requiere una definición ajustada a realidad porque es importante poder diferenciarlo de sexo e incluso de erotismo, conceptos que tienden a confundirse y en muchas ocasiones a utilizarse cómo sinónimos, hecho este incorrecto, porque definen componentes diferentes y diferenciados, que hacen necesaria e interesante la concreción y definición correcta.

El concepto sexo se refiere a los caracteres físicos, anatómicos y genéticos de carácter biológico, hormonal (andrógenos, estrógenos), cromosomas (46XX o 46XY), gónadas (testículos u ovarios), órganos internos de reproducción, los genitales externos. El binomio ser machos o hembras ya no se sustenta porque alrededor de 1 de cada 100 nacimientos presenta alguna diferencia en el desarrollo sexual, y 1 de cada 2.000 bebés tiene órganos genitales que no permiten contestar de manera taxativa a la pregunta de si es niño o niña. Además, el constructo social que se incorpora a la persona por el hecho de tener un sexo biológico u otro, se denomina género.

---

<sup>1</sup> Declaración de Incheon y Marco de Acción ODS 4 – Educación 2030, de la UNESCO del 2015. Disponible en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245656\\_spa.locale=es](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245656_spa.locale=es)



Según el catedrático Juan Fernández<sup>2</sup> “el género hace referencia a una realidad compleja, fundamentalmente psicosocial, que se asienta, en un comienzo, en la variable sexo y que interactúa continuamente con ella a lo largo de todo el ciclo vital. El estudio de roles, estereotipos, masculinidad, feminidad, transgénero, variabilidad y consistencia o no, etc. Se encuadraría dentro de esta realidad de género”.

Para definir la sexualidad, se referencia la que dio el Dr. Félix López, catedrático de Psicología de la sexualidad de la Universidad de Salamanca<sup>3</sup> “la sexualidad es el modo que integramos y manifestamos en deseos y comportamientos los diferentes niveles del sexo a través de procesos biofisiológicos, cognitivo-lingüístico y afectivo-emocionales”.

La definición de la OMS de 2000 es clarificadora: “*es un aspecto central de la persona a lo largo de su vida y engloba el sexo, la identidad de género y los roles, la orientación sexual, el erotismo, el placer, la intimidad y la reproducción. La sexualidad se vive y se expresa en pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, roles y relaciones. Aunque la sexualidad puede incluir todas estas dimensiones, no todas ellas se experimentan o expresan siempre. La sexualidad está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales*”.

Para concluir este apartado conceptual, es necesario definir erotismo, cómo dimensión de la sexualidad que se expresa a través de determinadas conductas y acciones encaminadas al placer y la comunicación. A partir de clarificar los términos expuestos que son proclives a generar confusión, se define la Educación Sexual que no se ha confundir con información sexual, necesaria pero insuficiente, porque hace imprescindible una sistematización y una organización de los contenidos para que el alumnado los estructure y lo más importante, los interiorice, como puntualizan las Dras. María Lameiras y M.<sup>a</sup> Victoria Carreras.<sup>4</sup> Si se atiende a lo expuesto, se define como: “*el aprendizaje de los aspectos cognitivos emocionales, sociales, relacionales y físicos de la sexualidad, que “comienza en la primera infancia y progresa a través de la adolescencia y adultez. Aspira a proteger y apoyar un desarrollo seguro de la sexualidad en la infancia y juventud. Se prepara y da competencia a niños, niñas, jóvenes y adultos/as a través de información, habilidades y valores positivos para que comprendan, disfruten*

<sup>2</sup> Fernández J. “Desarrollo sexual y de género: procesos de sexuación y asignación de género”. En: Fernández, J. (coord.). *Nuevas perspectivas en el desarrollo del sexo y del género*. Madrid: Pirámide; 1988, pp. 25-46.

<sup>3</sup> López F. *Educación sexual*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia; 1990.

<sup>4</sup> Lameiras M. y Carrera M. V. *Educación Sexual. De la teoría a la práctica*. Madrid: Pirámide; 2009, p. 33.

*de su sexualidad y de sus relaciones de manera segura y satisfactoria, responsabilizándose de su propia salud sexual y bienestar y la de otras personas. Les permite que puedan hacer elecciones que mejoren sus vidas y contribuyan a hacer una sociedad más compasiva. Todas las personas tienen derecho a acceder a una educación sexual adecuada a su edad.*"<sup>5</sup> Esta definición tan positiva e integradora debería basarse en principios científicos y en los derechos humanos internacionalmente aceptados, en particular, el derecho a conocer, que precede a la prevención de enfermedades e integrar a las personas con discapacidad o diversidad funcional.<sup>6</sup>

En su edición revisada de 2018, la UNESCO<sup>7</sup> se centra más en la descripción de cómo debería ser la educación sexual a impartir en entornos formales y no formales y enfatiza en que ha de ser científicamente precisa, gradual desde la infancia, utilizando un enfoque de currículo en espiral, adecuado a cada edad y etapa del desarrollo, con aceptación de la diversidad y adaptación de contenidos cuando el desarrollo cognitivo y emocional se retrasa, y que tenga en cuenta además, ser integral, es decir, que aborde no solo los temas de salud sexual y reproductiva, sino también los relacionados con aspectos más amplios de la sexualidad, derechos humanos, vida familiar y relaciones interpersonales saludables y respetuosas, valores personales y compartidos, normas culturales y sociales, igualdad de género, la no discriminación, comportamientos sexuales, violencia y violencia de género, consenso e integridad corporal, abuso sexual y prácticas nocivas tales como las relaciones tóxicas, el matrimonio infantil, precoz y forzado, y la mutilación/ablación genital femenina. Todos los aspectos expuestos tienen el objetivo de contribuir a la formación de una sociedad más justa y solidaria en la que las personas más vulnerables tienen cabida.<sup>8</sup>

Como se ha ido comentado en el desarrollo de la comunicación, la finalidad es, profundizar en los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad/diversidad funcional como sujetos de derecho a gozar de una sexualidad saludable, cimentada en unas relaciones e interacciones sexuales satisfactorias y gratificantes en el seno de la negociación, el consenso y la igualdad entre las personas, a través del derecho a la educación sexual, recogido por diferentes instituciones y asociaciones na-

<sup>5</sup> Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud. 2010. Estándares de Educación Sexual para Europa. Centro Federal de Educación para la Salud.

<sup>6</sup> Educación para la sexualidad con bases científicas. Recomendaciones de un Grupo Internacional de Expertos Documento de Consenso de Madrid. 20 y 21 de junio de 2011. <https://familiasenred.es/wp-content/uploads/2018/03/>

<sup>7</sup> UNESCO. 2018. *Orientaciones técnicas internacionales sobre educación en sexualidad. Un enfoque basado en la evidencia*, pp. 16-17.

<sup>8</sup> UNESCO. *Orientaciones técnicas internacionales sobre educación en sexualidad. Un enfoque basado en la evidencia*. UNESCO; 2018, pp. 37-39.

cionales como ANSSYD (Asociación Nacional de Salud Sexual y Discapacidad)<sup>9</sup> e internacionales, entre ellas la WAS (World <https://www.worldsexology.org/> Association for Sexual Health)<sup>10</sup>, la IPPF (Internacional Planned Parenthood Federation)<sup>11</sup>, que remarcan especialmente la inclusión de las personas con algún tipo de dependencia por edad, discapacidad o enfermedad, y los ODS 3 y 5 de la agenda 2030 que enfatizan y priorizan en asegurar una vida sana y la promoción del bienestar en todas las edades y la igualdad de géneros desde una perspectiva dirigida a dar voz y protagonismo a todas las mujeres y las niñas, proponiendo su capacitación en cuestiones de género, y una intencionalidad: “garantizar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva con el libre acceso a estos servicios de salud y reproductiva, con la inclusión de la planificación familiar, información y educación, y su integración en las estrategias y los programas nacionales<sup>12</sup>, ya acordados en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo<sup>13</sup> y la Plataforma de Acción de Beijing<sup>14</sup>”.

#### LEGISLACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención Internacional de Derechos de las personas con discapacidad, a partir de ahora nombraremos (CDPD) celebrada en New York en 2006<sup>15</sup> y que fue ratificada por España en abril de 2008<sup>16</sup>, constituyó un antes y un después para estas personas porque supuso el cambio del modelo médico rehabilitador que enfatiza la discapacidad como una enfermedad, por el modelo social basado en derechos, mediante el cual se legitima a estas personas y se las equipara al resto de personas con pleno derecho. En referencia a los derechos sexuales y reproductivos, la (CDPD) tiene en cuenta el respeto

<sup>9</sup> Asociación Nacional de Salud Sexual y Discapacidad (ANSSYD). <https://www.anssyd.es>

<sup>10</sup> Derechos sexuales y Reproductivos. WASS, Valencia (España) 1997. <https://www.worldsexology.org>

<sup>11</sup> Internacional Planned Parenthood Federation IPPF. <https://www.ippf.org>

<sup>12</sup> Gamboa-Bernal, G.A. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una perspectiva bioética Persona y Bioética, vol. 19, núm. 2, julio-diciembre, 2015, pp. 175-181.

<sup>13</sup> Fondo de Población de la Naciones Unidas. El Cairo, 1994.

<https://www.unfpa.org/es/conferencia-internacional-sobre-la-poblacion-y-el-desarrollo-0>

<sup>14</sup> Plataforma de acción de Beijing; procesos intergubernamentales, 2015.

<https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/01/beijing-declaration>

<sup>15</sup> Naciones Unidas. Convención Internacional de derechos de las personas con discapacidad. 13 diciembre, 2006.

<https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html>

<sup>16</sup> Ratificación (CDPD). Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. BOE 21 abril 2008.

<https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf>

de la dignidad, la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones, la independencia, la no discriminación, la inclusión plena en la sociedad, la igualdad entre los géneros y la intimidad, en relación con su sexualidad y relaciones íntimas.

Un hecho trascendente en relación a los derechos sexuales y reproductivos, fue la promulgación por el Gobierno de España, de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>17</sup>, en la que se habla de la integración de la educación sexual en todos los niveles del Sistema educativo y se hacía una especial mención a la educación sexual de las personas con discapacidad y en situaciones de vulnerabilidad y el deber de formar en sexualidad en las titulaciones de salud y educación (Arts.3, 5, 6, 7, 8, 9 i 11). El desarrollo de esta Ley, en cambio, no se llevó a cabo, y han tenido que pasar 10 años para ser retomada y comenzar a redactar la Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva<sup>18</sup> con los contenidos de afectividad y sexualidad por desplegar en los distintos niveles educativos.

En el año 2013 se promulga un Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social<sup>19</sup>. Con esta nueva legislación los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad quedan mejor establecidos y clarifican la capacidad para intervenir en la elaboración de los objetivos educativos por parte de los/las profesionales.

Por último, recientemente ha entrado en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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<sup>20</sup>. Esta ley contiene medidas de apoyo a la persona que lo precise. Con respecto a los derechos sexuales y reproductivos es importante el papel que juegan las personas con discapacidad cómo titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, en la elección de con quien mantener relacio-

---

<sup>17</sup> Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>

<sup>18</sup> Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva del SNS, 2019.

<sup>19</sup> Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Real Decreto del Texto refundido. BOE, 289, 29-11-2013. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con>

<sup>20</sup> Jefatura del Estado. Ley 8/2021, de 2 de junio, 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. BOE A-2021-9233, de 3-06-2021. <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>

nes, la paternidad o maternidad responsable, la denuncia de situaciones de acoso sexual, agresión o abuso y el derecho ha de ser respetadas. Cómo las anteriores leyes promulgadas con posterioridad a 2008, se trata de aplicar los derechos humanos.

### EXPERIENCIA EDUCATIVA EN SEXUALIDAD EN UN TÍTULO UNIVERSITARIO PROPIO DE LA UB

La Cátedra Universidad de Barcelona-FA para la Integración Laboral de Personas con Discapacidad, tiene desde hace dos años, aprobado un título propio denominado: “Experto en Atención a Usuarios, Ciudadanos y Clientes”, la financiación corre a cargo del Fondo Social Europeo, en el Programa Operativo de Empleo Juvenil 2014-2020, en el marco de la Convocatoria para el Desarrollo de Programas Universitarios de Formación para el empleo dirigidas a jóvenes universitarios con discapacidad intelectual inscritos en el Sistema de Garantía Juvenil (ONCE). <https://cursoatencionusuarios.wordpress.com/>

Este título cuenta con un número importante de asignaturas a impartir en un curso académico, dos de esas asignaturas: Procesos de interacción social (Relaciones personales, relaciones en el ámbito laboral, relaciones de pareja, consentimiento y privacidad, toma de decisiones, el secreto, decir “no” y límites, redes sociales) y Gestión de emociones, afectividad y sexualidad, (Fisiología, anatomía y funciones del aparato genital, órganos sexuales y el sexo, diversidad sexual, identidad, orientación sexual, embarazo, parto, infecciones de transmisión sexual (ITS), Métodos de planificación familiar, actividad sexual saludable y tóxica, relaciones íntimas, abuso sexual, acoso, ciber acoso), se integraron en el currículum formativo desde la primera edición, con el objetivo principal de cubrir el derecho de estas personas a la educación sexual desde los parámetros ya expuestos a lo largo del desarrollo de esta comunicación, y con la plena convicción por parte de todo el profesorado implicado en el desarrollo del curso, de la necesidad de formación en estas áreas por su importancia en el desarrollo personal y profesional y generar un ambiente positivo en el aula a partir de cohesionar el grupo y motivar la participación e integración de nuestros estudiantes con discapacidad intelectual.

La educación sexual, la gestión de emociones y las habilidades en las relaciones interpersonales e íntimas, son asignaturas pendientes en los estudios universitarios en general y en la realidad de las personas jóvenes con una discapacidad intelectual, un abordaje que aún es anecdótico en la educación integral de estas personas, por lo que la introducción de asignaturas de estas características en la totalidad del curso, imprime un carácter único y novedoso a estos estudios, con resultados satisfactorios.

## **Metodología de trabajo**

La Metodología utilizada ha sido a partir de clases interactivas con fichas, maquetas, dinámicas y gran cantidad de material para motivar y optimizar el proceso de enseñanza aprendizaje. Todos los materiales y las presentaciones están elaborados a partir de lectura y comprensión fácil. Hay que dejar patente que las asignaturas se cursan durante 13 horas cada una, repartidas en 2 semanas. El horario es de 3 horas diarias de lunes a miércoles y los jueves se imparten 4 horas.

## **Evaluación**

Al finalizar cada una de las asignaturas se lleva a cabo su evaluación con un cuestionario de lectura fácil y la recopilación de los datos, a través de una escala tipo Likert con un intervalo de respuesta que va de 0 a 5. Las Escalas Likert que deben su nombre al psicólogo Rensis Likert<sup>21</sup>, son escalas de calificación que se utilizan para preguntar a la persona el nivel de acuerdo o desacuerdo ante unos ítems establecidos. A diferencia de una simple pregunta de “sí” / “no” permiten calificar sus respuestas entre 0 que es catalogado cómo muy malo y 5 cómo muy bueno.

## **Resultados**

La muestra final está formada por 18 alumnos de los/as 20 estudiantes matriculados en los dos cursos, 7 chicos y 11 chicas, con edades comprendidas entre los 20 y los 25 años.

Las dimensiones valoradas con la Escala Likert, con puntuación numérica entre 0 y 5, son las siguientes: “... Si han gustado las asignaturas, Si han aprendido cosas nuevas, Si se han sentido cómodas/os en clase, Si lo que han aprendido les servirá en su vida y Si han entendido bien los conceptos. Estas dimensiones han obtenido puntuaciones por todos los sujetos de entre 4 y 5. La puntuación media de la primera asignatura ha sido de 4’7 y de la segunda asignatura de 4’6.

Valorar las asignaturas con una puntuación numérica a través de la Escala Likert, ha sido porque se pensó que podría servir para conocer la opinión del estudiantado respecto a las inquietudes y las dudas por resolver respecto a los contenidos de las asignaturas que habían cursado.

---

<sup>21</sup> Likert, R. 1932. “A Technique for the Measurement of Attitudes”. *Archives of Psychology* 140: 5-55.

En cuanto a adquisición de conocimientos se pasó un test con 5 preguntas de cuatro alternativas y una sola respuesta correcta y otras 5 preguntas de Verdadero Falso. Este test obtuvo un 70 % de aciertos en todos los estudiantes, por lo que se consideró que los contenidos teóricos más relevantes se habían entendido bien.

Los temas tratados que han sido considerados cómo más interesante son: Los métodos anticonceptivos, el conocimiento de su cuerpo y las relaciones interpersonales de amistad y de pareja.

En cuanto a las inquietudes futuras que verbalizaban, se evidenció que el cuestionario no era tan efectivo para medir estos parámetros en tan escaso espacio de tiempo con unos contenidos que son más, de integración de valores y de conductas a largo plazo.

La evidencia de integración de contenidos, se ha ido revelando a lo largo del curso, a partir de la observación del comportamiento relacional del grupo y de las aportaciones de los padres que han sido elocuentes para poder concluir, que se estaba generando un cambio de conducta y de asimilación de conocimientos sobre relaciones interpersonales y sexualidad que antes sus hijos no tenían adquiridos, y que han valorado positivamente, al ser unos contenidos, en particular los referentes a la sexualidad, nunca planteados en casa y de los que no tenían conocimiento que se hubieran adquirido en niveles anteriores de aprendizaje.

La parte cualitativa del cuestionario se cubre con unas preguntas abiertas que son las siguientes:

### **1. Explicar las cosas nuevas que habéis aprendido:**

*“... Solucionar problemas, observar los problemas e intentar resolverlos, no acosar a las niñas, ir poco a poco después de conocerlas, no seguirlas en Instagram, las normas de clase, el respeto, levantar la mano para hablar, guardar secretos, relación con los amigos”.*

*“... Los métodos anticonceptivos cómo utilizarlos, qué hacer cuando se rompe el preservativo, diferenciar los tipos de acoso sexual, cosas nuevas en sexualidad, diferencia entre sexualidad y sexo, cómo usar preservativos, hablar de sexualidad”.*

## **2. Lo que más os ha gustado**

*“... La sexualidad, todo, las normas de la Uni, las normas de la clase, los ejemplos que hemos explicado, los consejos para intentar mejorar las relaciones con los amigos”.*

Que viniesen los Mossos d'Esquadra para hablar de prevención de abuso sexual y ciberacoso ha sido valorado cómo lo que más les ha gustado con diferencia, los dos talleres con las estudiantes de enfermería se han valorado muy alto, hablar sobre las orientaciones sexuales, aprender a ponerse el preservativo son aspectos bien valorados y recurrentes por todo el estudiantado.

## **3. Alguna cosa que os ha gustado menos**

Todos han respondido NO

## **4. Alguna cosa que te gustaría que hablásemos más profundamente**

*“... Si tengo problemas con el dinero y la monedas para pagar y cambiar, de música y deportes, sobre sexualidad, sobre el control para que una relación sea buena no mala, como ligar con las otras personas, saber más de sexualidad, hablar más de las cosas de los hombres y las mujeres”.*

Por todo lo anteriormente expuesto se puede afirmar que el seguimiento de la teoría de las asignaturas ha sido bueno y los ejercicios realizados en clase estaban resueltos correctamente y realizados sin complicaciones. Se destaca la alta participación en clase para su realización y la colaboración entre el grupo.

En los resultados de los cuestionarios destaca la gran necesidad que tienen de saber sobre relaciones sociales y sexualidad y consideran que les será útil en su vida. Expresan que aplicaran lo aprendido en su vida futura y muestran agradecimiento por haberles dedicado el tiempo necesario para hablar sobre temas que casi nunca habían tratado antes a los que les dan mucha importancia porque forman parte de su vida diaria

Para finalizar, se podría afirmar que los resultados a través de los diferentes métodos de valoración muestran al grupo contento con los contenidos impartidos y la metodología empleada. Se ha de poner en valor la presencia de la Unidad de los Mossos d'esquadra de la Generalitat y de estudiantes de enfermería, con valoración muy alta, tal y como han manifestado al no querer que acabasen las asignaturas ni las intervenciones de las estudiantes.



## CONCLUSIONES

- La educación sexual a las personas con discapacidad ha de ser prioritaria en la formación reglada en todas las Comunidades Autónomas e impartida por profesionales formados al efecto, para proporcionar contenidos de calidad adaptados a su desarrollo cognitivo y adecuados a la fase del desarrollo evolutivo en la que se encuentren.
- Las Administraciones Públicas y las Instituciones tienen que disponer de profesionales con formación para impartir los contenidos de educación sexual y priorizar los programas desarrollados a partir de la Estrategia Nacional de Salud Sexual elaborada por expertos con fundamentación científica.
- La evidencia de la necesidad de tener formación en sexualidad queda patente en las actividades formativas que siempre son muy bien valoradas y cuentan con el apoyo y aprobación por parte de las familias que agradecen estos conocimientos por los cambios detectados y el crecimiento personal que les supone en su interacción social y laboral.
- Una educación sexual de calidad requiere dotar, a las profesiones implicadas, de formación post básica específica en sexualidad con la finalidad de que puedan asesorar, orientar y solventar las situaciones que se planteen en este campo, y facilitar el apoyo que las personas con discapacidad precisen.
- La legislación vigente en España en materia de derechos para las personas con discapacidad/diversidad funcional, legitima la educación sexual y sus derechos sexuales y reproductivos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Couwenhoven, T. “La educación sexual es la prevención del abuso sexual”. *Revista Síndrome de Down*. Volumen 30, marzo 2013:9-14.
- Honrubia, M y Sánchez, E. (2019). “Sexualidad y afectividad en jóvenes con discapacidad/diversidad funcional”. En: *Revista de Estudios de Juventud*. | La salud afectivo-sexual de la juventud en España. Monográfico. N.º 123, Instituto de la Juventud (INJUVE), 61:76. Disponible: [http://www.injuve.es/sites/default/files/adjuntos/2020/01/revista\\_injuve\\_123.df](http://www.injuve.es/sites/default/files/adjuntos/2020/01/revista_injuve_123.df)
- Lameiras M., Carrera, M. V., Rodríguez Y. (2008), “Nuevos retos para la educación sexual: hacia un modelo integral”. *Sexología Integral*, n.º 5 (1):35-38.
- López, F. (2002). *Sexo y afecto en personas con discapacidad*. Madrid: Ed. Biblioteca Nueva.
- Morentin, R. et al. *El amor en personas con discapacidad intelectual y su repercusión en el bienestar emocional*. 2012. Manresa: AMPANS.

- Murúa, F. “El derecho a la toma de decisiones en materia de salud sexual de las mujeres con discapacidad”. *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2015. n.º 12 (Violencias): 116-130.
- Rojas S., Haya I., Lázaro-Visa S. “Necesidades afectivo-sexuales en personas con discapacidad intelectual. Claves para construir propuestas formativas desde la experiencia subjetiva”. *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, ISSN-e 2340-5104, Vol. 3, n.º 2, 2015:41-54.
- Servicio Nacional de la Discapacidad. 2019. *Sexualidad e inclusión de personas con discapacidad*. Universidad de Chile.



**Fernando Barbancho, María Romeo, María Honrubia,  
Montserrat Yepes-Baldó, Esther Sánchez**  
Universitat de Barcelona

////////////////////////////////////  
**FUNDAMENTOS LEGALES, DERECHOS Y CIUDADANÍA RESPONSABLE. EXPERIENCIA FORMATIVA DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA DIRIGIDA A PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL**

RESUMEN

Esta comunicación tiene por objetivo presentar, por un lado, las competencias, los contenidos y la metodología docente desarrollada en la asignatura denominada “Fundamentos legales, derechos y ciudadanía responsable” desarrollada en el Curso de experto en Atención a Usuarios, Ciudadanos y Clientes, financiado por el Fondo Social Europeo, en el Programa Operativo de Empleo Juvenil 2014-2020, en el marco de la Convocatoria para el Desarrollo de Programas Universitarios de Formación para el empleo dirigido a jóvenes universitarios con discapacidad intelectual inscritos en el Sistema de Garantía Juvenil (ONCE).

En el 2020 se abrieron las convocatorias públicas de la Generalitat de Cataluña y del Ayuntamiento de Barcelona con objeto de proveer plazas de personal laboral fijo de Ayudante de Servicios Auxiliares mediante oposición libre, dirigida a personas con discapacidad intelectual. Con el objetivo de preparar el temario de las pruebas selectivas (concurso-oposición) para proveer plazas de la agrupación profesional de funcionarios del cuerpo de subalterno de la administración pública, hemos desarrollado un segundo curso l’Accés al Cos Subaltern per a Persones amb Discapacitat Intel·lectual.

En ambos casos, la preparación del temario se ha fundamentado en los principios del Diseño Universal del Aprendizaje (DUA) y en lenguaje plano y/o lectura fácil.

Hay que destacar que esta experiencia resulta una experiencia pionera en la Universidad de Barcelona, dado que es la primera vez que alumnos y alumnas con un grado de discapacidad intelectual igual o superior al 33%, reciben una titulación universitaria en esta institución.

En la actualidad estamos impartiendo la tercera edición del Curso de experto en Atención a Usuarios, Ciudadanos y Clientes (Tabla 1), que está financiada por el Fondo Social Europeo, en el Programa Operativo de Empleo Juvenil 2014-2020, en el marco de la Convocatoria para el Desarrollo de Programas Universitarios de Formación para el empleo dirigido a jóvenes universitarios con discapacidad intelectual inscritos en el Sistema de Garantía Juvenil (ONCE) (<https://cursoatencionusuarios.wordpress.com/>).

Tabla 1. *Curso de experto en Atención a Usuarios, Ciudadanos y Clientes*

OBJETIVOS	ACCIONES
Empleabilidad jóvenes con discapacidad intelectual.	Adquisición de competencias transversales y específicas respecto de la interlocución con usuarios, ciudadanos y/o clientes en el sector público y/o privado, a través de las diversas asignaturas que configuran el curso.

El objetivo de esta actividad formativa, iniciada en el curso 2019-2020, es contribuir a la empleabilidad de los jóvenes con discapacidad intelectual a partir de dotarlos de las competencias, tanto de carácter transversal como de carácter específico, específicamente dirigidas a las actividades del sector público y/o privado que se caracterizan por su interlocución con usuarios, ciudadanos, y/o clientes.

En concreto, en el marco de esta formación se imparte una asignatura denominada “Fundamentos legales, derechos y ciudadanía responsable” (Tabla 2), cuyo objetivo consiste en que los alumnos y alumnas conozcan la normativa multinivel que afecta a las personas con discapacidad intelectual, que incide, por una parte, en el conjunto de derechos que tienen como ciudadanos y, por otra parte, en los derechos y en las medidas adoptadas dirigidos específicamente a su integración laboral para que sea efectiva la igualdad de oportunidades.

En esta comunicación queremos presentar las competencias, los contenidos y la metodología docente puesta en marcha, así como el proceso formativo desarrollado por el equipo docente con el objetivo de capacitarnos en el Diseño Universal del Aprendizaje y en la redacción de textos en lenguaje plano y/o lectura fácil.

Las competencias vinculadas a la asignatura “Fundamentos legales, derechos y ciudadanía responsable” consisten en que los alumnos y alumnas con discapacidad intelectual obtengan la capacidad suficiente para que, por una parte, puedan extraer la información básica de los diversos textos normativos, a efectos de que puedan gestionar, analizar y sintetizar la información para que desarrollen su capacidad de razonamiento y reflexión. Por otra parte, puedan reconocer las situaciones de vulnerabilidad en la que puedan encontrarse como ciudadanos, que les permita identificar los derechos civiles, políticos y como consumidores y usuarios de servicios que el ordenamiento jurídico les reconoce a efectos de su ejercicio y así favorecer su participación y auto-determinación como personas. Y, por último, puedan conocer sus derechos que la normativa establece a efectos de su integración laboral en igualdad de oportunidades, identificando las medidas de fomento de empleo ordinario y empleo protegido, así como los derechos –y deberes– concretos que el ordenamiento jurídico establece en las relaciones laborales.

Para poder alcanzar estas competencias, los contenidos de esta asignatura se centran, en primer lugar, en el marco jurídico general que incide en las personas con discapacidad. Es del todo necesario que los alumnos y alumnas sean conocedores y sean conscientes del “nuevo” acervo normativo dirigido a promover, proteger y asegurar el disfrute de todos los derechos y libertades en condiciones de igualdad, que deriva de su propia dignidad como personas, para que sea real su participación, como sujetos activos titulares de derechos, de una vida –en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural– en iguales condiciones que el resto de los ciudadanos.

A estos efectos, se debe partir de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas (2006), en la medida que «supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo» (párrafo décimo del Preámbulo del texto refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social de 2013). En un segundo nivel, se deben destacar las medidas más relevantes de la política y actividad de la Unión Europea (UE) respecto de las personas con discapacidad, desde el Tratado de Funcionamiento de la UE (versión consolidada actual de 2020) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2016) pasando por el Pilar Europeo de De-

rechos Sociales (2017) y la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 (2021). Y en un tercer nivel, se debe destacar el marco normativo general de ámbito estatal, configurado por el texto refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (2013), que actualiza el marco normativo interno de los derechos de las personas con discapacidad y lo adapta a la Convención Internacional.

En segundo lugar, se trata de abordar concretamente los derechos que tienen las personas con discapacidad intelectual como ciudadanos, esto es, los derechos civiles y políticos, de especial relevancia en los últimos años. Así, se trata que los alumnos y alumnas conozcan los derechos, y el régimen jurídico para su ejercicio, de su capacidad jurídica (de máxima actualidad tras la entrada en vigor –el 3 de septiembre de este año– de la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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), que alcanza tanto a la toma de sus propias decisiones –matrimonio, patrimonio, etc.–, y de su participación en la sociedad, como ser miembro del tribunal del jurado o tener derecho de sufragio activo.

Y, en tercer lugar, se trata de que conozcan los derechos que se les reconocen a efectos de la integración laboral de las personas con discapacidad, con especial referencia a las medidas específicamente dirigidas a las personas con discapacidad intelectual. En definitiva, se trata de que conozcan las medidas que incorpora el ordenamiento jurídico a efectos de hacer efectivo el derecho al trabajo en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y de oportunidades y de no discriminación, que se articulan a través de tres tipos de empleo: el empleo ordinario (en las empresas –incluidos los servicios de empleo con apoyo y la cuota de reserva–, con especial atención a las administraciones públicas –texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público de 2015–), el empleo protegido (en centros especiales de empleo y en enclaves laborales) y el empleo autónomo.

Para poder alcanzar los objetivos y desarrollar las competencias a través de esos contenidos, la metodología utilizada combina, por una parte, la actividad presencial, que consiste en la impartición de clases eminentemente prácticas, con objeto que permitan al alumnado adquirir y aplicar los conocimientos impartidos, pero partiendo de los imprescindibles conocimientos teóricos. Esto es, un aprendizaje basado en problemas.

Y, por otra parte, el alumnado debe realizar un trabajo dirigido y tutelado, y un aprendizaje autónomo vinculado directamente a las clases presenciales, que consiste en la resolución de casos prácticos con materiales, mediante un aprendizaje colaborativo basado en proyectos, ya que deben trabajar en grupo. A su vez, cada alumno y alumna cuenta con una mentora, que se complementará con un programa de peer mentoring.

Para realizar esta metodología, la elaboración de los materiales deviene un instrumento básico y esencial, dada la tipología del alumnado. Además, se debe tener presente que el equipo docente era la primera vez que impartía docencia a personas con discapacidad intelectual, por lo que ha tenido que realizar un proceso formativo con el objetivo de capacitarle en el Diseño Universal del Aprendizaje (DUA) y en la redacción de textos en lenguaje plano y/o lectura fácil, para garantizar la accesibilidad universal de los materiales docentes (ajustándolos al DUA) a las necesidades del alumnado con discapacidad intelectual.

El proceso formativo culmina con la evaluación del alumnado, consistente en la realización de dos actividades: un caso práctico y un proyecto (con un valor cada uno del 50 %). Para la resolución del caso práctico planteado, los alumnos y las alumnas deben trabajar en grupo, aunque su presentación es individual, y con esta actividad se quiere comprobar que acrediten la capacidad de buscar, seleccionar y utilizar la información básica de la normativa de aplicación al caso práctico. Y en cuanto al proyecto, al inicio del período de la docencia de la asignatura se plantea un proyecto sobre la integración laboral de las personas con discapacidad intelectual, que también los alumnos y las alumnas deben realizar en grupo, con el que se pretende evaluar la capacidad de trabajo en equipo y la capacidad de buscar, seleccionar y utilizar la información y documentación básica sobre los derechos para la integración laboral de las personas con discapacidad intelectual.



Tabla 2. *Asignatura del Curso de experto: Fundamentos legales, derechos y ciudadanía responsable*

OBJETIVOS	ACCIONES
Conocer la normativa multinivel sobre los derechos como ciudadanos de las personas con discapacidad intelectual.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Explicación teórica sobre la base de material adaptado (Diseño Universal del Aprendizaje y lenguaje plano y/o lectura fácil).</li> <li>• Aprendizaje basado en problemas.</li> </ul>
Conocer las medidas dirigidas a la inserción laboral de las personas con discapacidad intelectual.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Explicación teórica sobre la base de material adaptado.</li> </ul>
Conocer los derechos de las personas con discapacidad intelectual en las relaciones laborales.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Explicación teórica sobre la base de material adaptado.</li> <li>• Aprendizaje basado en problemas.</li> <li>• Trabajo en grupo: resolución de caso práctico y Proyecto sobre la integración laboral de las personas con discapacidad intelectual.</li> </ul>

Este Curso de experto en Atención a Usuarios, Ciudadanos y Clientes desarrollada por la Cátedra Universidad de Barcelona-Fundación Adecco para la Integración Laboral de Personas con Discapacidad ha dado lugar a otra actividad formativa, el *Curs de Formació per l'Accés al Cos Subaltern per a Persones amb Discapacitat Intel·lectual* (<https://cursubsubaltern.wordpress.com/home/>) cuyo objetivo es la preparación del temario de las pruebas selectivas (concurso-oposición) para proveer plazas de la agrupación profesional de funcionarios del cuerpo de subalterno de la administración pública (Tabla 3).

Así, en primer lugar, en el 2020 se abrió la convocatoria pública de la Generalitat de Cataluña reservado a personas con discapacidad intelectual. Concretamente, este curso trata de preparar los temas sobre el marco constitucional y autonómico de Cataluña; la organización y funcionamiento de la Generalitat de Cataluña; el buen gobierno, la ética pública y la transparencia en la actividad pública y la calidad de los servicios públicos; los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración pública; los derechos de las personas interesadas en un procedimiento administrativo; el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Cataluña; la gestión documental y archivos; los riesgos laborales y la seguridad laboral; las tecnologías de la información y la comunicación; y la atención a la ciudadanía y los procesos de comunicación interpersonal.

Esta preparación del temario conlleva la necesaria preparación de materiales adaptados al Diseño Universal del Aprendizaje (DUA) y en lenguaje plano y/o lectura fácil, dadas las necesidades del alumnado con discapacidad intelectual. Y, a su vez, como el temario integra el primer ejercicio de la primera prueba –de carácter obligatorio y eliminatorio– de la fase de oposición, que consiste en responder a un cuestionario de 30 preguntas test sobre el temario (con cuatro respuestas alternativas, de las cuales sólo una es correcta, descontando 0,25 puntos cada respuesta incorrecta, sin que computen las preguntas sin respuesta o con más de una respuesta), también se deben preparar cuestionarios adaptados para que los alumnos con discapacidad intelectual puedan practicar, en la medida que el tiempo para realizar el cuestionario de 30 preguntas test es de 45 minutos.

A esta convocatoria se ha añadido la hecha por parte del Ayuntamiento de Barcelona en 2020, con objeto de proveer plazas de personal laboral fijo de Ayudante de Servicios Auxiliares mediante oposición libre, dirigida a personas con discapacidad intelectual (Tabla 3).

La peculiaridad de esta convocatoria es que se han adaptado los criterios de selección a las características de estas personas, en la medida que, por una parte, en la primera prueba (obligatoria y eliminatoria) se ha sustituido el temario teórico por un cuestionario de preguntas test de competencias cognitivas básicas sobre la resolución de situaciones básicas relacionadas con la vida cotidiana o con las funciones propias de la categoría objeto de la convocatoria, mediante la aplicación de razonamiento numérico, la comprensión verbal y la orientación espacial y temporal (el cuestionario, que tiene un máximo de 35 preguntas test, con cuatro respuestas alternativas, de las cuales sólo una es correcta y las respuestas incorrectas o las preguntas no contestadas no descuentan, se debe realizar en un tiempo máximo de 60 minutos).

Y, por otra parte, la prueba práctica (también obligatoria y eliminatoria) consiste en el desarrollo de uno o más ejercicios prácticos (en un tiempo máximo de 60 minutos), mediante la resolución de diferentes situaciones relacionadas con el contexto profesional que permitan valorar las habilidades básicas y competencias profesionales. Además, la entrevista ya no forma parte del proceso selectivo, sino que tiene como finalidad conocer a las personas seleccionadas y valorar la idoneidad de cada candidato para un puesto de trabajo específico.

Esta nueva configuración de las pruebas selectivas realizada por el Ayuntamiento de Barcelona ha hecho que el equipo formador haya tenido que adaptar los materiales a esta nueva tipología de pruebas dirigidas más específicamente a las funciones del puesto de trabajo de Ayudante de Servicios Auxiliares y a las competencias profesio-

nales consistentes en el compromiso profesional, el trabajo en equipo, la orientación al servicio público, la autoconfianza y el rigor y la organización.

Tabla 3. *Curso de formación para el acceso a cuerpos de la Administración pública de personas con discapacidad intelectual*

OBJETIVOS	ACCIONES
Preparación del primer ejercicio de la primera prueba de la convocatoria reservada a personas con discapacidad intelectual para el acceso al cuerpo de subalterno de la administración pública autonómica de Cataluña.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Adaptación de materiales al temario.</li> <li>• Adaptación de cuestionarios para evaluar los conocimientos a partir de preguntas tipo test y casos prácticos.</li> </ul>
Preparación de la primera prueba para el acceso a personal Ayudante de Servicios Auxiliares del Ayuntamiento de Barcelona.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Adaptación de cuestionarios de preguntas tipo test para la evaluación de competencias cognitivas y resolución de situaciones básicas relacionadas con la vida cotidiana o con las funciones propias de la categoría objeto de la convocatoria (primer ejercicio).</li> <li>• Desarrollo de casos prácticos adaptados sobre diferentes situaciones relacionadas con el contexto profesional que permitan valorar las habilidades básicas y competencias profesionales (compromiso profesional, trabajo en equipo, orientación al servicio público, autoconfianza).</li> </ul>

Para finalizar, destacar que estas experiencias docentes han supuesto todo un reto para el equipo docente, ya que, si bien la mayoría forma parte de Grupos de Innovación Docente, en ningún caso había tenido experiencia docente con este colectivo. Tal y como señalábamos, es la primera vez que alumnos con un grado de discapacidad intelectual igual o superior al 33 % disponen de una formación específica que les permite disfrutar de una vida universitaria, integrados con otros estudiantes dentro de un campus, compartiendo espacios comunes, y recibiendo una titulación universitaria. Todo ello representa, según nuestro juicio, una clara preocupación y voluntad por parte de la Universidad de Barcelona hacia la integración de uno de los colectivos con más dificultades de acceso al contexto universitario. Si bien llegar hasta aquí no ha sido fácil, lo cierto es que queda mucho camino por recorrer.

**Antonio José Cabello, Miguel Santiuste, Iván García,  
Daniel Grande, Jessica Molina, Sergio Madero, Andrei Nicolae**  
Investigadores en la Universidad Rey Juan Carlos  
Fundación Esfera



## **FORMACIÓN JURÍDICA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELLECTUAL. REALIDAD Y EXPECTATIVAS DE FUTURO**

### **RESUMEN**

La comunicación aborda el tema de la oferta formativa en materia jurídica que hay para personas con discapacidad intelectual. Para hacerlo, hemos realizado una investigación de carácter cualitativo, para la que hemos realizado una búsqueda bibliográfica sobre la cuestión de la inclusión en los estudios jurídicos y hemos investigado la oferta formativa en España.

Describimos de manera breve el curso que estamos realizando de asistente jurídico y hemos hecho una reflexión sobre nuestras experiencias como estudiantes que están recibiendo formación jurídica, para averiguar hasta qué punto esta formación es importante, para nuestra inclusión laboral en el futuro, y en nuestra vida como ciudadanos.

Es muy importante desde el punto de vista de la inclusión laboral la Ley 8/2021 porque nos preguntamos por nuestro rol como facilitadores en el futuro.

La conclusión es que la oferta formativa jurídica que hay para personas con discapacidad intelectual es limitada, sin embargo, la formación es considerada muy positiva desde el punto de vista del empoderamiento de las personas que lo reciben, y las expectativas de acceso al mercado laboral son esperanzadoras.

Las modificaciones que introduce la nueva Ley 8/2021 son positivas, pero siguen invisibilizando a las personas con discapacidad intelectual con formación jurídica, que no se auto perciben como personas capaces de desarrollar roles de protagonismo, como el de facilitadores, artículo 7 bis de la Ley 8/2021.

## INTRODUCCIÓN

### Hipótesis

Este trabajo parte de una hipótesis que surge de nuestras reflexiones como personas jóvenes con discapacidad intelectual, que, en la actualidad, a través de un programa pionero en España, recibimos formación jurídica en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, dentro del curso de Asistente jurídico que se imparte junto a Fundación Esfera y Deloitte Legal.

El sitio web del Curso de Asistente Jurídico es:

Curso de extensión universitaria de Asistente Jurídico para personas con discapacidad intelectual - Universidad Rey Juan Carlos ([urjc.es](http://urjc.es))

Este curso, nos proporciona los apoyos que necesitamos para el aprendizaje de los contenidos jurídicos y para realizar las prácticas externas adaptadas a nuestras demandas, según el modelo de empleo con apoyo.

La hipótesis de la que partimos consiste en afirmar que la formación jurídica impacta de una forma positiva en la vida de las personas con discapacidad intelectual.

**Empleo con apoyo**  
es acompañar y ayudar a una persona con discapacidad para que pueda trabajar dentro de una empresa

Hemos enunciado esta hipótesis en las siguientes preguntas de investigación:

- ¿Cómo repercute la formación jurídica en la vida de las personas con discapacidad intelectual?
- Como ciudadanos, ¿conocer nuestros derechos nos da herramientas para denunciar situaciones de discriminación?, ¿nos ayuda a dejar de normalizar conductas u actitudes que no respetan la diversidad?, ¿nos hace más conscientes de nuestros deberes?, ¿nos ayuda a asumir papeles significativos en la vida pública?

- Una formación jurídica específica, ¿nos permite nuestra inserción laboral en el mundo jurídico como paralegales o como facilitadores?

Con este análisis, nos planteamos como objetivo: Identificar la eficacia de la formación jurídica en el ejercicio de nuestros derechos y de nuestra vida como ciudadanos, también nos planteamos nuestras posibilidades para lograr una inserción laboral cualificada.

En resumen, queremos conocer cómo impacta la formación jurídica en nuestra calidad de vida.

Objetivos específicos:

- Analizar las oportunidades de formación específica en derecho que hay en España para nuestro sector.
- Identificar cómo nos vemos a nosotros mismos como ciudadanos cuando estudiamos derecho.
- Visibilizar nuestro perfil laboral como asistentes en despachos de abogados, diferenciando nuestro perfil profesional de otros parecidos, como el de abogado junior.
- Estudiar qué oportunidades laborales surgen para nosotros con la entrada en vigor de la ley 8/2021 como personas con formación jurídica.

Metodología:

Para conocer estos objetivos, hemos utilizado diferentes metodologías:

Primero, hemos realizado un estudio de la oferta formativa que hay en derecho para personas con discapacidad intelectual. Para ello, hemos realizado una búsqueda en Google con las palabras clave: formación jurídica y discapacidad intelectual.

También, hemos revisado la web de la Federación de organizaciones de personas con discapacidad intelectual, Plena Inclusión.

Hemos consultado la web dirigida a la formación de la Comunidad de Madrid.

Hemos revisado la web de diferentes universidades de España.

Para realizar la búsqueda, no hemos considerado que la formación se tenga que realizar en entorno universitario.

Los pasos que hemos seguido son:

- Hemos realizado una reflexión conjunta sobre cómo ha evolucionado nuestra percepción como ciudadanos, con un cuestionario que hemos trabajado en clase.
- Hemos analizado nuestro perfil como futuros asistentes jurídicos, y hemos descrito qué tipo de rol laboral podemos desarrollar en el mundo jurídico con los aprendizajes y competencias que hemos conseguido durante la realización del curso.
- Hemos estudiado la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio y nos hemos preguntado ¿Qué papel podemos jugar en el nuevo escenario normativo como personas con discapacidad intelectual con formación en derecho?
- Hemos reflexionado entre todos, sobre cómo influye la formación jurídica en nuestras vidas.

Con esta comunicación queremos demandar:

- La necesidad de una oferta formativa inclusiva para las personas con discapacidad intelectual.
- El impacto que tiene en nuestras vidas, la formación jurídica que estamos recibiendo y en la imagen que la sociedad tiene de nosotros.
- Que podemos desarrollar un papel profesional propio en el mundo del derecho,
  - como profesionales paralegales en despachos de abogados y otros espacios del sector jurídico, como las notarías;
  - como facilitadores de otras personas con discapacidad intelectual, que se encuentran en procesos judiciales.

## 1. FORMACIÓN JURÍDICA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL: LA REALIDAD

Después de realizar una búsqueda en las diferentes webs, hemos detectado que en la práctica no hay formación jurídica para personas con discapacidad intelectual, ni en la universidad ni en otros entornos.

La formación que se oferta a personas con discapacidad intelectual tiene carácter generalista y está dirigida a un desarrollo profesional que nos vincula a trabajos de carácter mecánico y repetitivo.

Estos son los programas de formación para jóvenes y adultos con discapacidad intelectual, que se imparten en la actualidad en la Comunidad de Madrid:

- El centro Cisneros, adscrito a la universidad Complutense junto a la fundación Alapar imparten el proyecto Campus, dirigido fundamentalmente a la inserción laboral a través de una formación generalista, enfocada al ámbito de la hostelería, con formación en economía y comercio.

Este es el sitio web del proyecto campus:

<https://www.alapar.org/servicios-para-personas-con-di/formacion/campvs/que-es-campvs/>

- La Universidad Autónoma, en colaboración con la Fundación Prodis desarrolla el programa Promentor, que persigue la inserción laboral de jóvenes con discapacidad intelectual entre 18 y 30 años. La web del programa Promentor es <https://www.fundacionprodis.org/programas-servicios/promentor/>, es también de carácter generalista, y por ello la capacitación profesional de sus alumnos es muy diversa, ejerciendo funciones de auxiliar administrativo, auxiliar de óptica, auxiliar de clínica dental, auxiliar de centros comerciales, auxiliar de colegios, auxiliar de tiendas de coches, auxiliar de cámara de seguridad y auxiliar de aula de educación medioambiental.
- La Universidad Pontificia de Comillas junto a la Fundación Repsol-Down Madrid, oferta el programa Demos, que da acceso a distintos títulos propios (<https://web.upcomillas.es/centros/fd/demos.aspx>):

Educademos: “Técnico auxiliar en entornos educativos”.

Tecnodemos: “Técnico auxiliar en entornos tecnológicos”.

- La Universidad Complutense junto a la Fundación Apama y la asociación Adisli, oferta el programa Stunin, que son estudios universitarios inclusivos dirigido fundamentalmente el área de la organización de eventos y la comunicación audiovisual esta es su página web:  
<https://www.ucm.es/stunin/que-es-stunin>



Sus alumnos estarán preparados para trabajar en puestos de Auxiliar de congresos y eventos, Auxiliar de audiovisuales en cines o televisión o auxiliar en oficinas y servicios.

- También la universidad Complutense ofrece, junto a la fundación Achalay, el proyecto Liceo destinado a la formación en los ámbitos de Imagen y Sonido, Atención a la Dependencia y Cuidado de Animales. Esta es su web: <https://www.achalay.es/diversidad/liceo/>

Existen otros programas fuera de nuestra Comunidad Autónoma, que apuestan por formar a los jóvenes con discapacidad intelectual y formarles para entornos laborales a los que de manera habitual no tienen acceso.

Por ejemplo, la Universidad de Castilla-La Mancha con el programa Incluye e Inserta ofrece cursos para el desarrollo socio-laboral de personas con discapacidad intelectual. Esta es su página web:

<http://incluyeeinsertauctm.es/programa-academico/>, con dos cursos donde se abordan algunas materias de carácter jurídico.

La regulación del entorno laboral y la regulación del entorno laboral y del emprendimiento.

La Universidad Miguel Hernández, de Elche, oferta el programa UniDiversidad, en el que se imparte el taller auxiliar de tienda, que es proyecto de formación para el empleo y la vida autónoma puestos en marcha gracias a un programa financiado por Fundación ONCE en colaboración con el Fondo Social Europeo para mejorar la inserción laboral de los jóvenes con este tipo de discapacidad.

Los cursos de formación jurídica para personas con discapacidad intelectual que hay ahora mismo disponibles en España son:

- Curso de extensión universitaria “Asistente jurídico”, Universidad Rey Juan Carlos. Es un título que se imparte en la Universidad Rey Juan Carlos, Fundación Esfera y Deloitte legal. Dura dos cursos académicos y tiene 120 créditos en total. Cuenta con 120 horas de prácticas externas en despachos de abogados, centros ocupacionales y en la clínica jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos. Esta es su página web:  
Curso de extensión universitaria de Asistente Jurídico para personas con discapacidad intelectual - Universidad Rey Juan Carlos ([urjc.es](http://urjc.es))

- Formación itinerante en Derechos para personas con discapacidad intelectual o del desarrollo. Curso que imparten 4 entidades federadas de Plena Inclusión. La duración del curso es de 8 horas en total. El objetivo del curso es formar en derecho a las personas con discapacidad. Esta es su página web: CONVOCATORIA-CURSOS-DE-FORMACIÓN-EN-DERECHOS\_.pdf (plenainclusionmadrid.org)
- Curso de formador de formadores en derechos y liderazgo para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo. Este curso lo organiza Plena Inclusión y tiene una duración de 12 horas en total, el objetivo de este curso es capacitar a parejas, formadas por un profesional y una persona con discapacidad de una entidad federada para que adquieran los conocimientos básicos en derecho y replicar esta acción formativa en su entorno. Esta es su página web: Formador de formadores en derechos y liderazgo. Discapacidad intelectual (plenainclusionmadrid.org)
- Encuentro de autogestores: Cambios en la modificación de obrar. Es una jornada de 2 horas de duración. Y tiene como objetivo tratar la modificación del código civil sobre la discapacidad y la tutela. Esta jornada la organizan Aphisa y Aspadir. Esta es su página web: Cambios en la modificación de la capacidad de obrar | Encuentro virtual (plenainclusionmadrid.org)
- Los autogestores debaten acerca de los cambios sobre la discapacidad y la tutela que recogerá el Código civil. Jornada que se celebra para resolver las dudas de la jornada anterior. Los autogestores debaten sobre la modificación del Código Civil (plenainclusionmadrid.org).

Como puede verse, algunos de ellos son jornadas o encuentros para informar o resolver dudas. En los otros casos son cursos que por su duración solo da tiempo a informar de una manera superficial sobre los derechos de las personas con discapacidad intelectual. Y esto no es suficiente.

## 2. IMPACTO DE LA FORMACIÓN JURÍDICA EN EL ESTATUTO DE CIUDADANO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

Como hemos dicho antes, hemos reflexionado de manera conjunta para tratar de determinar cómo nos vemos a nosotros mismos como ciudadanos, y como estudiar derecho ha cambiado la percepción que tenemos de nosotros mismos, nuestras actitudes y nuestras acciones.

Preguntas del cuestionario
----------------------------

¿Qué te aporta estudiar derecho en tu vida? ¿Es importante la accesibilidad cognitiva? ¿Por qué? ¿Dónde crees que puedes trabajar cuando termines tus estudios? ¿Podemos ser facilitadores? ¿Por qué?
---

Pensamos que nuestras reflexiones son importantes, porque, aunque seamos solo siete estudiantes, somos los únicos jóvenes con discapacidad intelectual de España que están recibiendo un programa de formación jurídica pensado para nuestra inserción laboral en el mundo del derecho.

Estudiar derecho nos permite:

Poder ayudar a nuestros compañeros en problemáticas judiciales, administrativas, aprender a responder en un juicio y saber las funciones que tiene un abogado, y las que tiene un asistente de abogado, y poder ayudar a las personas con discapacidad para que tengan su propia independencia y poder desarrollar su vida privada. (Antonio José)

También, este curso refuerza mi planteamiento de ayudar en el futuro a las personas con discapacidad intelectual en sus problemas con la justicia o en realizar trámites con la administración para que no se sientan indefensos y solos en este sentido y mejorar la sociedad. (Miguel y Daniel).

Saber qué derecho tengo, Y usarlo para defenderme en mi vida diaria y laboral. (Sergio).

Conocer que derechos hay, me permite reconocer situaciones en las que no se cumplen en mi vida. (Jessica).

Saber que nadie puede tratarte mal o discriminarme por tener discapacidad o por cualquier otra condición y saber que las personas con discapacidad, tenemos el mismo derecho que los demás a mantener relaciones afectivas y sexuales, y a formar nuestra propia familia. (Miguel).

Estudiar derecho te hace consciente de que es muy importante seguir estudiando, sobre todo, que las niñas estudien, para salir de la dependencia. (Jessica).

Una de las conclusiones más importantes a las que hemos llegado es que la formación que estamos recibiendo no sería posible si los materiales jurídicos que estamos estudiando, no estuvieran en Lectura Fácil.

La lectura fácil es una herramienta de la accesibilidad cognitiva, necesaria no solo para las personas con discapacidad intelectual Si no para personas que tienen dificultad para entender o una capacidad mínima de lectura.

Por ello, la accesibilidad cognitiva es un apoyo para todos. Y como ciudadanos debemos comprender su importancia y demandarla, porque para participar y tomar decisiones importantes en nuestras vidas, tenemos que entender toda la información.

Entender toda la información nos protege y nos garantiza nuestro acceso a la justicia, cuando no entendemos estamos indefensos.

Estas son algunas de nuestras reflexiones sobre la importancia de la accesibilidad cognitiva:

La accesibilidad cognitiva es importante porque las personas con discapacidad tienen que entender los textos en lectura fácil u otros medios de comunicación, y también ayudar al resto de personas. (Iván).

Porque en todos los campos de la vida, antes de actuar hay que conocer y estar bien informado por ello, tenemos que tener el mejor acceso posible a los conocimientos de las materias y a la información. (Andrei).

### 3. EXPECTATIVAS DE INCLUSIÓN LABORAL EN EL MUNDO JURÍDICO. ESPECIAL REFERENCIA A LA FIGURA DEL FACILITADOR PROCESAL

#### **¿Qué estamos aprendiendo en el curso?**

#### **¿Qué tareas podemos desarrollar en un despacho de abogados?**

Durante los dos años que dura nuestra formación, estamos preparándonos para ser paralegales en un despacho de abogados y apoyarles en sus tareas.

Estas son las competencias que adquirimos cuando estudiamos las asignaturas del curso:

- Conocimiento general del derecho como herramienta para regular las relaciones sociales.
- Conocimiento de los derechos fundamentales, que aparecen en la Constitución y cómo hay que ejercerlos, en especial las personas con discapacidad intelectual.
- Conocimiento de los principios básicos del derecho civil, y de sus instituciones más importantes.
- Conocimiento de los principios básicos del derecho laboral y de sus instituciones más relevantes.
- Conocimiento de los principios básicos del derecho fiscal, y de sus instituciones más relevantes.
- Capacidad para realizar búsquedas en bases de datos jurídicas.
- Capacidad para identificar los problemas jurídicos relacionados con las personas con discapacidad intelectual y para realizar la derivación al especialista de la rama del derecho competente en cada caso.
- Conocimiento de los principales formularios y procedimientos administrativos y judiciales en el ámbito del derecho civil, fiscal y laboral.
- Desarrollo de tareas administrativas tales como seguimiento de plazos, cumplimentación de formularios solicitud de certificaciones y notas simples ante los registros, gestiones para la obtención de los NIE, solicitudes de documentación a traductores y notarios, procedimientos de legalización de documentos para el extranjero, o gestiones relativas a la solicitud de firma electrónica, entre otras funciones.
- Para aprender a realizar estas tareas, tenemos clases teóricas y también tenemos prácticas externas para poner en práctica todo lo que hemos estudiado.

La figura del paralegal está reconocida en otros países, sobre todo, en los países anglosajones. En España, la figura del paralegal también se va abriendo paso. Cada vez hay más demanda de este tipo de profesionales por parte de los despachos, el motivo es que necesitan personal cualificado que pueda realizar tareas que van más allá de labores administrativas, pero que no requieren colegiación. Esta es su web:

Despachos Abogados: Qué son los 'paralegals' y por qué hay tan pocos en los despachos españoles (elconfidencial.com)

Con los aprendizajes y las competencias que estamos adquiriendo, y los ajustes o apoyos necesarios, nosotros podremos realizar esas funciones y desarrollarnos profesionalmente como paralegales.

Hemos reflexionado sobre nuestras expectativas laborales y en qué trabajo nos vemos en un futuro. Por ello, hemos contestado a la siguiente pregunta: ¿Dónde crees que puedes trabajar cuando termines los estudios?

Esto es lo que pensamos:

- En despachos de abogados, juicios, juzgados, dar formaciones sobre derecho a otras personas con discapacidad, ayudar a hacer trámites a las personas con discapacidad. (Miguel y Daniel).
- En cualquier puesto digno porque en todos los trabajos es necesario el derecho. (Sergio).

Otra pregunta a la que respondemos es: ¿Podemos ser facilitadores? ¿Por qué?

También hemos estudiado el contenido de la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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.

Nosotros tenemos una gran inquietud por ayudar a personas que tienen discapacidad intelectual a enfrentarse al mundo del derecho.

Creemos que al compartir con ellos la discapacidad, podemos empatizar mejor con su situación, entenderles mejor y ayudarles aportando la visión que una persona sin discapacidad intelectual no puede aportar.

Pensamos que estamos capacitados para dar formaciones sobre temas jurídicos concretos a otras personas con discapacidad intelectual, por ejemplo, como se debe leer una nómina.

También, podemos ayudar a las personas con discapacidad intelectual a hacer trámites con la administración. (Miguel y Daniel).

Nosotros estamos estudiando para poder ayudar a otras personas, por ejemplo, poniendo textos en lectura fácil o poniendo pictogramas para que sepan encontrar mejor las cosas en distintos lugares públicos. (Antonio José).

Cuando una mujer es víctima de violencia de género, es atendida por otra mujer para que se siente más cómoda. Una persona con discapacidad intelectual se puede sentir mejor cuando le apoya una persona con discapacidad intelectual. (Miguel).

La ley 8/2021, en su artículo 7 bis, habla de la existencia de facilitadores, que son profesionales expertos que realizan tareas de adaptación para que la persona con discapacidad intelectual pueda entender y ser entendida.

Entendemos que la misión del facilitador, es explicar a la persona con discapacidad, qué es un proceso judicial quienes son las personas que participan de él, los distintos operadores jurídicos, qué va a ocurrir, cómo debe comportarse, cuáles son sus derechos, o por qué va al tribunal.

El facilitador ayuda a los operadores jurídicos para que puedan entender mejor a la persona con discapacidad intelectual, y para que ella les entienda mejor.

Nosotros estamos estudiando un título, donde adquirimos todos estos conocimientos. Sabemos el papel de cada operador jurídico en un juicio, y estamos estudiando procesal civil. Otros conocimientos los vamos a adquirir durante el próximo curso.

Cuando leímos por primera vez el artículo 7 bis de la ley, pensamos que nosotros no podríamos desarrollar esta tarea, creemos que es porque la ley se expresa de una manera que presenta a las personas con discapacidad solo como las que necesitan apoyos, pero no se plantea la posibilidad de que nosotros podamos ser el apoyo y facilitar a otras personas con discapacidad intelectual el acceso a la justicia y el derecho a entender los procedimientos judiciales en los que participen.

El artículo 7 bis de la Ley 8/2021, dice lo siguiente:

Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

Sin embargo, aunque la ley no nos incluya expresamente, nosotros estamos preparados para cumplir ese papel de facilitador y creemos que podemos aportar a la administración de justicia la propia experiencia de vivir la misma condición que la persona que necesita nuestro apoyo.

Después de aprobar la Ley 8/21 Pensamos que las personas con discapacidad vamos a tener un mayor protagonismo en el mundo del derecho.

Creemos que podemos desarrollar una labor importante como facilitadores no solo en el ámbito procesal, apoyando a las personas con discapacidad, también cuando participen en actos y negocios jurídicos, para que puedan entender bien lo que están haciendo y sean conscientes de sus derechos y obligaciones.

#### 4. CONCLUSIONES

El curso de asistente jurídico es la única oferta formativa en España que imparte formación jurídica en entorno universitario para personas con discapacidad intelectual.

Falta formación especializada para poder acceder a sectores cualificados del mercado laboral.

En nuestro grupo de trabajo concluimos que el impacto de la formación jurídica sobre nuestra vida cotidiana, y cómo nos vemos a nosotros mismos como ciudadanos nos empodera y nos hace parte activa de la sociedad.

Para que esa formación sea posible es imprescindible generar materiales jurídicos en lectura fácil. Esto es, garantizar el acceso a la justicia porque cuando el derecho se explica de manera clara, se entiende.

El curso nos abre dos posibilidades de inserción laboral en el mundo jurídico:

- una de ellas como paralegales,
- y otra como facilitador procesal.

Asumir estas salidas profesionales nos cuesta un poco, porque nunca se ha tenido en cuenta a las personas con discapacidad intelectual, como trabajadores cualificados.

Nos gustaría que las normas que regulan nuestros apoyos también nos contemplaran como una parte activa y protagonista del mismo sistema de apoyos y, en general, de este cambio tan importante que va a tener lugar en nuestro ordenamiento jurídico con la puesta en marcha de la Ley 8/2021.

Nos parece que nadie ha pensado que nosotros pudiéramos actuar como operadores jurídicos y como expertos facilitadores, pero podemos aprender derecho y colaborar en la administración de justicia cuando existe una oferta formativa adaptada a nuestra forma de aprender.

Pensamos que la figura de facilitador procesal va a precisar una regulación normativa, y no queremos que se nos invisibilice cuando esta regulación se lleve a cabo.





**Celia Prados García**  
Profesora Ayudante Doctora  
Universidad de Córdoba



## **REFORMA CIVIL Y PENAL EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA Y DERECHOS REPRODUCTIVOS**

### RESUMEN

Este trabajo analiza la adaptación normativa del derecho interno español, en materia de capacidad jurídica y derechos reproductivos, a los artículos 12 y 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En concreto, nos ocuparemos de la erradicación de las esterilizaciones no consentidas a personas con discapacidad, de la nueva regulación en materia de capacidad jurídica y de algunas de las cuestiones que la reforma ha dejado sin resolver.

### 1. INTRODUCCIÓN

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD, en adelante), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, marcó un hito al abordar la discapacidad desde un nuevo enfoque, el de los derechos humanos. La CDPD conlleva un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad al desarrollar un modelo social que persigue la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad en la sociedad. Este modelo entiende la discapacidad como una circunstancia en la que las restricciones personales no tienen su origen en las características de la persona, sino en la propia sociedad que no tiene en cuenta la situación de estas personas, generando barreras que las excluyen y discriminan.

El art. 12 CDPD, denominado igual reconocimiento ante la ley representa el eje sobre el que se vertebra la Convención. Este artículo aglutina todos los derechos reconocidos en la CDPD y es el máximo exponente del nuevo modelo social de la discapacidad y su tratamiento jurídico. Así, reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Lo hace prescindiendo de la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar; es decir, reconoce conjuntamente la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y la de ejercer dichos derechos y obligaciones. El artículo compromete a los Estados partes a reconocer la capacidad jurídica, en ese doble sentido, de las personas con discapacidad y ordena la adopción de medidas de apoyo necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho. Dichas medidas de apoyo deben respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. De ahí que deban desarrollarse las salvaguardias necesarias para evitar situaciones de abuso o de influencia debida. Por último, en su párrafo quinto explicita con varios ejemplos el derecho al reconocimiento de la persona con discapacidad como actor jurídico. Para ello los Estados partes deben tomar todas las medidas oportunas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias, heredar bienes, controlar sus asuntos económicos, así como tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos hipotecarios y otras modalidades de crédito financiero; también quedan obligados a velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria (art. 12-5 CDPD).

El artículo 23 de la Convención, rubricado *Respeto del hogar y de la familia*, recoge el derecho a contraer matrimonio, a fundar una familia, a tener acceso a la información y educación sobre reproducción y planificación familiar, así como a mantener la fertilidad en igualdad de condiciones<sup>1</sup>. Los derechos sexuales y reproductivos abarcan derechos humanos que reconocen el derecho del individuo a decidir libre y responsablemente si quiere tener relaciones sexuales, hijos, el número de los mismos, optar al uso de anticonceptivos de emergencia, de acción breve o de acción prolongada o permanentes, así como a disponer de la información y de los medios necesarios para garantizar una salud sexual y reproductiva plena. Así, se puede afirmar que las personas con discapacidad han dejado de ser consideradas únicamente destinatarias de políticas de control de la natalidad, pasando a ser consideradas sujetos de derechos sexuales y reproductivos.

El Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General n.º 3 advierte de los obstáculos que mujeres y niñas con discapacidad afrontan en

---

<sup>1</sup> Ha estudiado en profundidad el art. 23 CDPD: GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Editorial Reus, Madrid, 2019.

la mayor parte de los ámbitos de la vida. Dichos obstáculos generan formas múltiples e interseccionales de discriminación, quedando los Estados obligados a adoptar medidas que aseguren el disfrute pleno y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>2</sup>. Precisamente, con el propósito de ayudar a los Estados partes a cumplir con sus obligaciones de presentación de informes y aplicación de la Convención, elaboró esta observación general. En ella se ha resaltado que las cuestiones tratadas en el artículo 23 tienen importantes repercusiones en otros artículos de la Convención tales como el art. 6 (mujeres con discapacidad), 12 (igual reconocimiento como persona ante la ley), 13 (acceso a la justicia), 15 (protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 16 (protección contra la explotación, la violencia y el abuso), 17 (protección de la integridad personal) y 25 (salud), toda vez que el incumplimiento de las obligaciones positivas contenidas en el art. 23 vulnera también los derechos garantizados en estos artículos. Por ello, la Convención impone a los Estados obligaciones positivas: suministrar la información precisa sobre salud sexual y reproductiva, y facilitar los apoyos que pudiera necesitar la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. De otro lado, como obligación negativa: abstenerse de interferir en el ejercicio de estos derechos.

La ratificación del tratado obliga a los Estados partes a armonizar sus normativas internas para garantizar la plena igualdad de las personas con discapacidad. Sin embargo, pese a que la Convención forma parte de nuestro derecho interno desde el año 2008, en España se han practicado más de un millar de esterilizaciones forzadas, la mayoría de ellas en mujeres<sup>3</sup>. Práctica que evidencia la negación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, al tiempo que las priva de derechos fundamentales como es el control de su salud sexual reproductiva, contraviniendo la Convención y otros tratados de derechos humanos. Dicha práctica ha sido justificada por mitos tales como la incapacidad de las mujeres con discapacidad para ser madres y en las dificultades que puede ocasionar la discapacidad en las funciones reproductivas, atentando directamente contra el artículo 23 de la Convención. Así, la discapacidad se ha configurado en torno a una serie de prejuicios que justificaban la esterilización por el bien de la sociedad o la familia. En otros casos se considera que se actúa en interés de

<sup>2</sup> La discriminación múltiple hace referencia a una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, que conduce a una discriminación compleja y agravada. La discriminación interseccional hace referencia a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables.

<sup>3</sup> Un estudio reciente muestra información sobre la situación de las esterilizaciones no consentidas en Chile. Véase: YUPANQUI-CONCHA, A.; ARANDA-FARIAS, C.; FERRER-PÉREZ, V. A. “Violencias invisibles hacia mujeres y niñas con discapacidad: elementos que favorecen la continuidad de la práctica de esterilización forzada en Chile”. En: *Revista de estudios sociales* (Bogotá, Colombia), n.º 77 (2021), pp. 58-75.

la mujer con discapacidad, con el propósito de protegerla frente al abuso y frente a futuros embarazos no deseados. Esta percepción negativa, tan arraigada en la cultura popular y jurídica, surge de lo que se ha denominado “capacitismo”. Considerado como un sistema de valores que entiende que determinadas características típicas del cuerpo y la mente son fundamentales para vivir una vida que merezca la pena ser vivida (Montalvo y Bellver, 2020). El pensamiento “capacitista” considera la discapacidad como una enfermedad o desgracia que conlleva sufrimiento, restando valor a la vida humana (Montalvo y Bellver, 2020). En este sentido, el *Informe de Derechos Humanos y Discapacidad* (CERMI, 2021) alerta sobre que la reproducción sigue siendo un tema tabú:

“ya que en el imaginario colectivo una mujer con discapacidad sigue siendo considerada un cuerpo que debe ser controlado y su reproducción vigilada, ya que existe el riesgo de que las disfuncionalidades que supuestamente representa la presencia de una discapacidad se transmitan como herencia”.

En España la esterilización forzosa ha constituido una grave violación de derechos humanos de las mujeres con discapacidad. Esta práctica ha quedado enmarcada en un modelo paternalista que deniega los derechos humanos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad, entre los que se encuentra el derecho a conservar su fertilidad. Dicha práctica encontraba cobertura legal en el párrafo segundo del artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que permitía la esterilización acordada por el órgano judicial en el caso de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Dicha actuación podía tener cabida siempre que se tratase de supuestos excepcionales en los que se produjera un «grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil». La exención prevista en el referido artículo, que no hacía punible la esterilización acordada por órgano judicial, ha permitido la esterilización de miles de personas con discapacidad. Esto ha constituido una clara vulneración de los derechos humanos, por atentar directamente contra los artículos 12, 15 y 23 CDPD y del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que prohíbe expresamente las esterilizaciones no consentidas. En consecuencia, el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad ha mostrado su preocupación por el hecho de que las personas con discapacidad pudieran ser sometidas a esterilización sin un consentimiento otorgado libremente y previamente informado. Por ello, instó a que el Estado español suprimiese la esterilización no consentida y a que velase por el respeto a los derechos reconocidos en el art. 23 CDPD.

El proceso de adaptación normativa del derecho interno a la CDPD comenzó en 2011<sup>4</sup>, calando poco a poco en el derecho español. En este trabajo nos ocuparemos del análisis de la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente (LO 2/2020) y de la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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 (LAPD).

## 2. LA LO 2/2020, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL PARA LA ERRADICACIÓN DE LA ESTERILIZACIÓN FORZADA O NO CONSENTIDA

La LO 2/2020 contiene un único artículo que ordena la supresión del párrafo segundo del artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código

---

<sup>4</sup> Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones. Ley 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen General Electoral para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. LO 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de datos personales y garantía de los Derechos digitales. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Ley 8/2021, de 2 de junio, 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. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Ley 4/2015, 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito. Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones. Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Ley 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen General Electoral para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Ley 8/2021, de 2 de junio, 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.

Penal. El párrafo suprimido era resultado de una reforma que el legislador llevó a cabo a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la Ley Orgánica del Código Penal. Con respecto a la redacción anterior, de 1995, el precepto incorporaba novedades importantes con el propósito de adecuar el Código a la Convención. Así, se suprimieron el término “incapaz” y el requisito de que la persona tuviera una grave deficiencia psíquica, al tiempo que se incluyó el carácter permanente de la “incapacidad” para prestar consentimiento. Este cambio en la definición de la discapacidad implicó una aproximación al nuevo paradigma de la Convención, al rechazarse la terminología anterior, próxima al modelo médico-rehabilitador. Sin embargo, el legislador no aprovechó esta oportunidad para acatar las recomendaciones del Comité e integrar en nuestro ordenamiento jurídico los criterios de las Observaciones Generales, erradicando la figura de la esterilización forzosa. Por el contrario, se seguía permitiendo la esterilización no consentida, aunque ésta se contemplara con carácter excepcional. En caso contrario, no habría podido sostenerse este atentado contra los derechos sexuales y reproductivos de las personas cuya capacidad había sido modificada judicialmente (Benito, 2021). También quedaba vinculada a la existencia de un grave conflicto de bienes jurídicos, aunque cuesta identificar el bien jurídico con el que podía entrar en colisión la capacidad procreadora de una persona, para que ésta debiera ser sacrificada.

La Disposición Adicional Primera de LO 1/2015, de modificación del CP, ahora derogada, establecía que la esterilización debía ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resolvía, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal. También se exigía el examen por el juez de la persona afectada que careciera de “capacidad para prestar su consentimiento”. En su intento por adaptar la normativa interna a la Convención, la reforma era a todas luces insuficiente pues permitía la perpetuación de la vulneración de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, por mucho que se le otorgase un carácter excepcional. Por otra parte, implicaba la continuidad del paradigma médico, pues el procedimiento judicial quedaba determinado por los informes de los dos facultativos que, preceptivamente, debían dictaminar sobre la procedencia o no de la esterilización (Torres, 2020: 161). De esta forma, aunque la decisión correspondiera al juez, éste quedaba vinculado por la prueba pericial médica. Práctica a todas luces contraria a la CDPD, en especial, al art. 12, al ignorar la posibilidad de averiguar la voluntad de la persona, dotándola de los apoyos que pudiera precisar en la toma de decisiones sobre su salud sexual.

Por todo ello, en las Observaciones y Recomendaciones Finales al II y III Informe presentados por el Estado español, el Comité no solo recomendó la derogación del art.

156 CP, sino que le instaba para que adoptara medidas urgentes. Medida que ha llegado de la mano de la LO2/2020. Sin embargo, un sector de la doctrina considera que la derogación del párrafo segundo del art. 156CP no era necesaria para dar cumplimiento a la Convención, pues no contravenía el contenido del art. 23 CDPD (García Álvarez, 2021). Incluso se considera que la LO 2/2020 no sólo no soluciona los problemas de compatibilidad de la regulación española de la esterilización con el art. 23 CDPD, sino que los agrava, al impedir que la persona con discapacidad, que no puede prestar consentimiento, sea esterilizada (Pantaelón, 2021). En este sentido, Pastora García Álvarez (2021: 83) ha propuesto la reincorporación de un nuevo párrafo con el siguiente tenor:

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que quede acreditado la necesidad de tal intervención y que la misma redunde en el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.

Lejos de estos planteamientos, consideramos que la LO 2/2020 constituye un logro impulsado desde la sociedad civil de la discapacidad y «supone la corrección de una anomalía, de una patología de nuestro ordenamiento jurídico, que castigaba especialmente a las mujeres y adolescentes con discapacidad» (CERMI, 2021). A la luz de la CDPD la esterilización debe enmarcarse en el libre ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, como elección consciente de un medio anticonceptivo de carácter permanente, que deber ser realizada con pleno conocimiento y consentimiento válido del interesado (Paños, 2021). Para garantizar que esto sea así, la LO 2/2020 contempla la remisión del Gobierno a las Cortes Generales de un proyecto de ley de modificación de la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (LBAPIDC), y de la Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

### 3. LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL: EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA, APOYOS Y RESPETO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS

La LAPD es el resultado de un largo y complejo proceso de adaptación de la normativa interna a la Convención, especialmente al art. 12, que ha implicado cambios profundos en el Código civil y en otras leyes civiles. Tal y como sostiene María Paz García Rubio (2021), el objetivo de la reforma viene presidido por una idea central: que las personas con discapacidad tienen derecho a tomar sus propias decisiones, también cuando éstas tienen trascendencia jurídica, restringiéndose los supuestos en que



se permite la sustitución en la toma de decisiones de la persona con discapacidad. Para ello es preciso asegurar el respeto a la voluntad, frente al anterior modelo del mejor interés, que no tiene cabida en el art. 12.4 CDPD, tal como ha dejado claro el Comité de Derechos de las personas con discapacidad en su Observación General Primera, dictada en 2014 justamente para precisar el contenido y alcance del citado art. 12, y que debe ser sustituido por el de mejor interpretación posible de su voluntad y preferencias. En consecuencia, supone dejar que sea ella misma quien decida y actúe, ofreciéndole los apoyos que precise. Este cambio radical conlleva la desaparición del modelo de la sustitución en la toma de decisiones y el desarrollo normativo de un régimen de provisión de apoyos que garantice el ejercicio de la capacidad jurídica. Con carácter excepcional, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. Pero, en cualquier caso, deberá tenerse en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración en caso de no requerir representación (art. 249 CC).

Estos nuevos planteamientos de la discapacidad inciden profundamente en las bases del Derecho civil, y conllevan, necesariamente, un cambio de mentalidad, tal como advierte la propia Exposición de Motivos de la LAPD. Este cambio debe discurrir por un nuevo enfoque, el social basado en los derechos humanos, que nos aleje de antiguas visiones paternalistas, proteccionistas, propias del modelo médico de la discapacidad. Precisamente la Convención no solo llama a los Estados partes a examinar sus legislaciones para garantizar el derecho a la capacidad jurídica, sino que llama a una toma de conciencia respecto de las personas con discapacidad (art. 8 CDPD). Y es que el nuevo enfoque social de la discapacidad requiere adoptar medidas efectivas para sensibilizar a la sociedad, fomentar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas. Así lo ha entendido también la LAPD que considera necesario que la reforma vaya unida a una transformación de la mentalidad social especialmente, de los profesionales del Derecho.

La reforma civil en materia de discapacidad afecta a todo el ordenamiento jurídico. Así, modifica la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y, muy especialmente, el Código Civil, si bien quedan muchas otras normas pendientes de modificación y adaptación a la CDPD. La LAPD implanta un modelo que elimina la incapacitación y otorga preferencia a las medidas voluntarias, es decir, las elegidas por la propia persona, al tiempo que regula un régimen jurídico de provisión de apoyos. Sin embargo, en la aplicación de la ley se están encontrando obstáculos, no solo por parte de la Administración de Justicia, sino también de entidades y grupos sociales de gran relieve; de forma muy significativa, en entidades bancarias, administraciones públicas, centros

sanitarios y de atención a las personas con discapacidad, observándose un enorme desconocimiento de la nueva ley. De ahí la necesidad de difundir la LAPD, de acercarnos a la realidad de la discapacidad y dedicar los medios necesarios para garantizar la toma de decisiones, especialmente en el ejercicio de los derechos reproductivos. En este sentido, sostiene María José Segarra Crespo que queda pendiente la formación y acompañamiento de las familias y de las propias personas con discapacidad<sup>5</sup>. Y muy especialmente se requiere de la formación del personal al servicio de las entidades implicadas en la salud sexual y reproductiva de las personas.

#### 4. CUESTIONES PENDIENTES

Pese al carácter transversal de la Ley, se han quedado fuera de la misma la regulación de medidas que afectan a derechos fundamentales. Ello se debe a que esta reforma debe realizarse a través de Ley Orgánica, por formar la materia parte del contenido esencial de los derechos fundamentales (STC 129/1999, de 1 de junio; STC 131/2010, de 2 de diciembre de 2010; STC 132/2010, de 2 de diciembre).

En lo relativo a las esterilizaciones, queda pendiente la reforma del consentimiento informado, por lo que, en tanto no se lleve a cabo la oportuna modificación, es de aplicación el artículo 5.3 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAPIDC):

Quando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

En el artículo 9.3 LBAPIDC se fijan los límites del consentimiento informado y del consentimiento por representación, cuando el paciente no sea capaz de “tomar decisiones”. En el caso de que el paciente carezca de representante legal, el consentimiento será prestado por las personas vinculadas a ella por razones familiares o de hecho. También tendrá lugar el consentimiento por representación cuando el paciente tenga la “capacidad modificada” y así conste en la sentencia. No obstante, según el art. 9.6 LBAPIDC «la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente». En cuanto a la prestación del consentimiento, el

---

<sup>5</sup> Fiscal de Sala de la Unidad Coordinadora de Personas con Discapacidad y Mayores de la Fiscalía General del Estado.

art. 9.7 LBAPIDC establece que ésta será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre favoreciendo al paciente y respetando su dignidad personal. Por su parte, el art. 9.5 establece que «el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario». El consentimiento por representación representa, nunca mejor dicho, el modelo de sustitución de la voluntad, absolutamente contrario a la Convención y a la propia LAPD; lo que obliga a su aplicación e interpretación de manera acorde al tratado internacional en tanto se lleva a cabo la necesaria reforma.

En definitiva, en este momento coexisten dos modelos antagónicos: el modelo social, implantado tras la ratificación de la Convención y la LAPD, y, de otro, el modelo médico-rehabilitador que persiste en el art. 9.3 LBAPIDC. Este último modelo no es acorde con los postulados de la Convención, pues sustituye la voluntad de la persona en la toma de decisiones, negando el reconocimiento de la capacidad jurídica. Un contexto que requiere de una interpretación acorde a la Convención, orientado a que las personas con discapacidad puedan consentir su propia esterilización, garantizándose la provisión de apoyos si estos fueran necesarios para la toma de decisiones. Una cuestión que, como indica Eugenia Torres Costas (2020), tiene más de derecho civil que penal.

No obstante, en tanto se lleva a cabo la necesaria reforma de la LBAPIDC, con la expresa supresión del consentimiento por representación, se debe ir avanzando en otras cuestiones directamente relacionadas con el consentimiento informado y la difusión de la LAPD. En primer lugar, es preciso garantizar que la fase de información atienda a un diseño universal. Cuando la información facilitada por el personal sanitario no se encuentra disponible en un formato accesible o adaptado, no se está garantizando una información comprensible y adecuada, ni puede formarse libremente la voluntad. En estos casos, la inaccesibilidad constituye en sí misma una discriminación por razón de discapacidad. Tras la modificación operada en 2011, de adaptación normativa de la Convención, se añadió que cuando el paciente fuese una persona con discapacidad, se le debían ofrecer las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad. El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, reguló ampliamente la accesibilidad en el derecho a la vida independiente, contemplando una serie de condiciones básicas para la sociedad de la información, espacios públicos, medios de transporte y administraciones públicas, pero no así con el derecho a la protección de la salud. La Estrategia Europea para los Derechos de las Personas con Discapacidad 2021-2030 considera la accesibilidad un pre-requisito para la participación

plena de las personas con discapacidad<sup>6</sup>. Sin embargo, la Ley Europea de Accesibilidad, que propone el establecimiento de requisitos mínimos de accesibilidad en toda la Unión Europea, se centra únicamente en una serie de productos y servicios digitales, dejando fuera áreas como los servicios de salud, la educación o la vivienda<sup>7</sup>. De ahí que, siguiendo la Estrategia de la Unión 2021-2030 sobre el acceso a la atención de la salud basada en una atención médica inclusiva, accesible y centrada en la persona, resulte fundamental ampliar el alcance de la Ley de Accesibilidad al ámbito sanitario. El artículo 9 CDPD recoge las medidas que deben adoptar los Estados para garantizar la accesibilidad, como dotar a los edificios e instalaciones de señalización en Braille y formatos de fácil lectura y comprensión, así como ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios.

En segundo lugar, es esencial la formación jurídica al personal sanitario en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad. En concreto, sobre la incidencia del nuevo sistema de apoyos en la toma de decisiones. Para ello sería de gran utilidad la elaboración de buenas prácticas en la atención sanitaria desde el modelo social de la discapacidad, poniendo especial cuidado en las cuestiones relativas a los derechos sexuales y reproductivos.

## 5. CONCLUSIONES

En el proceso de adaptación normativa del derecho interno a la CDPD se han promulgado la Ley orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente (LO 2/2020) y la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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 (LAPD). La primera responde al enfoque social de la discapacidad que incorpora la CDPD y a las propias observaciones generales del Comité, que requería la derogación del párrafo segundo del art. 156 CP. Aunque también responde a la demanda mayoritaria de las personas con discapacidad. No obstante, a lo largo de este trabajo hemos podido comprobar que persisten los argumentos de un sector de la doctrina que considera que, en aras a la protección de las personas con discapacidad, debe mantenerse la esterilización –con carácter excepcional– siguiendo el modelo del mejor interés.

---

<sup>6</sup> European Commission (2021). Union of Equality. Strategy for the Rights of Persons with Disabilities 2021-2030. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

<sup>7</sup> Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de acceso de productos y servicios.

En lo que se refiere a la LAPD, constituye una de las leyes más avanzadas en el desarrollo del modelo propuesto por el art. 12 CDPD. En este modelo no resulta compatible la sustitución de la voluntad en la toma de decisiones, sino que debe garantizarse un adecuado sistema de apoyos cuando la persona los necesite, situando el interés de la persona con discapacidad detrás de su voluntad, deseos y preferencias. Sin embargo, ha quedado pendiente la regulación de medidas que afectan a derechos fundamentales. De tal forma que, en este momento, coexisten dos modelos antagónicos: el modelo social, implantado tras la ratificación de la Convención y la entrada en vigor de la LAPD y el modelo médico-rehabilitador, vigente en la LBAPIDC. Este último modelo no es acorde con los postulados de la Convención, pues sustituye la voluntad de la persona en la toma de decisiones, negando el reconocimiento de la capacidad jurídica. De ahí que consideremos que debe prevalecer la aplicación del modelo social, promoviendo un sistema adecuado de apoyos que garantice el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, muy especialmente en lo que a salud sexual y reproductiva se refiere.

Por último, es preciso reiterar la necesidad de adoptar medidas para sensibilizar a la sociedad y fomentar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas. Así lo ha entendido también la LAPD que considera necesario que la reforma vaya unida a una transformación de la mentalidad social, especialmente de los profesionales del Derecho, que extendemos a los profesionales sanitarios. Su papel es clave en el proceso de toma de decisiones de las personas con discapacidad que pretendan optar por la esterilización como método anticonceptivo, garantizando un consentimiento informado accesible y comprensible. En definitiva, una atención sanitaria más humanizadora, inclusiva y respetuosa con los derechos humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

- BENITO SÁNCHEZ, J. “Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente”. En: *Ars Iuris Salmanticensis: AIS revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 9, n.º 1 (2021), pp. 306-363. ISSN-e: 2340-5455.
- CERMI Mujeres. *Poner fin a la esterilización forzada de las mujeres y niñas con discapacidad*. Madrid, Ediciones Cinca, 2018. ISBN: 978-84-16668-48-9.
- CERMI Mujeres. *El derecho a la salud de las mujeres y niñas con discapacidad. Derechos Humanos de las Mujeres y Niñas con Discapacidad*. Madrid, Fundación CERMI Mujeres, 2020. ISBN: 978-84-18433-02-3.

- CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2020*. Madrid, CERMI, 2021.
- DE SALAS MURILLO, S.; MAYOR DEL HOYO, M. V. *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019. ISBN: 9788413133645.
- DÍAZ, L. A. y MUÑOZ, P. “Implicaciones del género y la discapacidad en la construcción de la identidad y la subjetividad”. *Revista Ciencias Salud Bogotá* (Colombia), 3, 2 (2005), pp.156-167. ISSN: 1692-7273.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. “La supresión del segundo párrafo del artículo 156 del Código Penal, por la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad, incapacitadas judicialmente.” En: *Revista de Derecho y Genoma Humano, Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n.º 54 (2021), pp. 57-84. ISSN: 1134-7198.
- GARCÍA RUBIO, M. P. “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”. En: *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, n.º 136 (2021), pp.46-62. ISSN: 1889-2299.
- GARCÍA RUBIO, M. P.; SEGARRA CRESPO, M. J.; CERRADA CRESPO, C.; LABRADOR JIMENO, I.; DE PRADA RODRÍGUEZ, M.; FUSTER BLAY, M.; PEREA GONZÁLEZ, A. (coord.), “Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil”, *Diario La Ley*, n.º 9980 (2021), pp. 1-22. ISSN: 1989-6913.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*. Madrid, Editorial Reus, 2019. ISBN: 978-84-290-2173-8.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.; MIRANDA ERRO, J.; FLORES, M. *Avanzando en la inclusión: balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad*, 2019. ISBN: 978-84-1308-048-2.
- MONTALVO, F. y BELLVER CAPELLA, V. “Priorizar sin discriminar. La doctrina del Comité de Bioética de España sobre derechos de las personas con discapacidad en un contexto de pandemia”. En: *IgualdadES* año n.º 2 y n.º 3 (2020), pp. 313-341. ISSN: 2695-6403. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.3>
- PANTALEÓN DÍAZ, M. “Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?”. En: *Diario la Ley*, n.º 9773 (2021). ISSN: 1989-6913.
- PAÑOS PÉREZ, A. “Esterilización forzosa de mujeres y niñas con discapacidad”. En: *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, coordinado por Gema Tomás Martínez y Ana Vidu Aflorai, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 475-495. ISBN: 978-84-1378-825-8 978-84-13788241.

- PRADOS GARCÍA, C. “La necesaria erradicación de la esterilización no consentida de mujeres con discapacidad desde el marco de los derechos humanos”. En: *IgualdadES*, año n.º 3, n.º 5 (2021), pp. 371-399. ISSN: 2695-6403. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.5.03>
- SOLE RESINA, J. “Las esterilizaciones no consentidas de personas con discapacidad”. En: *Actualidad civil*, n.º 5, 2019. ISSN: 0213-7100.
- TORRES COSTAS, M. E. *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2020. ISBN: 978-84-340-2646-9.
- VIVAS TESÓN, I. “La esterilización forzosa de mujeres y niñas con discapacidad”. En: Tomás, G. y Vidu, A. (coord.). *Mujer como motor de innovación jurídica y social* (en prensa). Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 1077-1097. ISBN: 978-84-1378-825-8 9788413788241.
- YUPANQUI-CONCHA, A.; ARANDA-FARIAS, C.; FERRER-PÉREZ, V. A.; “Violencias invisibles hacia mujeres y niñas con discapacidad: elementos que favorecen la continuidad de la práctica de esterilización forzada en Chile”. En: *Revista de estudios sociales* (Bogotá, Colombia), n.º 77 (2021), pp. 58-75. ISSN: 0123-885X. DOI: <https://doi.org/10.7440/res77.2021.04>

## Normativa

- España. *Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. BOE, núm. 274 de 15 de noviembre de 2002.
- España. *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. BOE. Núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061 a 27176.
- España. *Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente*. BOE, núm. 328, de 17 de diciembre de 2020, pp. 115646 a 115649.
- España. *Ley 8/2021, de 2 de junio, 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*. BOE, núm. 132, de 3 de junio de 2021.
- Europa. Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de acceso de productos y servicios. DOUE. 7 de junio de 2019.

NN.UU. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

NN.UU. CRPD/C/GC/1. Observación General núm. 1 (2014). Art. 1: *igual reconocimiento como persona ante la ley*.

NN.UU. CRPD/C/GC/3. Observación General núm. 3 (2016), *sobre las mujeres y las niñas con discapacidad*.





**Nuria Pastor Palomar**

**Profesora Asociada**

**UNED**



**ESPAÑA Y SUS OBJECIONES A DETERMINADAS RESERVAS FORMULADAS A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

**RESUMEN**

El tema de la comunicación aborda las objeciones formuladas por España a reservas presentadas por otros Estados a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La metodología utilizada consiste en el examen de la práctica de las reservas y las declaraciones interpretativas, que en sustancia pueden operar como reservas, formuladas a la Convención, así como las reacciones de otros Estados partes a estas declaraciones. Para este examen, se utilizan como fuentes la publicación en versión electrónica de las Naciones Unidas, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*, que contiene información relacionada con la Convención, incluidos los textos de las reservas y otras declaraciones, así como las reacciones a ellas. Asimismo, se utiliza el texto de la Convención y de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986. De especial interés resulta acudir a los informes y documentos sobre reservas aprobados por la Comisión de Derecho Internacional, muy particularmente a la “Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados” aprobada en 2011.

Tras unas consideraciones generales sobre el tema, en el trabajo se analiza, en primer lugar, la previsión sobre reservas a la Convención de 2006 y el régimen jurídico

aplicable. Ello permitirá conocer si es posible formular reservas a la Convención y en qué condiciones, así como los efectos jurídicos de las reservas, las aceptaciones y las objeciones a ellas. En segundo lugar, se examinan las objeciones presentadas por España, lo que requiere el estudio de las reservas que han sido rechazadas, así como del tipo de objeción utilizada. A estos efectos, se tendrán en cuenta las objeciones previstas en las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero también las surgidas de la práctica de los Estados relacionada con los tratados de derechos humanos, también de la Convención que nos ocupa. Finalmente, se realizan unas conclusiones en las que se valora el control sobre las reservas de los Estados parte, en este caso España. Ciertamente, las objeciones permiten evaluar y poner de manifiesto las reservas que pueden ser incompatibles con el objeto y fin de la Convención. Y cuando son incompatibles, no sólo merman la eficacia de los derechos reconocidos si no que, también, ponen en entredicho el nuevo modelo de discapacidad basado en los derechos humanos que adopta la Convención de 2006.

### CONSIDERACIONES GENERALES

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo se aprobaron el 13 de diciembre de 2006 por la resolución 61/611 de la Asamblea General. El 3 de diciembre de 2007 España ratificaría ambos instrumentos, que entrarían en vigor el 3 de mayo de 2008. Hoy, 183 Estados y la Unión Europea son parte en la Convención y 100 en el Protocolo<sup>1</sup>.

Al manifestar su consentimiento en obligarse, algunos Estados han modulado su participación en la Convención formulando reservas. España no ha presentado ninguna reserva, pero sí ha reaccionado a las formuladas por otros Estados parte que pueden mermar la plena efectividad de los derechos reconocidos y dificultar la adopción del nuevo enfoque de la discapacidad. Nos ocupamos de las objeciones presentadas por España, de la clase de reservas a las que ha manifestado su rechazo y del tipo de objeción por la que ha optado. Previamente, se hace una referencia a la previsión sobre reservas a la Convención de 2006 y al régimen jurídico aplicable.

---

<sup>1</sup> Estos datos así como las reservas y otro tipo de declaraciones formuladas por los Estados pueden consultarse en la publicación en versión electrónica de las Naciones Unidas titulada *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General* (<http://untreaty.un.org>, capítulo IV, tratado n.º 15 y 15.a. Última consulta: 1 de octubre de 2021).

## LAS RESERVAS EN LA CONVENCIÓN DE 2006

En la Convención de 2006 figura una disposición específica sobre reservas que recoge como criterio de admisibilidad su compatibilidad con el objeto y fin del tratado<sup>2</sup>. Dice el artículo 46: “1. No se permitirán reservas incompatibles con el objeto y el propósito de la presente Convención. 2. Las reservas podrán ser retiradas en cualquier momento”. El Protocolo Facultativo reproduce este texto en su artículo 14. Salvo la invocación de dicho criterio, los efectos jurídicos de las reservas, las aceptaciones y las objeciones o su control por el Comité no son tratadas en estos instrumentos.

A falta de normas específicas en el tratado, se aplica subsidiariamente el régimen sobre reservas establecido en las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículos 19 a 23). En virtud de este régimen, cuando se formula una reserva, los demás Estados contratantes determinan individualmente su validez y efectos jurídicos mediante el mecanismo de la aceptación y la objeción. La aceptación puede ser expresa -a través de una declaración unilateral escrita y comunicada a los demás Estados contratantes y facultados para llegar ser parte en el tratado, art. 23.1- y por falta de objeción, que es la habitual en los tratados, también en la Convención de 2006. Conforme al artículo 20.5 de las Convenciones de Viena: “A menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior”. Aceptada la reserva por un solo Estado, ésta produce los efectos jurídicos buscados (art. 20.4 c)<sup>3</sup> y permite al Estado autor ser contratante o parte en el tratado, al menos en sus relaciones con el aceptante (art. 20.4 a), e incluso con el objetante que no se oponga de forma inequívoca a ello.

<sup>2</sup> Este criterio se encuentra recogido en el artículo 19, apartado c) de las Convenciones de 1969 y 1986 sobre el Derecho de los Tratados. Conforme al mismo: “Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva esté prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figura la reserva de que se trate; o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado”.

<sup>3</sup> El artículo 21.1 de las Convenciones de Viena indica los siguientes efectos jurídicos de las reservas: “a) “modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma; b) modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva”.

Ciertamente, si los Estados objetan, pueden optar o no por la ruptura de relaciones convencionales con el autor de la reserva (arts. 20.4 b). Si optan por esta ruptura, el tratado no se aplica entre ambos Estados. Si se mantienen las relaciones convencionales, nos encontramos con una objeción simple o de efectos mínimos puesto que queda circunscrita a las disposiciones del tratado a las que se refiere la reserva.

Este régimen presenta lagunas y ambigüedades que han sido clarificadas por la Comisión de Derecho Internacional con la “Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados” aprobada en 2011 y que adopta la forma de “Código de prácticas recomendadas”<sup>4</sup>. Para ello se han tenido en cuenta las nuevas tendencias surgidas de la práctica institucional y estatal en el ámbito de los tratados de derechos humanos, también en la Convención que nos ocupa, como las consecuencias jurídicas de la reserva inválida.

El examen de las declaraciones formuladas a la Convención muestra que se han formulado reservas y declaraciones interpretativas a prácticamente todas sus disposiciones. Algunas de estas reservas, no obstante, plantean problemas sobre su compatibilidad con el objeto y fin del tratado, bien porque van dirigidas a disposiciones que ocupan un lugar central en la estructura del tratado, porque no admiten derogación en ninguna circunstancia, o expresan Derecho consuetudinario o, incluso *ius cogens* o porque están redactadas de forma general o vaga. Téngase en cuenta, además, que la Convención contiene numerosos derechos y obligaciones interdependientes y que la reserva puede afectar a esta interdependencia.

Asimismo, se constata que son dos tipos de reservas los que han recibido el mayor rechazo de los Estados, a saber, las que se refieren a disposiciones esenciales del Estado —en particular al artículo 15, relativo a la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y al artículo 18 de la Convención sobre la libertad de desplazamiento y nacionalidad—<sup>5</sup>, y las redactadas de forma general o vaga<sup>6</sup>. Por su parte,

---

<sup>4</sup> En sus sesiones 3118.<sup>a</sup> y 3120.<sup>a</sup> a 3125.<sup>a</sup>, celebradas del 5 al 11 de agosto de 2011, la Comisión de Derecho Internacional aprobó las directrices y comentarios que componen la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, incluidos una introducción a la Guía de la Práctica y un anexo en el que se enuncian las conclusiones y una recomendación de la Comisión acerca del diálogo sobre las reservas. Todo ello figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto periodo de sesiones, Suplemento N.º 10 (A/66/10)*, pp. 20-52, y en la adición a este informe (A/66/10/Add.1).

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, Malasia ratificaría la Convención con la reserva de que no se considera obligada por los artículos 15 y 18 de la misma. Su reserva recibiría las objeciones de Alemania, Austria, Bélgica, Eslovaquia, Hungría, Irlanda, Países Bajos, Portugal, Suecia y Suiza

<sup>6</sup> La reserva de Libia (que interpreta “el apartado a) del artículo 25, relativo a la prestación de servicios de atención médica sin discriminación por motivos de discapacidad, de manera que no contravenga la Sharia islámica y legislación nacional”) ha recibido 21 objeciones: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslo-

los Estados objetantes han utilizado la objeción que no impide la entrada en vigor del tratado con el Estado autor de la reserva. España forma parte de estos Estados.

## LAS RESERVAS OBJETADAS POR ESPAÑA

España ha reaccionado a la declaración interpretativa formulada por Tailandia, que recalifica como reserva, y a la reserva formulada por Corea, presentado una objeción por incompatibilidad con el objeto y fin de la Convención. Examinamos por separado ambas reservas, si bien presentan elementos en común pues las dos pertenecen a las denominadas reservas “vagas o generales”. Posteriormente, analizamos la objeción simple o de efectos mínimos escogida por España al manifestar su rechazo a ambas reservas.

### 1. La reserva de Tailandia

Tailandia formularía al ratificar la Convención (el 29 de julio de 2008) la siguiente declaración, que sería posteriormente retirada<sup>7</sup>:

“El Reino de Tailandia declara por medio de la presente que el artículo 18 de la Convención se aplicará bajo reserva de las leyes, reglamentos y prácticas nacionales de Tailandia”.

España presentaría una objeción a esta declaración (el 27 de julio de 2009)<sup>8</sup>, en la que se refiere a su naturaleza jurídica y a su posible incompatibilidad con el objeto y fin del tratado.

---

vaquia, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, México, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, Suecia, Suiza y la Unión Europea.

<sup>7</sup> El 5 de febrero de 2015 Tailandia informaría al Secretario General su decisión de retirar dicha declaración.

<sup>8</sup> El texto de la objeción es el siguiente: “El Gobierno del Reino de España ha examinado la declaración interpretativa formulada por Tailandia al ratificar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, relativa al artículo 18 de ese instrumento internacional.

El Gobierno del Reino de España considera que esta declaración interpretativa constituye una reserva que subordina la aplicación del artículo 18 de la Convención a la conformidad con las leyes, reglamentos y prácticas nacionales. Tailandia ha formulado una reserva que deja poco claro en qué medida se considera obligado por las obligaciones del artículo 18 de la Convención, lo que pone en tela de juicio el compromiso de Tailandia con el objeto y fin de la Convención en lo que respecta a los derechos asociados a la libertad de circulación, y nacionalidad.

El Gobierno del Reino de España recuerda que, en virtud del párrafo 1 del artículo 46 de la Convención, no se admitirán reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención. En consecuencia, el Gobierno del Reino de España se opone a la declaración interpretativa de Tailandia relativa al artículo 18 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Esta objeción no excluye la entrada en vigor de la Convención entre España y Tailandia”.

Ciertamente, una primera cuestión que se plantea respecto a la declaración formulada por Tailandia es su verdadera naturaleza jurídica. Su determinación resulta esencial puesto que de ello depende el régimen jurídico aplicable, más severo en el caso de las reservas. Calificada por el Estado como interpretativa, España en su objeción considera que constituye, en realidad, una reserva al “subordinar la aplicación del artículo 18 de la Convención a la conformidad con las leyes, reglamentos y prácticas nacionales”. En este sentido, el artículo 2.1.d) de la Convención de Viena de 1969 define la reserva como: “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. Se desprende de esta definición que hay neutralidad en cuanto a la terminología utilizada por los autores de la declaración unilateral, estando determinada su naturaleza jurídica por los efectos jurídicos que su autor se propone producir. Si es una reserva, su objeto es excluir o modificar -en sentido restrictivo- los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos. Cuando lo que busca la declaración es interpretar el tratado en su conjunto o algunas de sus disposiciones, esto es, precisar o aclarar su sentido o alcance, se trata de una declaración interpretativa.

Tratada la declaración de Tailandia como una reserva y a efectos de comprobar su compatibilidad con el objeto y fin del tratado, se observa que la misma se remite sin más precisión a las leyes, reglamentos y prácticas nacionales del Estado autor. Y como señala el Gobierno de España, esta remisión “deja poco claro en qué medida se considera obligado por las obligaciones del artículo 18 de la Convención”, esto es, no permite apreciar con claridad el compromiso del autor con las obligaciones derivadas del tratado. Respecto a este tipo de reservas, llamadas “vagas o generales” la directriz 3.1.5.2 de la Guía de la Práctica advierte que: “Una reserva habrá de redactarse en términos que permitan percibir su sentido, a fin de determinar, en particular, su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado”<sup>9</sup>. Como precisa el comentario a la directriz relativo a este tipo de reservas, “parece difícil, a priori, afirmar que son nulas ipso jure; la principal crítica que se les debe hacer es que no permiten apreciar si se cumplen las condiciones de su validez sustantiva. Por esta razón, se prestan particularmente bien a un “diálogo sobre las reservas”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> *Vid.*, la directriz 3.1.5.2 y su comentario en Doc. A/66/10, Add.1, pp. 375-379.

<sup>10</sup> *Ibid.* párr. 11.

Téngase en cuenta, además, que la reserva se refiere al artículo 18 de la Convención relativo a la libertad de desplazamiento y nacionalidad<sup>11</sup>. Y como han puesto de manifiesto otros Estados al objetar la declaración interpretativa, recalificada como reserva, formulada por Malasia a dicho artículo, se trata de una disposición esencial del tratado<sup>12</sup>.

## 2. La reserva de Corea

Corea ratificaría la Convención (el 11 de diciembre de 2008) con “una reserva en torno a la disposición relativa al seguro de vida, a que se refiere el punto e) del artículo 25”<sup>13</sup>. Tras examinar la reserva, España presentaría su objeción (el 3 de diciembre de 2009)<sup>14</sup>. En la misma, no se plantearía la naturaleza jurídica de la declaración que el autor ca-

---

<sup>11</sup> El texto del artículo 18 es el siguiente: “1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás, incluso asegurando que las personas con discapacidad: a) Tengan derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad y a no ser privadas de la suya de manera arbitraria o por motivos de discapacidad; b) No sean privadas, por motivos de discapacidad, de su capacidad para obtener, poseer y utilizar documentación relativa a su nacionalidad u otra documentación de identificación, o para utilizar procedimientos pertinentes, como el procedimiento de inmigración, que puedan ser necesarios para facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de desplazamiento; c) Tengan libertad para salir de cualquier país, incluido el propio; d) No se vean privadas, arbitrariamente o por motivos de discapacidad, del derecho a entrar en su propio país. 2. Los niños y las niñas con discapacidad serán inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán desde el nacimiento derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser atendidos por ellos.

<sup>12</sup> Así, Austria, Finlandia, Hungría, Irlanda, Países Bajos, Portugal o Suiza.

<sup>13</sup> El artículo 25, relativo a la salud, señala que: “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud”. En particular, respecto al apartado e), los Estados Partes: “prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable”.

<sup>14</sup> “El Gobierno del Reino de España ha examinado la reserva formulada por la República de Corea al ratificar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación con el artículo 25 e) de este tratado internacional. El Gobierno del Reino de España considera que la República de Corea ha formulado una reserva que no permite determinar claramente en qué medida la República de Corea ha aceptado las obligaciones dimanantes del artículo 25 e) de la Convención, lo que suscita dudas en cuanto al compromiso de la República de Corea con el objeto y fin de la Convención en relación con la provisión de seguros de vida no discriminatorios, justos y razonables.

El Gobierno del Reino de España recuerda que, en virtud del artículo 46.1 de la Convención, no son aceptables las reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención.

En consecuencia, España objeta la reserva formulada por la República de Corea en relación con el artículo 25 e) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Esta objeción no impedirá la entrada en vigor del Convenio entre el Reino de España y la República de Corea”.



lifica como reserva, pero, al igual que la formulada por Tailandia, el Gobierno de España destacaría las “dudas en cuanto al compromiso de la República de Corea con el objeto y fin de la Convención en relación con la provisión de seguros de vida no discriminatorios, justos y razonables”.

En efecto, esta reserva no remite sin más indicación a la Constitución, leyes, reglamentos y prácticas nacionales (como la formulada por Tailandia), o a los valores y principios del Islam, o religión oficial del Estado autor de la reserva (remisión realizada por otros Estados)<sup>15</sup>. Pero su formulación, su redacción imprecisa, no permite conocer con claridad el contenido de la reserva, su sentido y ámbito de aplicación exactos, por lo que también crea incertidumbre sobre las obligaciones efectivamente contraídas por el Estado en relación con el apartado e) del artículo 25, relativo al seguro de vida. De nuevo, por tanto, estamos ante una reserva vaga o general, a las que se refiere la directriz 3.1.5.2 de la Guía de la Práctica y que no permite apreciar si cumple las condiciones de su validez sustantiva, esto es, si es compatible con el objeto y fin de la Convención.

### **3. La objeción simple presentada por España**

Conforme al artículo 20.4 b) de las Convenciones de Viena: “la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria”.

España ha utilizado para las dos reservas la objeción simple o de efectos mínimos, esto es, la que no excluye la entrada en vigor de la Convención entre España y Tailandia o Corea. De esta manera, se mantienen las relaciones convencionales con el Estado autor de la reserva, pese a su invalidez por incompatibilidad con el objeto y fin de la Convención. Así lo ha querido expresar España aun cuando hay una presunción a favor de este tipo de objeción. Ahora bien, en la objeción no se indican las consecuencias o efectos jurídicos combinados de una reserva y una objeción, que según el artículo 21.3 de las Convenciones de Viena son los siguientes: “las disposiciones a que se refiera ésta no se aplicaran entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva”.

En este caso, hay una aplicación parcial del tratado entre el autor de la reserva y el autor de la objeción, puesto que las disposiciones a las que no se refiere la reserva son

---

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, la reserva formulada por Brunéi “El Gobierno de Brunéi (expresa) su reserva en relación a las disposiciones de la citada Convención que puedan ser contrarias a la Constitución de Brunéi y a los valores y principios del Islam, la religión oficial de Brunéi”.

aplicables entre ambos Estados. Sin embargo, no quedan claros los efectos concretos de la objeción, que incluso pueden confundirse con los de la aceptación, respecto a las disposiciones reservadas pues el artículo 21.3 se limita a indicar el derecho que no se aplica, sin indicar el que se aplica, entre ambos Estados<sup>16</sup>.

La Comisión de Derecho Internacional se ha referido a esta cuestión en la directriz 4.3.6 sobre los “Efectos de una objeción en las relaciones convencionales” de la Guía de la práctica<sup>17</sup>. Señala, al respecto, que pese a la redacción aparentemente complicada de la disposición, su sentido es claro en el entendido de que las relaciones convencionales entre el Estado autor de la reserva y el autor de la objeción quedarán amputadas de la disposición o disposiciones a que se refiera la reserva en la medida determinada por ella<sup>18</sup>. Y como se desprende del comentario a la directriz citada, si la reserva tiene por objeto excluir los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, el Estado autor de la objeción y el autor de la reserva no estarán obligados, en sus relaciones convencionales, por las disposiciones a que se refiere la reserva. En este caso, por lo tanto, la objeción produce los mismos efectos que una aceptación, dando lugar en ambas situaciones a las mismas relaciones convencionales entre el autor de la reserva y el autor de la aceptación o la objeción de efecto mínimo –la exclusión de los efectos jurídicos, o de la aplicación, de la disposición a que se refiera la reserva–, si bien en este último caso se está expresando un desacuerdo con la reserva<sup>19</sup>. La diferencia entre aceptación y objeción, sin embargo, es clara cuando se hace a una reserva modificatoria, pues en este caso ni el autor de la reserva ni el de la objeción estarán obligados, en sus relaciones convencionales, por las disposiciones del tratado en la forma en que se pretendía modificarlas por medio de la reserva (que así sería en el caso de la reserva aceptada). Así, no se aplica ni la obligación inicial –a la que el Estado autor de la reserva no le ha dado su consentimiento– ni la obligación modificada propuesta por la reforma –a la que se ha opuesto el autor de la objeción<sup>20</sup>.

De los cuatro Estados que han objetado la reserva de Tailandia (la reserva de Corea sólo ha recibido la objeción de España), Portugal ha presentado una objeción de igual

<sup>16</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., ANDRÉS, P.: *Curso de Derecho Internacional Público*, 3.ª ed., THOMSON CIVITAS, Madrid, 2002, pp. 212 y 213; MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.: *Flexibilidad y tratados internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp.125-131; RIQUELME CORTADO, R.: *Las Reservas a los Tratados: Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, Universidad de Murcia, 2004, pp. 291-293.

<sup>17</sup> *Ibid.*, la directriz y su comentario A/66/10/Add.1, pp. 496-508.

<sup>18</sup> *Ibid.*, párr. 17.

<sup>19</sup> *Ibid.*, párrs. 39 y 40.

<sup>20</sup> *Ibid.*, párr. 41.

tenor que la realizada por España. Sin embargo, Suecia y la República Checa han precisado los efectos jurídicos señalando que el tratado entra en vigor en su integridad entre los Estados, sin el beneficio de la reserva, añadiendo en la objeción de Suecia que la reserva es nula y no tiene valor. Son las objeciones de efecto supermáximo, por la que se declara separable la reserva nula y sin efecto jurídico del instrumento de manifestación del consentimiento de su autor, quedando éste vinculado por el tratado en su integridad.

Este tipo de objeción no está contemplado en las Convenciones de Viena, si bien éstas no tratan, al menos de forma expresa, la cuestión de las reservas sustantivamente inválidas: ni de las reacciones estatales a ellas, ni tampoco de sus efectos jurídicos<sup>21</sup>. Y aun cuando la propuesta de la Comisión en la Guía de la práctica es aplicar preferentemente la solución de la separabilidad de la reserva inválida<sup>22</sup>, la práctica de los Estados –como se constata en la Convención de 2006– no es uniforme, tratándose de una norma consuetudinaria en formación.

## CONCLUSIONES

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha tenido una amplia acogida en la comunidad internacional pues son numerosos los Estados, junto con la Unión Europea, que son parte en ella. La Convención establece un nuevo modelo de discapacidad basado en los derechos humanos y alejado de modelos de caridad y médicos. Sin embargo, las reservas formuladas por algunos Estados a la Convención muestran la dificultad en adoptar este modelo, como así ha advertido el órgano de control, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>23</sup>. Por ello, resulta esencial la labor del Comité y también el control de los Estados parte en la Convención objetando las reservas que pueden mermar la eficacia de los derechos reconocidos en la misma. España se sitúa entre los Estados que han objetado reservas, en particular las redactadas de forma general y vaga y que se refieren a disposiciones esenciales del tratado.

<sup>21</sup> Los efectos previstos son para “una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23”. Y estos artículos tratan de la validez sustantiva o material (art. 19), la aceptación (art. 20) y la validez formal (art. 23). Solo la reserva válida y aceptada sería capaz de producir los efectos jurídicos queridos por su autor. Sin embargo, el párrafo 3 del artículo 21, que trata de los efectos combinados de una reserva y una objeción, no reitera los requisitos de la validez material y formal de la reserva.

<sup>22</sup> *Id.* la directriz 3.3.3 titulada “Falta de efecto de la aceptación individual de una reserva en la validez sustantiva de la reserva” en A/66/10/Add.1, pp. 422-425; la directriz 4.5.1 sobre la “Nulidad de una reserva inválida”, pp. 525-536; la directriz 4.5.2 sobre las “Reacciones a una reserva considerada inválida”, pp. 536-541; y la directriz 2.6.13 sobre las “Objeciones formuladas tardíamente”, pp. 282-286.

<sup>23</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N.º 1 Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, 2014, CRPD/C/GC/1, párr. 3; Observación general N.º 6 Artículo 5: Igualdad y no discriminación, 2018, CRPD/C/GC/6, párr. 2.

Ahora bien, la práctica constata que reservas de similar o diferente tenor han sido objetadas sólo por algunos Estados parte. En otras palabras, una misma reserva es, al mismo tiempo, aceptada por silencio y objetada por incompatibilidad. Incluso las declaraciones interpretativas al artículo 12, relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley, que en esencia constituyen reservas y son contrarias al objeto y propósito de la Convención, no han recibido respuesta por parte de los Estados.

Pero la falta de objeción a una reserva no significa ni presupone que se haya tomado posición sobre su validez, como así señalaría el Comité de Derechos Humanos en su observación general 24<sup>24</sup>. Efectivamente, estos tratados presentan peculiaridades, sus trayéndose en gran medida a la lógica de la reciprocidad, por lo que no se prestan a la reacción de los Estados ya que tantos los aceptantes como los objetantes siguen obligados por las disposiciones reservadas en relación con los individuos sometidos a su jurisdicción, incluso si son nacionales del Estado autor de la reserva. Además, conforme a la postura que defiende la nulidad objetiva de las reservas –seguida por las objeciones de efecto supermáximo formuladas por algunos Estados–, éstas lo son por no cumplir los requisitos de validez, careciendo de efectos jurídicos, de manera que la nulidad es independiente de las reacciones de los Estados, de que las acepten o las objeten<sup>25</sup>. En otras palabras, la objeción a la reserva inválida no agregaría nada a su nulidad de pleno derecho.

No obstante, la falta de uniformidad en esta materia hace deseable que los Estados rechacen las reservas carentes de validez, aun cuando utilicen la objeción simple prevista en las Convenciones de Viena. Ciertamente, con la objeción los Estados manifiestan públicamente su posición sobre la invalidez de la reserva, contribuyendo a determinar esta cuestión y a entablar un diálogo sobre las reservas, que puede llevar al Estado autor a su retirada, como así ha sucedido con la formulada por Tailandia.

En fin, el compromiso real de los Estados con la Convención requiere su reacción a las reservas que puedan ser incompatibles con su objeto y propósito, como también que los Estados que presentan las reservas las formulen al menos con la claridad y precisión que permita apreciar si cumplen con dicha condición de validez.

---

<sup>24</sup> Comité de Derechos Humanos, Comentario general N.º 24 del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C21/Rev.1/Add.6, párr. 17).

<sup>25</sup> *Vid.* BOWETT, D. W., “Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties”, *British Year Book of International Law*, vol. 48, 1976-1977, pp. 67-92.



**Javier Martínez Calvo**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza

---

**PUBLICIDAD DE LAS MEDIDAS DE APOYO: EL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y LA PROTECCIÓN DEL TRÁFICO JURÍDICO\***

RESUMEN

La Ley 8/2021 ha eliminado la incapacitación judicial de nuestro ordenamiento jurídico y ha diseñado un nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad que se articula en torno a las figuras de la guarda de hecho, la autotutela y el defensor judicial. Además, la nueva Ley ha apostado decididamente por la autorregulación de la propia discapacidad, permitiendo que cualquier persona interesada pueda adoptar preventivamente las medidas de apoyo que precise, concediéndoles un carácter prevalente sobre las de origen legal. Y para hacer efectiva dicha preferencia, así como para tratar de garantizar la seguridad del tráfico jurídico, la publicidad registral de las medidas de apoyo ha pasado a desempeñar un papel crucial, pues permite que las medidas de carácter voluntario puedan ser conocidas por los órganos judiciales, así como hacer efectivo el principio de cosa juzgada y que los terceros que entablen relaciones jurídicas con la persona con discapacidad puedan tener conocimiento de la existencia de medidas de apoyo, resultando oponibles frente a ellos. Precisamente, el objeto del

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación MINECO: PID2019-105489RB-I00 «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», IIPP. M.<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo / Sofía De Salas Murillo.

presente trabajo es analizar el régimen de publicidad de las medidas de apoyo tanto en el Registro Civil como en el Registro de la Propiedad. Para ello, se abordarán distintos aspectos, como la determinación de los sujetos legitimados para solicitar la inscripción, su carácter obligatorio o facultativo, el contenido de la inscripción y, especialmente, el alcance de la publicidad de las medidas de apoyo y su posible colisión con el derecho a la intimidad de las personas con discapacidad. Al respecto, cabe anticipar ya algunas de las principales conclusiones a las que se ha llegado, como la obligatoriedad de practicar la inscripción en el Registro Civil (no así en el Registro de la Propiedad), la naturaleza no constitutiva de la inscripción o el carácter casi absoluto que el legislador ha otorgado al derecho a la intimidad de la persona con discapacidad, estableciendo un régimen de publicidad restringida que se extiende no solo a cuestiones relacionadas con la propia situación de discapacidad u otros aspectos relativos a la salud, sino también a la existencia misma de las medidas de apoyo; lo que en la práctica va a dificultar que puedan ser conocidas por los terceros que entablen relaciones con las personas que sean beneficiarias de las mismas.

## 1. INTRODUCCIÓN

El pasado 3 de septiembre entró en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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 (en adelante: Ley 8/2021), que tiene como principal propósito la adaptación de nuestro ordenamiento nacional a las previsiones recogidas en el ámbito del Derecho privado por la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante: Convención de Nueva York de 2006) y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007<sup>1</sup>, que en su artículo 12 establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; y que la Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha interpretado en el sentido de que han de suprimirse los regímenes basados en la representación y sustitución en la adopción de decisiones.

---

<sup>1</sup>De hecho, así lo reconoce el punto I de su Exposición de Motivos, que señala que *“la presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (...)”*.

A tal efecto, la Ley 8/2021 ha eliminado la incapacitación judicial de nuestro ordenamiento jurídico y ha diseñado un nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad en el que el respeto a la libre autonomía de la voluntad ha adquirido una importancia capital, situándose en el centro del sistema, lo que se manifiesta en diferentes aspectos: el reconocimiento de una mayor autonomía de actuación a las personas con discapacidad, la admisión de que la propia persona interesada inste el proceso de provisión de apoyos, el reforzamiento del derecho de la persona con discapacidad a participar en el seno del procedimiento de provisión de apoyos o la posibilidad de establecer medidas de apoyo de carácter voluntario.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 del Código Civil (en adelante: Cc.), el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad se articula en torno a tres instrumentos: la guarda de hecho, que se refiere a aquellos casos en los que una persona ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente; la curatela, que se aplica a quienes precisen el apoyo de modo continuado; y el defensor judicial, cuyo objeto es atender a situaciones coyunturales, como la necesidad de apoyo ocasional que no esté garantizado por otra medida voluntaria o fáctica, las situaciones de conflictos de intereses entre quien ejerza el apoyo y la persona con discapacidad, o la imposibilidad temporal de la persona que ejerza el apoyo.

Junto a ello, la Ley 8/2021 ha apostado decididamente por la autorregulación de la propia discapacidad, permitiendo que la persona interesada pueda tanto establecer el sistema de apoyo que precise como determinar su contenido y alcance. En este sentido, la nueva redacción del artículo 255.1 Cc. recoge expresamente la posibilidad de que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás prevea en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. De este modo, permite que el interesado decida en el momento en el que cuenta con plena capacidad de obrar cómo será la gestión de una eventual situación de discapacidad, anticipándose al momento en el que carezca de capacidad suficiente para adoptar una decisión sobre esta cuestión.

Además, la nueva regulación establece el carácter prevalente de las medidas voluntarias sobre las de origen legal<sup>2</sup>. De hecho, así lo señala expresamente el punto III de la Exposición de Motivos, al disponer que *“siguiendo los precedentes de otros or-*

---

<sup>2</sup> Vid. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n.º 3, 2018, p. 34.



*denamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad*". En el mismo sentido, el artículo 255.5 Cc. prevé que solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. En términos semejantes, el artículo 249.1 Cc. señala que las medidas de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.

En cuanto a las medidas concretas que puede adoptar una persona en previsión de una eventual situación de discapacidad, el Código Civil no las enumera, limitándose a señalar en su artículo 250.3 Cc. que "las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance". Sí que hace mención en el punto III de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 a las dos medidas que probablemente considera más importantes y a las que dota de una regulación específica: "*dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela*". Pero junto a los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela, el sujeto interesado también puede diseñar y establecer otras medidas de apoyo no tipificadas en la ley, cuando estas se adapten mejor a sus necesidades y circunstancias<sup>3</sup>.

Este nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad exige un reforzamiento de la publicidad ofrecida por los Registros públicos, con objeto tanto de garantizar la seguridad del tráfico jurídico como de hacer efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas voluntarias previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. No en vano, el punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 señala que el Registro Civil se convierte en una pieza central en el nuevo sistema; una previsión que creo que habría de extenderse también al Registro de la Propiedad.

El objeto de este trabajo es precisamente analizar el nuevo sistema de publicidad registral de las medidas de apoyo tanto en el Registro Civil como en el Registro de la Propiedad, centrándome especialmente en la colisión que puede producirse con el derecho a la intimidad de la persona con discapacidad, previsto en el artículo 22 de la Convención de Nueva York de 2006.

---

<sup>3</sup> Vid. PAU PEDRÓN, Antonio, "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n.º 3, 2018, p. 14.

## 2. LA PUBLICIDAD DE LAS MEDIDAS DE APOYO EN EL REGISTRO CIVIL

La normativa reguladora del Registro Civil prevé expresamente el carácter inscribible tanto de las medidas de apoyo adoptadas voluntariamente en previsión de una eventual situación de discapacidad futura como de las adoptadas judicialmente. En este sentido, el artículo 4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante: LRC 2011) dispone que son inscribibles en el Registro Civil los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes (décimo párrafo); así como las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (undécimo párrafo). También el artículo 77 LRC 2011 señala que es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. Además, el artículo 11 i) LRC 2011 incluye entre los derechos de las personas ante el Registro Civil el de promover la inscripción de determinados hechos y actos dirigidos a la protección de los menores, las personas mayores y otras personas respecto de las cuales la inscripción registral supone una particular garantía de sus derechos, como ocurre en el caso de las personas provistas de medidas de apoyo.

Pero la normativa va más allá de reconocer el derecho a la inscripción de las medidas de apoyo en el Registro Civil, dotando a la misma de un carácter obligatorio. En este sentido, el artículo 72 LRC 2011 señala que la resolución judicial dictada en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual de la persona con discapacidad; una inscripción que, de acuerdo con lo previsto en el mencionado precepto, expresará la extensión y límites de las medidas judiciales de apoyo. Por tanto, cuando el Juez establezca un régimen de curatela, provenga o no de una propuesta de autocratela, habrá de inscribirse en el Registro Civil. Para hacer efectiva dicha obligación, el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante: Lec.) prevé que el Letrado de la Administración de Justicia acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos de provisión de apoyos se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan. Y lo mismo ocurrirá con la escritura pública en la que se recoja la propuesta de autocratela formulada por el interesado o a través de la que se otorguen poderes y mandatos preventivos por parte de este. A tal efecto, el Código Civil dispone en su artículo 255.4 Cc. que el Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo adoptadas voluntariamente por el interesado al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante (*vid.* en el mismo sentido el artículo 260.2 Cc., referido de forma específica a los poderes y mandatos preventivos). Además,

el artículo 300 Cc. señala con carácter general que las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil.

Por tanto, en relación a la curatela, deberá inscribirse tanto la escritura pública que recoja la declaración de voluntad del interesado mediante la que propone un régimen de autocuratela (en caso de que exista) como la resolución judicial a través de la cual se proceda a la constitución de la curatela<sup>4</sup>; cuando se trate de poderes y mandatos preventivos, será necesario inscribir la escritura pública en la que se haya instrumentalizado su otorgamiento; y, en el caso de la guarda de hecho, como es lógico, solo accederá al Registro Civil cuando haya sido judicializada.

En cuanto a los efectos de la inscripción de las medidas de apoyo en el Registro Civil, lo primero que hay que señalar es que esta carece de carácter constitutivo<sup>5</sup>, ya que la normativa no exige su inscripción registral como requisito de validez. Por tanto, el principal efecto de la inscripción será dar publicidad de las medidas de apoyo.

No en vano, la inscripción en el Registro Civil de la escritura por la que se proponga un régimen de autocuratela o se otorguen poderes y mandatos preventivos permite que dichas medidas puedan ser conocidas por los órganos judiciales y que de este modo puedan velar por su efectividad, asegurándose de que la voluntad del interesado sea respetada. De hecho, el punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 pone de relieve como *“el Registro Civil se convierte en una pieza central, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas voluntarias previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes”*. Y para garantizar que la autoridad judicial tenga conocimiento de las medidas preventivas adoptadas por el interesado, el artículo 758.1 Lec. prevé que, una vez admitida la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que considere pertinentes sobre las medidas de apoyo inscritas (vid. también: punto V de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021).

Además, la inscripción en el Registro Civil permite hacer efectivo, frente a todos, el principio de cosa juzgada. En este sentido, el artículo 222.3 Lec. señala que, en las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad y medidas

---

<sup>4</sup> Vid. ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n.º 3, 2018, p. 111 y ss.

<sup>5</sup> Vid. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, cit., p. 49.

de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Junto a ello, la inscripción en el Registro Civil de las medidas de apoyo permite que los terceros que entablen relaciones jurídicas con la persona con discapacidad puedan tener conocimiento de su existencia y que resulten oponibles frente a ellos (art. 73 LRC 2011). Aunque lo cierto es que en la práctica los terceros van a encontrar serias dificultades para acceder a la publicidad de las medidas de apoyo del Registro Civil, ya que el legislador ha optado por someterlas a un régimen de publicidad restringida, por considerarlo necesario para garantizar el derecho a la privacidad de las personas con discapacidad, previsto en el artículo 22 de la Convención de Nueva York de 2006. En este sentido, el punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 señala expresamente que *“el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales, han llevado a considerar que las medidas de apoyo accedan al Registro como datos sometidos al régimen de publicidad restringida”*.

Para hacer efectivo lo anterior, el artículo 83.1 b) LRC 2011 incluye entre los datos objeto de publicidad restringida la discapacidad y las medidas de apoyo, lo que a mi modo de ver quizá resulte excesivo. Y es que, tiene sentido que la publicidad sobre la situación de discapacidad u otros aspectos relativos a la salud tenga carácter restringido, pues efectivamente, ello parece necesario para garantizar el derecho a la privacidad de las personas con discapacidad; pero no creo que sea preciso extenderlo a las medidas de apoyo. De hecho, creo que lo adecuado sería que la propia norma estableciera que, cuando se trate de la inscripción de medidas de apoyo, el asiento correspondiente no expresara todas las circunstancias contenidas en la resolución judicial o la escritura por la que se establecen, sino que se limitará a incluir la existencia y el contenido de las medidas, tal y como prevé el artículo 222 bis 2 de la Ley Hipotecaria (en adelante: LH) para la publicidad de las medidas de apoyo en el Registro de la Propiedad.

Téngase en cuenta que, el hecho de que la publicidad tenga un carácter restringido, supone que únicamente el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos (art. 84.1 LRC 2011). Y parece improbable que el afectado por una discapacidad o quien haya sido nombrado apoderado o curador autoricen a los terceros a fin de que puedan acceder al Registro Civil para consultar la publicidad acerca de las medidas de apoyo vigentes. De hecho, en muchos supuestos los terceros ni siquiera conocerán de la existencia de un apoderado o de un curador al que pedir autorización para consultar la información del Registro Civil.

Además, dudo que beneficie en nada a la persona con discapacidad impedir que los terceros puedan consultar la información disponible acerca las medidas de apoyo con las que cuenta; de hecho, es probable que incluso le perjudique<sup>6</sup>. Y es que, no solo comprometerá seriamente la seguridad del tráfico, sino que, además, puede desincentivar a los terceros a entablar cualquier tipo de relación jurídica con una persona respecto de la que tengan la más mínima sospecha de que pueda encontrarse en una situación de discapacidad<sup>7</sup>, pues, ante la imposibilidad de poder acceder al Registro Civil para conocer si existen o no medidas de apoyo, es probable que prefieran no arriesgarse a que el contrato pueda terminar siendo anulado. Téngase en cuenta que el artículo 1302.3 Cc. prevé que los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen, o por sus herederos<sup>8</sup>.

Por todo lo anterior, creo que sería mejor que, como venía ocurriendo hasta ahora, fuera el Encargado del Registro Civil quien decidiera en cada caso si existe o no un interés legítimo del tercero que pretenda acceder a él, y, con base en ello, admitiera o denegara el acceso.

---

<sup>6</sup> En términos semejantes se pronunció DOMÍNGUEZ LUELMO en la conferencia impartida en el Congreso “El Código Civil tras la reforma en materia de capacidad jurídica” celebrado los pasados días 24 y 25 de marzo de 2021 (vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Publicidad de las medidas en el Registro civil y el Registro de la Propiedad*, Universidad de Zaragoza, 2021).

<sup>7</sup> Y cuando los terceros entablen relaciones jurídicas con quien asuma la función de apoderado o curador representativo de la persona con discapacidad, la imposibilidad de acceder a la publicidad del Registro también puede provocar situaciones no deseadas. No niego que en estos casos la publicidad del Registro podría sustituirse por la exhibición por parte del apoderado o del curador representativo de la escritura por la que se otorga poder a su favor o de la resolución judicial en la que se constituye la curatela, pero entonces podría quedar comprometida la seguridad jurídica de la propia persona con discapacidad, especialmente en aquellos casos en los que las medidas de apoyo establecidas se hubieran extinguido. A modo de ejemplo, si el poder se hubiera extinguido y ello constara oportunamente en el Registro Civil, se evitaría la aplicación de la regla prevista en el artículo 1738 Cc., que señala que lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

<sup>8</sup> También puede anularse por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo, pero para ello es necesario que el tercero fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación (algo que, por hipótesis, no ocurriría en este caso) o que se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.

### 3. LA PUBLICIDAD DE LAS MEDIDAS DE APOYO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El artículo 755.2 Lec. prevé que las resoluciones judiciales por las que se establezcan medidas de apoyo para la protección de una persona con discapacidad podrán comunicarse también al Registro de la Propiedad. Ahora bien, encontramos dos importantes diferencias respecto al régimen de inscripción en el Registro Civil:

La primera, es que no está prevista la inscripción en el Registro de la Propiedad de las medidas preventivas adoptadas por el propio interesado, a diferencia de lo que ocurre en el caso del Registro Civil, en el que ya hemos visto que han de inscribirse la propuesta de autocratela y el otorgamiento de poderes y mandatos preventivos. Y es que, si atendemos al tenor literal tanto del artículo 755 Lec. como de los artículos 2.4 y 242 bis 1 LH, observamos que únicamente se refieren como posible objeto de inscripción a las resoluciones judiciales<sup>9</sup>. De acuerdo con ello, los poderes y mandatos preventivos no podrán ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, pues estos constan exclusivamente en escritura pública, sin que puedan constituirse en resolución judicial; y, en el caso de la autocratela, parece que solo podrá acceder al Registro de la Propiedad una vez que el Juez establezca el correspondiente régimen de curatela, y no por tanto la propuesta que el propio interesado haya llevado a cabo en escritura pública. Lo cierto es que en el caso de la propuesta de autocratela, creo que su inscripción carecería de relevancia práctica, pues hasta el momento en el que la curatela es establecida judicialmente no tiene ningún efecto frente a terceros. Pero no ocurre lo mismo con el resto de medidas voluntarias, y, en especial, con los poderes y mandatos preventivos, ya que en aquellos casos en los que afecten a la administración y disposición de los bienes sí pueden tener importantes efectos respecto a terceros, por lo que considero que deberían ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

La segunda diferencia respecto al régimen del Registro Civil es que, aun en aquellos supuestos en los que la inscripción en el Registro de la Propiedad resulta posible (como ocurre por ejemplo con la resolución judicial por la que se establezca un régimen de curatela, basado o no en una propuesta previa del interesado), esta no es obligatoria. De hecho, el artículo 255.4 Cc., que ya hemos visto que impone al Notario la obliga-

---

<sup>9</sup> Además, ni siquiera está prevista la posibilidad de practicar anotación preventiva del inicio de un procedimiento de provisión de apoyos, pues, aunque el artículo 42.5 LH permite pedir anotación preventiva al que inste ante el órgano judicial competente demanda de alguna de las resoluciones expresadas en el artículo 2.4 LH, lo excepciona precisamente en el caso de las relativas a medidas de apoyo a personas con discapacidad.

ción de comunicar de oficio al Registro Civil los documentos públicos en los que se establezcan medidas de apoyo, no recoge una previsión semejante para el Registro de la Propiedad; y, por si quedara algún tipo de duda, el artículo 755.2 Lec. señala expresamente que la inscripción solo podrá practicarse a petición de la persona en favor de la cual se haya constituido el apoyo. Con ello, el legislador se ha apartado de su intención inicial, que no era otra que dotar a la inscripción en el Registro de la Propiedad de carácter obligatorio. De hecho, durante la tramitación de la Ley 8/2021, tanto en fase de Anteproyecto (en la redacción que daba al art. 300 Cc.) como en el Proyecto de Ley elaborado para su tramitación parlamentaria (en la redacción que daba al art. 303 Cc.) se decía taxativamente que cuando las resoluciones judiciales afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles “se inscribirán” en el Registro de la Propiedad. A mi modo de ver, ello hubiera resultado muy positivo para garantizar la seguridad del tráfico, por lo que creo que debería plantearse la posibilidad de retornar a la idea inicial. En otro caso, considero que, como mínimo, habría de ampliarse la legitimación para solicitar la inscripción de modo que comprendiera al curador representativo, pues habrá muchos casos en los que la persona en favor de la cual se haya constituido el apoyo estará impedida para cursar dicha solicitud.

Por lo demás, cabe apuntar que, tal y como hemos visto que ocurre con el régimen del Registro Civil, la inscripción de las medidas de apoyo estará sometida a un régimen de publicidad restringida, con objeto de dar amparo al derecho a la privacidad de las personas con discapacidad previsto en el artículo 22 de la Convención de Nueva York de 2006. Al respecto, el párrafo 9 del artículo 222 LH, tras establecer la exigencia de que se proporcione información por telefax o comunicación electrónica, a elección del solicitante y con el valor de nota simple informativa, sobre el contenido del Libro Diario, en su caso, del Libro de Entrada, del Libro de Inscripciones y del Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles, recoge una excepción en lo atinente a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a personas con discapacidad. Además, la inscripción se practicará exclusivamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles (arts. 2.4 y 242 bis 1 LH), lo que creo que no termina de resultar del todo acertado. Y es que, me parece que hubiera sido conveniente que la inscripción se llevara a cabo también en el folio registral de la finca, ya que de este modo se facilitaría la publicidad de las medidas y se garantizaría notablemente la seguridad del tráfico. Y no creo que ello comprometiera en exceso la privacidad de la persona con discapacidad, pues el propio artículo 222 bis 2 LH prevé que, cuando se trata de la inscripción de medidas de apoyo, el asiento no expresará todas las circunstancias contenidas en la resolución correspondiente, sino que se limitará a incluir la existencia y el contenido de las medidas.

**Mercedes de Prada Rodríguez**

Directora académica del Centro de Estudios Garrigues

**Miriam Martínez Pérez**

Doctora en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia



**EL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD COMO UNA RAMA AUTÓNOMA  
DEL DERECHO: LA APLICACIÓN PRÁCTICA EN LA CLÍNICA JURÍ-  
DICA DEL CENTRO DE ESTUDIOS GARRIGUES**

RESUMEN

En la actualidad, son innumerables los ámbitos sociales en los que ha de velarse por la progresiva inclusión de las personas con discapacidad. En este sentido, la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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, junto con las disposiciones de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, suscrita en Nueva York en diciembre de 2006, ha supuesto la transformación de todos los mecanismos jurídicos existentes y del modelo de sustitución establecido por nuestro ordenamiento civil con el fin de lograr la verdadera inclusión de las personas con discapacidad. Desde el Centro de Estudios Garrigues hemos puesto en marcha la realización de diversas clínicas jurídicas en el ámbito de las personas con discapacidad para fomentar y coadyuvar a la eliminación de las barreras que dificultan su inclusión social.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor, el día 3 de septiembre de 2021, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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 (“LRAPD”), ha significado un



cambio histórico y ha conllevado una gran reforma del Derecho civil, sustantivo y procesal en materia de discapacidad<sup>1</sup>. La LRAPD es fruto y consecuencia de catorce largos años de camino, trabajo, lucha y reivindicaciones de muchos operadores jurídicos y organizaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidad. El objetivo era muy ambicioso: la transformación de todos los mecanismos jurídicos existentes y del modelo de sustitución establecido por nuestro ordenamiento civil con el fin de lograr la verdadera inclusión de las personas con discapacidad.

Desde la perspectiva de una realidad social innegable, la trascendental reforma operada por la LRAPD se basa en una concepción de la discapacidad en defensa de los derechos humanos, garantista, exigente y transformadora. Siguiendo lo previsto en los artículos 14 y 9.2 de la CE, y en su ingente desarrollo jurisprudencial, el binomio formado por los derechos humanos y la discapacidad ha sido finalmente refrendado por la acción del legislador.

Como señala GARCÍA RUBIO, a través de la LRAPD *«se da un giro copernicano a uno de los conceptos básicos de cualquier ordenamiento jurídico, cual es el de capacidad jurídica»; y, por ello, nos encontramos «ante una de las reformas más importantes realizadas en el Código Civil desde la entrada en vigor de la CE de 1978, tal vez sólo comparable con aquellas que tuvieron lugar en 1881»*<sup>2</sup>. En efecto, esta regulación supone un cambio de rumbo a nivel internacional habida cuenta que *«es el resultado de la interacción del principio de igualdad y no discriminación con el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica»*<sup>3</sup>.

En este sentido, muy recientemente se ha publicado la trascendental sentencia núm. 589/2021, 8 de septiembre, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que aplica, por primera vez, el régimen transitorio previsto en la LRAPD. El fallo estudia detalladamente el sistema de provisión de los apoyos que las personas

---

<sup>1</sup> Para un estudio sistemático y en profundidad del proceso de elaboración de la nueva Ley, sus retos y objetivos, vid., GARCÍA RUBIO, M. P., «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», artículo monográfico, Sepin, 2021, pp. 1-17. La autora concluye afirmando que: *«el legislador ha cumplido, con mayor o menor acierto, su parte; ahora es el turno de los operadores jurídicos y, sobre todo, se hace necesario un cambio de mentalidad en la sociedad sobre el modo de entender la discapacidad. Este trabajo es un intento modesto de contribuir a ese cambio que no es un capricho, sino una cuestión de derechos humanos»*.

<sup>2</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 173-174.

<sup>3</sup> PÉREZ BUENO, L. C., ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., «De las personas», en DE LORENZO GARCÍA, R., PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, cit., pp. 263-264.

con discapacidad puedan precisar para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. El Tribunal Supremo, en esta sentencia reveladora y pionera, indica que: *«la reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar «para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica», con la «finalidad (de) permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» (art. 249 CC). Sin perjuicio de la adopción de las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se acomoda a los criterios legales, y en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera»*<sup>4</sup>.

En un brillante análisis de las directrices legales previstas en el artículo 268 CC se afirma que las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad; es decir, han de respetar *«la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica» y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias»*.

Como hemos adelantado, el objetivo de la reforma viene presidido por una idea central: las personas con discapacidad tienen derecho a tomar sus propias decisiones, como se reconoce en el artículo 3 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, suscrita en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (“la Convención”), también cuando sus decisiones tengan transcendencia jurídica.

Asimismo, como consecuencia de la LRAPD, las personas con discapacidad tienen derecho a que esa toma de decisiones sea realizada con el apoyo que precisen; apoyo que el ordenamiento jurídico deberá prever para hacer posible su plena integración en el mundo jurídico<sup>5</sup>. Como acertadamente declara el Tribunal Supremo: *«la provisión*

---

<sup>4</sup> La Sala estima en parte el recurso de casación, dejando sin efecto la declaración de modificación de capacidad, se sustituye la tutela por la curatela, y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, se confirman y se completan. El TS entiende que, tras la reforma de la Ley 8/2021, desaparece de la regulación legal cualquier declaración judicial de modificación de la capacidad y, por tanto, la declaración de incapacidad debe suprimirse. Además, examina si la medida de apoyo se acomoda al nuevo régimen legal. Considera que el trastorno de la personalidad que afecta al interesado incide directamente en el ejercicio de su capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad de las medidas de apoyo asistenciales.

<sup>5</sup> ALCÁIN MARTÍNEZ, E., «Calificación jurídica de los “apoyos” a la persona con discapacidad como parte integrante del concepto de “alimentos” del artículo 142 del Código Civil», *Anales de Derecho y Discapacidad*, N.º 4, julio 2019, Año IV, p. 33, afirma que 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.

*de apoyos judiciales deja de tener un carácter preferente y se supedita a la ausencia o insuficiencia de las medidas previstas por el propio interesado. Y, en cualquier caso, como dispone el art. 269 CC, las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias». De este modo, la resolución concluye afirmando que: «no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal»<sup>6</sup>.*

Sin duda, nos encontramos en el inicio de una nueva etapa, llena de retos y oportunidades, en la que el discurso de la discapacidad, finalmente, se adapta al discurso de los derechos humanos y al mandato legal de la Convención.

Desde el sistema educativo y, en especial, desde la Universidad, se debe realizar un esfuerzo significativo y conjunto para cumplir lo dispuesto por el legislador y trabajar en la implantación y difusión del denominado por DE LORENZO GARCÍA y PÉREZ BUENO, «*Derecho de la Discapacidad*» y calificado como una auténtica y necesaria disciplina autónoma del Derecho<sup>7</sup>.

## II. BREVE APROXIMACIÓN A LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El objetivo de la 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, así como promover el respeto de su dignidad inherente<sup>8</sup>. Para ello, a lo largo de su articulado, se recogen y garantizan, entre otros: el derecho de igualdad y no discriminación; el derecho a la accesibilidad; el derecho

<sup>6</sup> STS de 8 de septiembre de 2021.

<sup>7</sup> DE LORENZO GARCÍA, R., PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, cit., p. 263. Los autores ponen de manifiesto, en su magnífico estudio del tratamiento jurídico de la discapacidad, la necesidad de un derecho de la discapacidad como una figura autónoma dentro de nuestro ordenamiento jurídico porque «existe sobrada evidencia que demuestra que las personas con discapacidad es el grupo social que presenta mayor situación de vulnerabilidad».

<sup>8</sup> Véase el art. 1 de la Convención.

de igual reconocimiento como persona ante la ley; y el derecho a la igualdad en el acceso a la justicia<sup>9</sup>.

En efecto, la Convención ha propiciado una nueva dimensión social de la discapacidad y, con objeto de lograr esta nueva concepción, en su artículo 12, bajo la rúbrica «*Igual reconocimiento como persona ante la ley*» proclama que las personas con discapacidad ostentan capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida. Para lograr su cumplimiento, obliga a los Estados firmantes a adoptar medidas para proporcionar a estas personas el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Hasta ese momento, en ningún otro instrumento internacional de derechos humanos ni tampoco en las disposiciones constitucionales se había contemplado la igualdad de las personas con discapacidad en relación con su capacidad jurídica. En este sentido, el artículo 12 de la Convención refleja la filosofía propia del modelo social de la discapacidad, que es el único plenamente coherente con la consideración de la capacidad jurídica como una cuestión de derechos humanos y con la exigencia de igualdad de las personas con discapacidad<sup>10</sup>. Por ello, se exige a los Estados introducir modificaciones en sus ordenamientos con objeto de remover todo indicio que contravenga el reconocimiento pleno y absoluto de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad<sup>11</sup>. En este contexto, la LRAPD se convierte en un instrumento necesario, además de decisivo e imprescindible, en la lucha por garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales y, de este modo, se elimina la discriminación de las personas con discapacidad a este respecto. Sin duda, esta reforma representa un hito fundamental en la consolidación de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos universales.

Tanto la valiente e innovadora acción del legislador como la importante y tan necesaria labor de los jueces y tribunales, ha sido y sigue siendo un instrumento decisivo en la lucha por garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales de las personas con discapacidad<sup>12</sup>. Más aún, teniendo en consideración que nos encontramos en un entorno social avanzado y que, en los últimos años, ha evolucionado

<sup>9</sup> Véanse, respectivamente, arts. 5, 9, 12 y 13 de la Convención.

<sup>10</sup> PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI-Ediciones Cinca, Madrid, 2008, expone las características esenciales en el tratamiento hacia la persona con discapacidad dentro de los de los tres modelos históricos del tratamiento de la discapacidad: prescindencia, rehabilitador y social.

<sup>11</sup> LORENZO GARCÍA, R., PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, cit., pp. 263-264.

<sup>12</sup> DE LORENZO GARCÍA, R., PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, cit., pp. 264-265. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de abril de 2009, las

en el respeto y conciencia acerca de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, siendo la LRAPD un claro reflejo de nuestra sociedad actual, comprometida, responsable y solidaria.

Ciertamente, esta es la filosofía y el propósito del legislador según lo expuesto en la Exposición de Motivos de la LRAPD: «(...) *más allá de las necesarias revisiones terminológicas, se han introducido los ajustes requeridos por la adaptación a la Convención*». Y que su objetivo es modificar «*el enfoque de la realidad*» para que sea «*más acertado*» y «*advierta*» sobre situaciones que, hasta ahora, habían pasado «*desapercibidas*», como que «*las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones*».

No debemos olvidar que «*aunque es cierto que el artículo 12.3 CDPD menciona los “derechos, voluntad y preferencias” de las personas con discapacidad*», la LRAPD, siguiendo la estela de la Observación General Primera del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2014, «*utiliza profusamente la fórmula de “voluntad, deseos y preferencias”, ya desde su artículo pòrtico (art. 249 CC)*»<sup>13</sup>. Este matiz no es baladí, pues reconocer y equiparar los «deseos» de las personas con discapacidad a sus derechos y preferencias supone respetar la dignidad de la persona, de la que deriva su poder de autodeterminación<sup>14</sup>.

---

Sentencias de 30 de junio y 30 de septiembre, ambas del 2014 que, en aplicación de la Convención, asumieron un criterio más flexible, aplicando las disposiciones legales con particular cautela y siempre teniendo en consideración la Convención y los derechos que en la misma se reconocen, parte de la premisa consistente en que la voluntad de aquellas debe ser respetada en relación directa con el reconocimiento de la capacidad y de la efectividad del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Sin duda, la labor orientadora del Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 7/2011, de 14 febrero, 77/2014, de 22 de mayo, 31/2017, de 27 de febrero, 85/2017, de 3 de julio) ha sido decisiva en la consecución de los principios que reflejan la reforma de la ley frente a la discriminación. En este sentido, nos parece oportuno transcribir las palabras de CALAZA LÓPEZ, teniendo en consideración el fin último de la reforma operada por la LRDA, que «*la humanidad es el remarcado remate final de un proceso garantista, ágil, flexible, económico y sencillo para las personas con distintas capacidades. Y es que en los particulares procesos dónde no cabe ofrecer a los justiciables la oportunidad de realizar actos de disposición de las pretensiones –por su radical naturaleza indisponible– y dónde, en consecuencia, resulta dudosa –acaso irrealizable en no pocos casos– la posibilidad de transferir a otros profesionales o a otros mecanismos de resolución de conflictos –arbitraje o mediación–, su «conflictividad», resulta evidente que el trato proferido por nuestros Jueces y Fiscales, nuestros Médicos, Psiquiatras, Psicólogos y demás profesionales implicados en los procesos judiciales, resultará muy relevante para el esclarecimiento de la realidad que se trata de enjuiciar, además de constituir una exigencia ética, moral y por supuesto, jurídica*» [en CALAZA LÓPEZ, S., «Jurisdicción voluntaria de personas con distintas capacidades: monitorios de colectivos vulnerables (1)», *Práctica de Tribunales*, núm. 145, Sección Estudios, julio-agosto, 2020, p. 22].

<sup>13</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Contenido y significado general de la...», cit., p. 3.

<sup>14</sup> El artículo 2 de la Ley reconoce su inspiración en una serie de principios, que reflejan de manera evidente las ideas esbozadas desde el modelo social; estos son: vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

### III. EL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD EN LA UNIVERSIDAD: LAS CLÍNICAS JURÍDICAS DEL CEG

Hasta ahora era evidente la desprotección por parte del sistema jurídico de las personas con discapacidad, ya que no podían ser titulares de derechos y actores conforme a la ley; es decir, se encontraban absolutamente imposibilitadas de crear, modificar y terminar cualquier relación jurídica en igualdad de condiciones.

En efecto, coincidimos con GARCÍA RUBIO en que esta reforma significa un punto de inflexión en nuestro ordenamiento: una profunda y revolucionaria modificación de las normas civiles y procesales<sup>15</sup>. Un cambio de paradigma en la concepción de la capacidad; reforma tildada de revolucionaria, profunda, radical y transversal, que afecta en el planteamiento más profundo de todas y cada una de las ramas del ordenamiento jurídico: al núcleo de la tutela judicial efectiva y el respeto a la capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad, priorizándose su libertad y desarrollo personal y familiar frente a la intervención judicial<sup>16</sup>. Los problemas jurídicos que plantea la discapacidad son muy complejos y se desarrollan *«con intensas vertientes tanto de carácter personal (la persona con discapacidad) como de carácter*

---

<sup>15</sup> Nótese que es necesario y urgente modificar otras leyes. Estamos absolutamente de acuerdo con la afirmación de GARCÍA RUBIO, M. P., «Contenido y significado general de la...», cit., p. 3, cuando indica que *«pero lo cierto es que, en atención al contenido de la reforma, todavía deberían haberse modificado muchas más normas, que siguen manteniendo en su letra el viejo concepto de capacidad incompatible con el que ahora se instaura. No puedo hacer ahora un rastreo exhaustivo de todas estas leyes, sin duda muy numerosas y que afectan a todas las ramas del Derecho, pero sí destacar la urgente necesidad de reformar las leyes sanitarias (muy en especial la Ley 41/2002, básica regulada de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, SP/LEG/3287), así como otras relativas a la investigación biomédica, todas las cuales siguen ancladas en la vieja concepción de la incapacitación o limitación de la capacidad, y que claramente contrarían la nueva regulación. En tanto todas estas leyes no sean modificadas, se plantea un problema interpretativo del máximo interés, cual es el de decidir si deroga la nueva ley posterior a las anteriores, o si estas han de prevalecer por su carácter especial frente al Código Civil, por ejemplo; problema que es preciso resolver cuanto antes y que se obvia si se adaptan ya al nuevo modelo. Igualmente será necesario modificar de modo urgente las reglas que afectan al contenido esencial de algunos derechos fundamentales de las personas con discapacidad, como son las relativas al internamiento forzoso que, por requerir el carácter de Ley Orgánica, han quedado al margen de la que aquí se comenta»*.

<sup>16</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Contenido y significado general de la...», cit., p. 2, recuerda *«que las competencias de algunas Comunidades Autónomas en materia de legislación civil, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1. 8.ª CE y los correspondientes Estatutos de Autonomía, implica que esta nueva regulación no va a ser aplicable, en su parte sustantiva estrictamente civil, a todo el Estado; en consecuencia, sigue pendiente la adaptación de los ordenamientos civiles autonómicos competentes en la materia. Por el contrario, tanto la reforma en materia de legislación registral (Ley de Registro Civil y Ley Hipotecaria) como procesal (Ley de Jurisdicción Voluntaria y Ley Enjuiciamiento Civil), son aplicables tout court en todo el Estado, como se desprende de los arts. 149.1. 8.ª y 149.1. 6.ª CE»*.

*social (la discapacidad como situación), que evidencian desde cualquier análisis posible, y sin lugar a dudas, la existencia de un centro de interés original, diferenciado y realmente cualificado respecto a otras ramas del Derecho»<sup>17</sup>.*

La existencia de esta realidad jurídica determina la imperiosa necesidad de su proyección en la educación, en general, y con la mayor celeridad en la universidad y enseñanza superior. Consideramos que es una prioridad absoluta implementar el aprendizaje del derecho de la discapacidad como una disciplina autónoma dentro de nuestro ordenamiento jurídico porque *«existe sobrada evidencia que demuestra que las personas con discapacidad es el grupo social que presenta mayor situación de vulnerabilidad»<sup>18</sup>.*

Buena prueba de esta necesidad es que, en ese largo y complejo camino hacia la inclusión, se constata, desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial, que la discapacidad *«se proyecta en todos los ámbitos y su estudio debe enfocarse desde una perspectiva holística, inclusiva y transversal»<sup>19</sup>.*

Desde las Clínicas Jurídicas del CEG, el alumnado y los profesores se acercan a los problemas reales de las personas con discapacidad. El principal objetivo es trabajar con las instituciones que amparan a estos colectivos y ponernos a su disposición para colaborar en asuntos y casos (tanto con carácter general como individual) en los que puedan requerir asesoramiento, acompañamiento, o una labor de investigación para su posterior aplicación práctica, entre otros. Queremos contribuir en ese necesario cambio de mentalidad de la sociedad y de todos los operadores jurídicos respecto a la discapacidad y los derechos humanos. En todo caso, nuestra intención es iniciar, desarrollar y trabajar con nuestros alumnos a través de esta metodología de aprendizaje; y cola-

---

<sup>17</sup> PÉREZ BUENO, L. C., ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., «De las personas», cit., pp. 263-264.

<sup>18</sup> PÉREZ BUENO, L. C., ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., «De las personas», cit., p. 263.

<sup>19</sup> Así, en el 2017 se celebró I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad que con el título: *«Nuevos horizontes en el Derecho de la Discapacidad: hacia un Derecho inclusivo»*, impulsando y constatando la existencia nuevos caminos de un nuevo derecho autónomo, independiente y transversal a todos los demás: el derecho de la discapacidad. En 2019, en el II Congreso Nacional de Derecho de la discapacidad sigue con el trabajo iniciado y *«Avanzando en la inclusión»*. Así, en el ámbito jurídico, el Derecho de la Discapacidad debe ser el mecanismo que determine la coordinación y conexión de los distintos sectores del Derecho. De este modo, el III Congreso Nacional *«El Derecho de la Discapacidad: una disciplina jurídica transversal»*, aborda la transversalidad desde una valoración crítica y práctica de la realidad, con la implantación real y efectiva de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad; en palabras de presentación de los organizadores del III Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad [disponible en: <https://tercercongreso.fderechoydiscapacidad.es/Paginas/Presentacion.asp> (fecha de consulta, 23.09.2021)].



borar en la ingente pero apasionante tarea que supone la creación de las bases del Derecho de la discapacidad en los múltiples contextos sociales que tienen importante trascendencia jurídica, como a continuación pasamos a exponer<sup>20</sup>.

Concretamente, desde el Centro de Estudios Garrigues, se han trabajado en diversas líneas de actuación para fomentar la inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad actual, entre las que cabe destacar las siguientes. En primer lugar, la inclusión de las personas con discapacidad en las organizaciones<sup>21</sup>. Y, en segundo lugar, el desarrollo de los principios que inspiran la adaptación de la normativa tributaria a las personas con discapacidad<sup>22</sup>.

## 1. La inclusión de personas con discapacidad en las organizaciones

### 1.1. *Presentación y objetivos del proyecto*

El reconocimiento de la discapacidad como una particularidad en la vida de las personas y la consecuente diversidad social que genera requiere del compromiso de la sociedad para la inclusión social de personas con discapacidad, evitando los prejuicios, estereotipos y enfoques sobreprotectores en los que solemos caer cuando hablamos de discapacidad.

Por ello, desde la Clínica Jurídica del Centro de Estudios Garrigues se ha elaborado la «*Guía de Buenas Prácticas para la Inclusión de las Personas con discapacidad en las Organizaciones*» en colaboración con la Fundación Derecho y Discapacidad y con el CERMI, con la finalidad de facilitar que las organizaciones potencien, desde la diversidad e inclusión, la empleabilidad del grupo social de personas con discapacidad, orientando la contratación de las mismas como una oportunidad y no como un imperativo legal<sup>23</sup>. A través de esta Guía se pretende normalizar la incorporación de las personas con discapacidad en las organizaciones, dando respuesta a preguntas que puedan surgirles e impulsando la toma de conciencia sobre las oportunidades que nacen de la contratación de este grupo social.

---

<sup>20</sup> DE LORENZO GARCÍA, R., PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, cit., p. 38.

<sup>21</sup> Esta Clínica Jurídica han participado las alumnas del Centro de Estudios Garrigues, PAULA CAÑAVATE FREIGE y BÁRBARA MARTÍNEZ GONZÁLEZ.

<sup>22</sup> Esta Clínica Jurídica ha sido elaborada bajo la coordinación de MARTA MONTERO SIMÓ, Profesora del Centro de Estudios Garrigues.

<sup>23</sup> La Guía se encuentra disponible al completo en: [http://www.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2016/12/Inclusi%C3%B3n-de-las-personas-con-Discapacidad\\_versi%C3%B3n-final\\_compressed.pdf](http://www.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2016/12/Inclusi%C3%B3n-de-las-personas-con-Discapacidad_versi%C3%B3n-final_compressed.pdf) (fecha de consulta, 23.09.2021).



## *1.2. Marco teórico: análisis del contexto sociolaboral de las personas con discapacidad en España*

El objeto del proyecto se centra en analizar el contexto de las personas con discapacidad en nuestro país, realizando una investigación de mercado para definir la situación sociolaboral de ese grupo social en España: calidad del empleo, índice de rotación, estabilidad y distribución por sectores y tipos de organizaciones. De esta investigación se han obtenido una serie de conclusiones que se exponen a continuación.

Las personas con discapacidad, como grupo en situación de mayor vulnerabilidad, a raíz de la crisis económica consecuencia de la alarma sanitaria de la COVID-19, han visto agravada su situación, cerrándoles puertas, incrementando la pérdida de empleo y obstaculizando su reinserción laboral.

En primer lugar, el escenario delimitado por la pandemia ha agravado el grado de afectación y vulnerabilidad del grupo social: i) una de cada ocho personas con discapacidad ha perdido su empleo a consecuencia de la pandemia y seis de cada diez, teme verse afectado por ella; y ii) el 33 por ciento de las personas con discapacidad empleadas se han visto afectadas por un ERTE. En segundo lugar, la calidad del empleo de las personas con discapacidad está definida por la precariedad laboral y la dificultad en el acceso al empleo: i) el 68 por ciento de las contrataciones que se han formalizado en el último año con personas con discapacidad han sido a través de contratos temporales vinculados en su mayoría al sector servicios. Ocho de cada diez personas con discapacidad desarrolla su actividad laboral en el sector servicios; y ii) el 53 por ciento de las personas con discapacidad se encuentran en desempleo, la mitad de ellas desde hace más de un año. Y, en tercer lugar, la mejora de los niveles de empleo de las personas con discapacidad pasa necesariamente porque todo el tejido empresarial esté obligado o no, decida incrementar la incorporación de personas de este grupo social en sus plantillas: i) el 73 por ciento de las contrataciones formalizadas con personas con discapacidad son de empresas que están obligadas legalmente a contratarlas por tener más de 50 trabajadores. Éstas representan el 1 por ciento de nuestro tejido empresarial; ii) el 98 por ciento del tejido empresarial español está formado por empresas de menos de 50 trabajadores, el grupo social que menos empleabilidad genera entre las personas con discapacidad; y iii) el 48 por ciento de las oportunidades laborales provienen de centros especiales de empleo.

Los datos obtenidos del VI Informe Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de trabajo en España, sumados a los elevados porcentajes de personas ocupadas en Centros Especiales de Empleo (48 por ciento de personas con discapacidad), evidencian: en primer lugar, las dificultades del grupo social para acceder al mercado laboral

ordinario formado esencialmente por Pymes, constituyéndose estas como un nicho clave para la inclusión laboral de personas con discapacidad. En segundo lugar, la relación directa entre imperativo legal y contratación de personas con discapacidad, siendo la normativa interpretada como una cuestión de cuotas de contratación sin atender al fin real de inclusión sociolaboral del grupo social. Y, en tercer lugar, el impulso de la inclusión de las personas con discapacidad desde el tejido empresarial de nuestro país es esencial para visibilizar e incluir de una manera real a este grupo en la sociedad. Todo ello refuerza la importancia de efectuar un cambio de paradigma sobre la concepción de la normativa jurídico laboral y permite plantear abiertamente cuál es la razón por la que ésta debe cumplirse. Por ello, la normativa es sólo una de las herramientas sobre las que las organizaciones deben apoyar su compromiso con este grupo social, estableciendo las políticas de sensibilización y acción necesarias para romper las barreras, prejuicios y sesgos preestablecidos.

La legislación sobre personas con discapacidad no debe sólo entenderse en lo referente al imperativo legal, sino al objeto de impulso e inclusión del grupo de personas con discapacidad en la sociedad; esto es, entender la incorporación de personas con discapacidad como una oportunidad de contribución y riqueza social y no como una cuestión de mínimos. En otras palabras, las personas con discapacidad han de tener iguales oportunidades que el resto de personas en el diseño y desarrollo de sus propios planes de vida, poniendo el foco en su derecho al trabajo y desarrollo profesional como elemento clave de inclusión y normalización del grupo social dentro de la sociedad.

### *1.3. Recomendaciones y líneas de actuación*

Sobre la base a las premisas arrojadas por la investigación sociolaboral de las personas con discapacidad y al objeto de incrementar el valor y utilidad del proyecto, el proyecto recoge una serie de sugerencias y recomendaciones en la gestión de personas con discapacidad en las organizaciones. Todas ellas son fruto del *feedback* obtenido en las distintas entrevistas realizadas a lo largo del proyecto a personas que conviven con la discapacidad; profesionales con discapacidad; colaboradores y gerentes de centros especiales de empleo, profesionales de recursos humanos, personas directivas en el área de Recursos Humanos o en fundaciones especializadas en discapacidad, laboristas, etc. A través de sus relatos, se ha estructurado un argumento sólido, transversal y de inestimable valor, en el que se exponen de manera unánime las siguientes pautas que se desarrollan en detalle en la *Guía de Buenas Prácticas para la Inclusión de las Personas con discapacidad en las Organizaciones*.

En primer lugar, la importancia de sensibilizar y educar a las organizaciones en discapacidad, así como la necesidad de traducir el compromiso de la organización con

la inclusión de personas con discapacidad, en la definición y planificación de objetivos concretos y plausibles. En segundo lugar, sobre la base de lo anterior, resulta indispensable que el compromiso de la alta dirección con la diversidad e inclusión y por ende con la incorporación de personas con discapacidad en las organizaciones, se traduzca en la definición de un proceso de afectación transversal, que incida en todas las áreas y niveles de la empresa y que sea planificado estratégicamente definiendo los principios sobre los que versará y los objetivos que pretenden alcanzarse (corto, medio y largo plazo). En tercer lugar, asegurar que el acceso y adaptación de toda la infraestructura, recursos y medios puestos a disposición por la organización no perjudican o impiden el desarrollo efectivo de las funciones de las personas, tengan o no discapacidad. Se trata de poner el foco en el «qué» debe realizarse y no en el por «quién». Esto proyecta una imagen coherente sobre los valores corporativos y el compromiso real de eliminar potenciales barreras o impedimentos en la incorporación de personas con discapacidad a las organizaciones. En cuarto lugar, educar y exponer las ventajas que nacen de la contratación de personas con discapacidad, con especial enfoque en la importancia de crear una cultura inclusiva y diversa que se proyecte a través de una buena estrategia de diversidad; tomando como objetivo prioritario el valor que las personas con discapacidad pueden aportar por encima de las motivaciones económicas o de cumplimiento de la normativa jurídico laboral. En quinto lugar, trabajar en la construcción progresiva y sólida de una cultura inclusiva y diversa que se proyecte a través de una buena estrategia de diversidad. Esto implica consolidar una cultura corporativa de diversidad e inclusión, con el objetivo de que las empresas potencien valores como la igualdad, integridad, responsabilidad y sitúen la identificación del talento de personas con discapacidad como motor de su política de Recursos Humanos. Crear entornos sensibles e inclusivos eliminando prejuicios y sesgos inconscientes y diseñando procesos que respondan a las necesidades de las personas y que al mismo tiempo contribuyan a la mejora de la competitividad corporativa. La inclusión de personas con discapacidad no termina con la incorporación de estas en las organizaciones.

En definitiva, para alcanzar una inclusión laboral exitosa es necesario apoyarse en acciones internas que persigan un «cómo y un por qué» que sirvan de guía, meta y propósito en cada política y proceso interno organizativo.

## **2. La fiscalidad y personas con discapacidad**

El Estado está obligado, en virtud de lo establecido en los artículos 49 y artículo 31.1 de la Constitución Española, a adaptar la norma fiscal a la realidad de la discapacidad para lograr la integración social del colectivo de las personas con discapacidad. Si bien es cierto que el sistema tributario español prevé beneficios fiscales y normas que minoran la tributación de las personas con discapacidad atendiendo a la menor ca-

pacidad contributiva que dicha situación provoca, hay todavía un largo camino que recorrer. Esta situación nos anima a analizar las normas reguladoras de la actual tributación de las personas con discapacidad, familiares o terceros que colaboran en su bienestar e integración social, y a formular propuestas que puedan incorporarse en políticas fiscales futuras. Además, existen dificultades en la interpretación de las normas fiscales vigentes; por lo que las personas a las que afecta directamente su aplicación y las entidades que las representan necesitan asesoramiento.

A continuación, se describen dos de los proyectos desarrollados sobre fiscalidad en la Clínica Jurídica del Centro de Estudios Garrigues. El primero es un trabajo de investigación jurídica y el segundo es un proyecto multilateral, que aporta interesantes peculiaridades organizativas.

## *2.1. Proyecto de propuestas normativas sobre fiscalidad y discapacidad*

### *2.1.1. Objeto del proyecto*

El punto de partida lo constituye la necesidad de desarrollar un Derecho de la discapacidad cuyo ámbito de aplicación se extienda a las personas afectadas, a sus familias y a las entidades o terceros que contribuyen a su integración social y laboral. Desde CERMI se han promovido numerosos estudios sobre fiscalidad y discapacidad, en los que se sugerían modificaciones normativas al hilo de las distintas reformas fiscales<sup>24</sup>.

Dada la necesidad de abundar en los fundamentos de un régimen fiscal especial, se planteó profundizar en primer lugar, en el estudio de los artículos 31.2 y 49 de la Constitución Española, con especial énfasis en el análisis del principio de capacidad económica. La persona con discapacidad necesita del apoyo del entorno familiar que soporta un sobreesfuerzo económico al tener que hacer frente a los gastos no cubiertos por el sistema público de salud. A ello se une que la dedicación de los familiares al cuidado de estas personas, normalmente no está retribuida, y les impide poder desarrollar un trabajo remunerado fuera del hogar con el consiguiente coste de oportunidad. La capacidad económica de los miembros de la unidad familiar se ve claramente reducida. En segundo lugar, se decidió analizar las normas específicas que prevén actualmente peculiaridades en la tributación, para pasar a formular propuestas de cambios

---

<sup>24</sup> Se ha trabajado especialmente con el Informe Fundación Derecho y Discapacidad (2018). *Discapacidad y Fiscalidad (II)*. Propuestas para una mayor inclusión social desde las políticas fiscales. CERMI y Ediciones Cinca.

normativos que afectan a distintos impuestos, en concreto: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre el Valor Añadido e Impuesto sobre Sociedades. También se consideraron las normas específicas previstas en tributos forales e impuestos locales. Dada la importancia de la figura del patrimonio protegido, su regulación y las propuestas de mejora, se tratarían de forma independiente. El objetivo último era plantear propuestas de cambios normativos.

### 2.1.2. Resultados del proyecto

El resultado final ha sido un informe titulado *«Análisis de beneficios fiscales aplicables a personas con discapacidad y a terceros que contribuyen a su bienestar e integración social»*.

En el informe se analiza la obligación de los poderes públicos de garantizar la libertad e igualdad efectivas de las personas con discapacidad y diseñar políticas fiscales como mecanismo para su consecución y se recogen más veinte propuestas para crear, recuperar o modificar beneficios fiscales. A dichas propuestas se llega tras la formulación de las siguientes conclusiones: en primer lugar, en la actualidad el debate en el seno de la discapacidad se centra en el modelo que debe adoptarse. Ya no se trata de un modelo «reparador» o «adaptativo», sino que es necesario alcanzar un modelo *«integrador»* o *«inclusivo»*. Hay que atender al principio de accesibilidad universal; en segundo lugar, debe unificarse el concepto de discapacidad a en todas las normas fiscales; en tercer lugar, es fundamental atender al criterio de capacidad económica, que se ve afectada no sólo en la persona con discapacidad sino también en su familia. Entre otros factores, por la dificultad para acceder al mercado de trabajo de las personas discapacitadas, la necesidad de ser apoyados por el entorno familiar y los costes de oportunidad de los familiares su cargo; en cuarto lugar, la cuestión de la fiscalidad de la discapacidad no puede abordarse de forma separada e individual por tributos, los incentivos fiscales a la discapacidad deben estudiarse respecto del sistema fiscal en su conjunto y articularse en el seno del Derecho Fiscal Especial a la discapacidad; en quinto lugar, tiene importancia no sólo de la tributación directa que, desde un punto de vista subjetivo, es la que permite un mayor impacto en el tratamiento de la fiscalidad de las personas con discapacidad sino también de la tributación indirecta; en sexto lugar, conviene un cambio de paradigma en el contexto internacional. La discapacidad es un fenómeno global que requiere de una actuación también global, por lo que el sistema tributario debe tener en cuenta estos cambios para abordar la realidad de las personas con discapacidad; y, finalmente, el objetivo último de cualquier actuación, incluida la introducción o modificación de beneficios fiscales debe ser favorecer una mayor autonomía personal de la persona con discapacidad.

En relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se propone: i) incluir un nuevo apartado 8 al artículo 68 de la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (“LIRPF”), que incorpore a la normativa estatal, una deducción para contribuyentes con discapacidad; ii) ante el anuncio de supresión de la actual reducción por tributación conjunta, incluir una nueva reducción cuando uno de los miembros de la unidad familiar tenga una discapacidad; iii) la eliminación de la obligación de declarar cuando los rendimientos obtenidos por el contribuyente provengan de actividades que tengan como finalidad principal dar visibilidad a la realidad de las personas con discapacidad; iv) la aplicación del mínimo por descendiente del artículo 58 de la LIRPF a la figura del guardador de hecho; v) la exención de parte de las rentas que perciba el trabajador con problemas de movilidad, en concreto, establecer una exención igual al importe de las cantidades que invierta en adaptar el vehículo propio a sus necesidades de movilidad.

En relación con el Impuesto sobre Sociedades entre otras, se plantean: en primer lugar, tres propuestas de modificación del artículo 35 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en el que se regula la deducción por I+D+i.: i) eliminar la mención a los servicios de la sociedad de la información a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de la deducción vinculada a personas con discapacidad; ii) Extender el concepto de software cuyo desarrollo repercute en favor de las personas con discapacidad al marco de las actividades de investigación, desarrollo o innovación tecnológica; y iii) suprimir el requisito consistente en que la actividad de I+D se lleve a cabo sin ánimo de lucro. En segundo lugar, se propone, crear una deducción por gastos de formación en capacitación y reciclaje de las personas con discapacidad. En tercer lugar, la ampliación del límite conjunto a las deducciones por I+D derivada del software avanzado para personas con discapacidad y la deducción por creación de empleo para personas con discapacidad, previsto en el artículo 39 de la Ley. En cuarto lugar, la reintroducción de la deducción por aportaciones realizadas a favor de patrimonios protegidos de los trabajadores. Por último, respecto del Impuesto sobre el Valor Añadido se propone: la exención relativa a prestaciones de servicios de hospitalización y asistencia sanitaria y la aplicación de tipos reducidos a las adquisiciones de material, equipos e instrumental para personas con discapacidad.

Asimismo, se estudia la regulación de la figura del patrimonio protegido, figura clave para garantizar la seguridad patrimonial y económica de la persona con discapacidad, detectándose problemas interpretativos en su regulación y formulándose propuestas de incentivos fiscales que promuevan, no sólo la constitución y dotación económica del patrimonio, sino también su mantenimiento.

## 2.2. *Proyecto multilateral Doctor Campos Castelló*

### 2.2.1. Objeto del proyecto

En esta ocasión, el objeto del proyecto era el análisis de las posibles exenciones fiscales relativas a la cesión de uso de inmuebles a la Asociación cuyo destino es la tutela y/o entrenamiento de las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo. Posibles modificaciones normativas que favorezcan la tributación de la cesión de uso de los inmuebles a asociaciones de utilidad pública. Para determinar estas últimas, es necesario un estudio previo de la fiscalidad de los distintos negocios jurídicos mediante los que puede ponerse a disposición de la asociación, para su uso, esos s inmuebles.

### 2.2.2. Resultados del proyecto

En este momento, el proyecto si bien está en fase avanzada, todavía, no ha finalizado. Los alumnos han elaborado un informe preliminar que será revisado y corregido por el equipo de abogados. Una vez finalizado, se procederá a comunicar a la Fundación Pro Bono y a la Asociación Dr. Campos Castelló, los resultados del trabajo realizado.

La multilateralidad de un proyecto añade elementos enriquecedores en el proceso de aprendizaje de los alumnos. El equipo de abogados marca las pautas del procedimiento a seguir; y los alumnos se integran en una estructura con clara delimitación de funciones. El trabajo se desarrolla sobre un caso real y dentro de una estructura de un despacho de abogados. A nuestro juicio, el aprendizaje sobre cómo trabajar es tan importante como el aprendizaje de contenidos.

El informe preliminar ha acotado el objeto de estudio estableciendo las siguientes premisas: en primer lugar, para que los cedentes puedan disfrutar de beneficios fiscales en la cesión de los inmuebles, es necesario que la Asociación sea declarada de utilidad pública, de modo que se le puedan aplicar los beneficios fiscales contemplados en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. En segundo lugar, se entiende que los inmuebles se destinan a viviendas y que, en ningún caso, se consideren locales comercial a efectos fiscales. Estos inmuebles se destinan a pisos tutelados y de entrenamiento de personas con discapacidad intelectual y del desarrollo. Y, en tercer lugar, el estudio se limita a la fiscalidad de titulares de los inmuebles residentes fiscales en España. Para el análisis de la tributación de los propietarios personas físicas, que ceden el uso de un inmueble a la asociación, se contemplan tres cauces legales distintos: la cesión de uso gratuita, la constitución de un derecho de usufructo a favor a la asociación Dr. Campos

Castelló y el alquiler por un precio inferior al de mercado. Atendiendo a todos los impuestos directos e indirectos que gravan las operaciones descritas, la cesión de inmuebles puede tener un mayor o menor coste fiscal para aquellas personas que quieran colaborar con la Asociación.

#### IV. CONCLUSIONES

La filosofía y el propósito del legislador, en esta trascendental y profunda reforma, es introducir el espíritu y los principios de la Convención y adaptar el tratamiento jurídico de la discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico. La necesidad de un Derecho de la discapacidad como una figura autónoma y transversal a todas las ramas del Derecho es innegable y nuestro deber es sensibilizar, concienciar y difundirlo entre toda la comunidad universitaria y todos los operadores jurídicos. Sólo así se conseguirá llegar a la verdadera inclusión social en el marco del respeto universal a los derechos humanos.

En este sentido y a través de la participación en los proyectos de la Clínica, los alumnos del Centro de Estudios Garrigues tienen la oportunidad de acercarse y conocer materias relacionadas con el Derecho a la discapacidad, asesorando, informado, resolviendo problemas, investigando de forma tutelada casos socialmente relevantes y participando en proyectos, estudios de investigación y de difusión que puedan resultar de interés para colectivos vulnerables o que requieran especial tutela de sus derechos. En definitiva, nuestro firme propósito es contribuir, desde todos los ámbitos y perspectivas, a esta apasionante tarea de desarrollar e impulsar “el Derecho de la Discapacidad” en nuestra sociedad.





**Ángel Bravo del Valle**

Abogado



**LA NECESARIA IMPLANTACIÓN DE PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN  
COLEGIALES EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES CONTRA PER-  
SONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL**

RESUMEN

- Tema: se aborda la necesidad de implantar en los Colegios en Abogados del país un protocolo de actuación que sirva de guía a los Letrados, tanto para los que actúan designados del Turno de Oficio como para los que intervienen designados de forma particular, a la hora de defender los intereses de sus clientes que puedan presentar una discapacidad intelectual.
- Metodología: análisis previo de la existencia de un Derecho de la Discapacidad, continuando con la imprescindible formación en dicha materia de los Letrados actuantes en procedimientos penales como Abogados defensores de personas con discapacidad intelectual y finalizando con un texto completo de propuesta de protocolo de actuación.
- Breve esquema del contenido: el contenido principal es la propuesta de implantación del mencionado protocolo de actuación, basado en el ya existente en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Dicho protocolo consta de 6 partes diferenciadas: tipos de discapacidad; cómo saber si una persona tiene discapacidad intelectual; mitos sobre la discapacidad intelectual; particularidades de la entrevista reservada; adaptaciones en la entrevista reservada; y actuaciones del letrado.
- Aportación personal o conclusiones: la conclusión fundamental es la imperiosa necesidad de implantar un protocolo como el que se propone, que sirva de co-

lofón a la formación de los Letrados defensores en procedimientos penales en los que se vean inmersas las personas con discapacidad intelectual. Con ello se evitarían los innumerables problemas derivados de la falta de detección de la discapacidad intelectual, que hacen sumamente difícil la consecución de la Justicia para las personas que presentan una discapacidad intelectual. El protocolo en sí mismo es la aportación directa y personal de la comunicación, como autor del protocolo aplicado en el ICAM.

*A fin de garantizar el derecho a un juicio justo, los Estados proporcionarán asistencia jurídica gratuita o a un precio asequible a los niños y las niñas con discapacidad en todos los casos, y a todas las demás personas con discapacidad en todos los procesos y procedimientos legales relacionados con violaciones de los derechos humanos o las libertades fundamentales, o que puedan afectar negativamente a esos derechos o libertades, en particular los derechos a la vida, la libertad, la integridad personal, la propiedad, la vivienda adecuada, la autonomía en la toma de decisiones y la integridad familiar. La asistencia jurídica debe ser competente y estar disponible de manera oportuna para que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones con las demás en cualquier procedimiento legal.*

De este tenor reza la Directriz 6.1 de los Principios y Directrices Internacionales sobre el acceso a la Justicia para las personas con discapacidad, publicados por la ONU a finales del año 2.020. Dicha directriz se inserta en el Principio 6: Las personas con discapacidad tienen derecho a asistencia jurídica gratuita o a un precio asequible. Todo ello debe ponerse en relación con el Art. 13.2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: *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.*

El Derecho a una asistencia jurídica de calidad por parte de las personas con discapacidad pasa, por tanto, por el cumplimiento previo de dos requisitos: el reconocimiento de la existencia de un Derecho de la Discapacidad; y la especialización de los Letrados en dicha materia.

Siguiendo al Profesor De Lorenzo, el Derecho de la Discapacidad es una inequívoca realidad, por su historia, autonomía y contenido, por el método, tanto de investigación como de enseñanza y por sus fuentes, tanto de producción como de conocimiento. El nacimiento de nuevas disciplinas jurídicas se produce por la disgregación de las tradicionales: (...) *sería el caso del derecho marítimo respecto del derecho mercantil, del derecho penitenciario respecto del derecho penal, del derecho*

*urbanístico respecto del derecho administrativo, del derecho de la seguridad social respecto del derecho del trabajo, del derecho presupuestario respecto del financiero o tributario, del derecho electoral respecto del derecho constitucional, del derecho espacial respecto del derecho internacional, entre otros (De Lorenzo, 2009).*

Sentada la primera de las premisas, debemos adentrarnos en el centro de la presente comunicación: la especialización de los Letrados. Y para ello creo que lo mejor es empezar al revés y acudir a la más reciente normativa: la Ley 8/2021 de 2 de junio, 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. Su Disposición Adicional Segunda establece la obligación de formación en medidas de apoyo a las personas con discapacidad por parte de todos los operadores jurídicos, incluidos los Colegios de Abogados en relación con sus colegiados.

La formación y el reciclaje continuo es una necesidad dentro de nuestra profesión, necesidad que la mayor parte de nosotros convertimos en autoexigencia. Como no podía ser de otro modo, dentro del Derecho de la Discapacidad, también lo es, y quizás más aún que en el resto de ramas del Derecho, pues en nuestras manos tenemos los intereses de personas especialmente vulnerables.

En los procedimientos penales en los que figuran investigadas o acusadas las personas con discapacidad intelectual, nuestra actuación como Letrados debe ser especialmente sensible y respetuosa para con los clientes. Pero ello pasa por conocer antes la existencia de dicha discapacidad intelectual. Sabemos sobradamente que, salvo el Síndrome de Down, o incluso el de Williams, la discapacidad intelectual no tiene cara, lo que dificulta a la mayoría de los operadores jurídicos conocer que el investigado es una persona con discapacidad intelectual.

En un gran porcentaje de casos, los procedimientos penales se siguen por los trámites del juicio rápido. Es en ellos donde los Letrados debemos hacer gala de toda nuestra cintura, y evitar a toda costa la prosecución de la causa como juicio rápido (y menos aún prestar una conformidad), si sospechamos que nuestro cliente puede presentar algún tipo de discapacidad intelectual, puesto que se hace imprescindible recabar toda clase de informes médicos y sociales, así como practicar una pericial médico forense con garantías, para saber si nuestro cliente presenta esa discapacidad que sospechamos y que pueda determinar la apreciación de la eximente del Art. 20.1 y 3 o de la atenuante del Art. 21.1 del Código Penal (alteraciones psíquicas o de la percepción).

En este tipo de procedimientos, el riesgo que corre una persona con discapacidad intelectual es muy elevado, puesto que los juicios rápidos se solventan en un gran nú-

mero de ocasiones con una conformidad, que, como bien sabemos, no es más que una declaración de culpabilidad, “premiada” con la reducción de la condena en un tercio. Pero si el encausado presenta una discapacidad intelectual, que puede que le impida conocer el verdadero alcance y consecuencias de dicha conformidad ¿cómo puede estar de acuerdo con una acusación?

Para tratar de paliar esos problemas en la medida de lo posible, los coordinadores del Área de Discapacidad y Dependencia del ICAM procedimos a elaborar un protocolo de actuación para que los compañeros del Turno de Oficio Penal (y por extensión el resto de Letrados que actúan de forma particular) pudieran apreciar en sus clientes la existencia de una discapacidad intelectual mental, y obrar en consecuencia, y para ello el protocolo ofrece una serie de pautas de actuación desde el momento de la detención. No podemos olvidar que, en la mayoría de los casos, las personas que presentan una discapacidad intelectual no informan a nadie (agentes de policía, funcionarios judiciales, o el propio Letrado) de esta circunstancia.

El protocolo, que entró en vigor el día 08/06/2016, se estructura en 6 partes: tipos de discapacidad; cómo saber si una persona tiene discapacidad intelectual; mitos sobre la discapacidad intelectual; particularidades de la entrevista reservada; adaptaciones en la entrevista reservada; y actuaciones del letrado.

Veamos en primer lugar los TIPOS DE DISCAPACIDAD. Hay diversos modos de clasificación de las clases de discapacidad. Según la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la Organización Mundial de la Salud:

Grupo 1: Discapacidades sensoriales y de la comunicación.

Grupo 2: Discapacidades motrices.

Grupo 3: Discapacidades mentales. Dentro de este grupo se incluye la Discapacidad intelectual (DI), además de las enfermedades mentales.

Grupo 4: Discapacidades múltiples.

Sin embargo, esta clasificación no es la más empleada en nuestro país, donde se utilizan habitualmente cuatro tipos generales de Discapacidad: intelectual, física, psíquica y sensorial. Las diferentes clasificaciones han dado lugar a que se empleen como sinónimos de DI otros términos como Discapacidad “psíquica” o “mental”. Estos términos aparecen en los informes que acreditan su Discapacidad.

Estas son clasificaciones oficiales. Sin embargo, en España somos muchos los que consideramos que la clasificación adecuada es la siguiente:

- Discapacidad intelectual o del desarrollo y enfermedad mental.
- Discapacidad física.
- Discapacidad sensorial.

Pero no perdamos el horizonte. Las clasificaciones son cambiantes. Y cualquiera es válida para nuestra labor.

El siguiente bloque del protocolo, quizás el más importante, es **CÓMO DETECTAR SI NUESTRO CLIENTE PRESENTA UNA DISCAPACIDAD INTELECTUAL**.

En primer lugar, podemos encontrarnos con la existencia de un reconocimiento oficial de la situación de discapacidad, que se plasma en la Notificación de Resolución sobre el Grado de Discapacidad, antes conocido como Calificación de Minusvalía. Este documento es emitido en la actualidad por los centros de evaluación de la Discapacidad, pertenecientes a las consejerías de las comunidades autónomas que tienen asumidas competencias en materia de políticas sociales. También pueden aparecer informes de este tipo emitidos por el IMSERSO, ya que era la entidad que gestionaba dichos certificados en el pasado. En los certificados o calificaciones se encontrará la siguiente información, toda ella recogida en el apartado “dictamen técnico facultativo”: tipo de discapacidad; grado de limitación en la actividad global; puntos sociales; grado total de discapacidad; necesidad de concurso de terceras personas; baremo de movilidad; tipo de discapacidad.

En segundo lugar, existen otros informes oficiales que se pueden aportar para acreditar una discapacidad intelectual:

- Valoración de la dependencia, que informa del nivel de apoyos que requiere la persona.
- Tarjeta acreditativa del grado de discapacidad, que incorpora de forma resumida la misma información que aparece en el dictamen técnico facultativo de la notificación de resolución sobre el grado de discapacidad.
- Dictámenes de escolarización, con los respectivos informes de orientación educativa, en los cuales aparece el término de “alumno con necesidades educativas especiales” para referirse a aquellos alumnos que parecen presentar algún tipo de discapacidad intelectual.

- Además de los informes oficiales, se pueden encontrar otros documentos (informes psicológicos o escolares) que, aunque no sean oficiales, pueden aportar información relevante acerca de la persona con la que se va a trabajar.

En el caso de carecer de documentos que acrediten la discapacidad, es importante preguntar directamente a la persona: “¿tiene usted reconocida algún tipo de discapacidad?”. En cualquier caso, no hay que perder de vista que la persona puede decir que no tiene discapacidad porque no ha sido valorada, pero también porque quiere ocultarla.

Por otro lado, no todas las personas con discapacidad intelectual han sido valoradas. En contra de lo que se suele pensar, la discapacidad intelectual no siempre se hace identificable a través del aspecto físico. Tan sólo podrán servir de guía los rasgos físicos en los casos en los que exista un síndrome subyacente, que hay que señalar que no representan más que un pequeño porcentaje de las discapacidades intelectuales y no todos ellos generan facciones características, como sucede en el síndrome de Down, como se ha anticipado al principio de la comunicación.

Es importante destacar que, en contra de las creencias habituales, la mayoría de las personas con discapacidad intelectual tienen cocientes intelectuales altos (entre 60 y 70 de cociente intelectual, cuando la media de la población general es de 100), es decir, el 85 % de las personas con discapacidad intelectual presentan unas limitaciones muy ligeras que no permiten la detección de la discapacidad. En estos casos, al preguntarle sobre aspectos neutros (tales como su edad, dónde vive, dónde trabaja, cuánto tarda en llegar a su lugar de trabajo o con quién vive), las siguientes manifestaciones pueden alertar de la presencia de una posible discapacidad:

- Pensamiento enlentecido.
- Limitaciones en la expresión y comprensión del lenguaje.
- Habilidad reducida para entender información nueva y compleja.
- Elevada deseabilidad social. En un alto porcentaje, las personas con discapacidad intelectual tienen una gran necesidad de agradar a sus interlocutores, en especial cuando éstos no presentan discapacidad intelectual.
- Tendencia a responder de manera aquiescente, es decir, en la misma dirección en la que estaba formulada la pregunta, simplemente confirmando o rechazando lo que en ella se sugiere.
- Carencia de pensamiento abstracto. Las personas con discapacidad intelectual suelen presentar pensamientos muy concretos, es decir, muestran dificultades para pensar acerca de elementos no sujetos a la experiencia.
- Proporcionan menos detalles cuando se les pide un relato libre.

- Mayor dificultad para incardinar un hecho en un tiempo y un espacio determinado.
- Dificultad para manejarse de forma independiente.

Conviene recalcar que las manifestaciones antes mencionadas no son específicas en exclusiva de la discapacidad intelectual. Una persona con demencia o bajo los efectos de algún tóxico, por ejemplo, también podría presentar la mayoría de las conductas señaladas.

Por el contrario, existen aún en la sociedad toda una serie de MITOS EN TORNADO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL de los cuales cualquier profesional debe deshacerse antes de intervenir con estas personas. A modo de ejemplo, los que frecuentemente afectan de forma negativa en el procedimiento judicial son los siguientes:

- “Las personas con discapacidad intelectual son problemáticas”. Es falso que sean incapaces de controlar sus impulsos, o que sean violentas.
- “Las personas con discapacidad intelectual tienden a inventar historias”. No es cierto que sean más mentirosas, más bien al contrario. Se cuenta con estudios que apuntan a que pueden tener más dificultad para elaborar mentiras complejas, ya que para ello se requiere un mayor esfuerzo intelectual. Se debe dar a su palabra la misma credibilidad que a la del resto de las personas.
- “Las personas con discapacidad intelectual no pueden regir sus vidas”. A pesar de contar con limitaciones en su funcionamiento cognitivo, tienen el mismo derecho que el resto de las personas a decidir acerca de sus vidas. Si su capacidad para decidir se ve afectada por sus limitaciones cognitivas, habrá que brindarles todos los apoyos que sean necesarios para paliar dicha dificultad.
- “Las personas con discapacidad intelectual son como niños”. Porque su experiencia vital es completamente diferente, no se debe equiparar su mentalidad con la de los niños.
- “Las personas con discapacidad intelectual carecen de sexualidad”. El que tradicionalmente se las haya tratado como a niños ha llevado a pensar erróneamente que son seres asexuados, o sin interés por la sexualidad. Este punto es especialmente importante tenerlo en cuenta en la defensa de delitos sexuales.
- “La sexualidad de las personas con discapacidad intelectual es desaforada”. Esta afirmación es completamente falsa. No existen diferencias entre el deseo sexual de estas personas y el del resto de la población. Sin embargo en los casos en los que se les niegan sus necesidades afectivas, o no se les permite tener acceso a la educación sexual, pueden desplegar, por desconocimiento, conductas sexuales inadecuadas.



Cuando mantenemos LA ENTREVISTA RESERVADA CON NUESTRO CLIENTE, nos podemos encontrar con algunas particularidades en su discurso que denoten la presencia de la discapacidad intelectual:

- Las contradicciones. Es frecuente que en las narraciones de las personas con discapacidad intelectual aparezca algún tipo de contradicción. En esos momentos es importante evitar la tendencia a pensar que está mintiendo.
- Los silencios. Las personas con discapacidad intelectual tienen unos ritmos más lentos en la elaboración de sus discursos, que conllevan una mayor presencia de silencios. Es muy importante respetar esos silencios, ya que lo contrario conlleva la pérdida de información relevante. También se hace imprescindible respetar sus tiempos, evitando corregirle o completar sus frases.
- El ritmo. Como ya se ha dicho, los tiempos en una conversación con una persona con discapacidad intelectual son diferentes. Por ello se debe tener en cuenta que después de cada pregunta que se formule se debe conceder un tiempo extra para que la procese, ya que la elaboración de la respuesta también les puede llevar más tiempo. Habrá que tener paciencia si la persona responde despacio, evitando interrumpir. También hay que proporcionar un tiempo extra entre la respuesta del cliente y la siguiente pregunta que formulemos por si quisiera añadirnos más información.
- La confusión. Muchas veces el lenguaje de la persona con discapacidad intelectual es confuso. Por ello, y de la misma manera que pedimos a cualquier persona detenida si no ha entendido algo, también debemos hacerlo con una persona que pueda presentar una discapacidad intelectual, no teniendo temor a preguntar todas las veces que sean necesarias hasta que se entienda a la perfección el mensaje que se quería hacer llegar, y nunca haciendo responsable al cliente, directa o indirectamente, de una posible falta de entendimiento entre ambos.
- La inseguridad. Puede llevarles, ante una inadecuada actitud por parte del Letrado o por una mala formulación de las preguntas, a contestar bajo la influencia de la deseabilidad social y la aquiescencia.
- La deseabilidad social. Presente en casi todas las personas con discapacidad intelectual, se refiere a la tendencia a responder exclusivamente para contentar al entrevistador, independientemente de si la respuesta es veraz o falsa.
- La aquiescencia. Se refiere a la tendencia a responder que “sí”, en la misma línea que esté formulada la pregunta; o en función de los fenómenos de primacía o recencia, es decir, tomando la primera información de la pregunta o la última respectivamente. A este respecto cabe recordar que, precisamente por la susceptibilidad de estas personas a responder de manera aquiescente, es especialmente importante ser muy cautelosos a la hora de formular las preguntas y ver cómo reacciona en sus respuestas.

Ante las peculiaridades que hemos indicado, se deben aplicar las siguientes:

#### ADAPTACIONES EN LA COMUNICACIÓN:

- Mantener una actitud de escucha activa. Con ello se traslada seguridad a la persona entrevistada. Esta actitud puede demostrarse a través de intervenciones verbales breves e intervenciones no verbales (por ejemplo, movimiento de cabeza, posición del cuerpo o manos abiertas). Es posible obtener esa actitud de escucha requerida mostrándonos ligeramente empáticos, es decir, sin mostrar gestos de preocupación, sorpresa, lástima, incomodidad, o cualquier otra emoción que pueda condicionar la respuesta del cliente; parafraseando algunas de las intervenciones del cliente; haciendo breves resúmenes de lo que va contando, con frecuencia, pero sin cortar su narración libre; clarificando, pero sin corregir, cuando la persona con discapacidad intelectual diga algo que no se entiende bien, o utilice términos propios para referirse a determinados aspectos o nombrar determinadas cosas.
- Adaptar el tipo de preguntas. Si en el cliente se aprecia una necesidad de desabilidad social, sus respuestas corren el riesgo de ser aquiescentes. De ahí la importancia de ceñirse al empleo de preguntas abiertas, evitando las preguntas dicotómicas, y, por supuesto, las sugerentes. La aquiescencia está correlacionada con el cociente intelectual, la memoria y las habilidades de comunicación. Es decir, a mayor discapacidad y menores habilidades de comunicación, mayor riesgo de obtener respuestas aquiescentes.
- Adaptar el sistema de comunicación. En el caso de que la persona con discapacidad intelectual tenga problemas para expresar verbalmente algo que quiera contar, se podrán utilizar sistemas alternativos de comunicación, como sonidos, gestos, la escritura, los dibujos, pictogramas o todo aquello que ayude a la persona a comunicarse satisfactoriamente.
- Emplear un lenguaje sencillo y directo. Las limitaciones atencionales de algunas personas con discapacidad intelectual pueden hacer que se pierdan si se construyen frases excesivamente largas. Es importante que el Letrado incluya en cada frase sólo una pregunta, usando en todo momento frases cortas. Las personas con discapacidad intelectual presentan dificultades para elaborar conceptos abstractos o poco concretos, por lo que se debería emplear un vocabulario comprensible, evitando tecnicismos, conceptos abstractos, metáforas, frases con dobles sentidos y dobles negaciones. Es recomendable el uso de formas simples y activas para realizar preguntas.
- Prestar atención al lenguaje no verbal. Mirar a los ojos a la persona con la que se está hablando aumenta la sensación de escucha y facilita la detección de la desconcentración o la agitación, evitando sin embargo que el cliente pueda sentirse intimidado.

- La figura del facilitador. El facilitador es un profesional (psicólogos en su mayor parte) que explica a la víctima del delito cada fase del proceso por la que va a pasar, le acompaña en cada una de ellas, valora las capacidades que pueden afectar a su testimonio, prepara con los agentes policiales y judiciales las entrevistas, y explica a la víctima cada una de las decisiones adoptadas por los órganos competentes judiciales. Es muy importante que la persona con discapacidad intelectual que ha sido víctima de un abuso no se enfrente al proceso policial ni judicial sin profesionales expertos que velen por sus derechos. La importancia de su inclusión en este protocolo radica en que, tanto en las guardias del turno de Violencia de Género, como en las de Procedimiento Abreviado, Menores y Audiencia Nacional, principalmente, los Letrados del Turno de Oficio asumimos la defensa de los intereses de víctimas de delitos, de ahí su trascendencia. Su participación en el procedimiento viene regulada en el Art. 433 de la LECrim.

Por último, veamos QUÉ TIPOS DE ACTUACIONES DEBEN DE EFECTUAR LOS LETRADOS. Son las siguientes:

- Es fundamental que desde la primera entrevista que se mantiene con la persona detenida (o investigada no detenida) antes de que preste su primera declaración, se recopile por parte del Letrado actuante toda la información posible que pueda acreditar la existencia de una discapacidad intelectual.
- Cuando de dicha documentación se tenga la certeza de la existencia de una discapacidad intelectual, es muy importante solicitar al detenido, en caso de que sea puesto en libertad tras su declaración en sede policial, que recopile y nos facilite toda la información que posea sobre su discapacidad intelectual para poder aportarla al procedimiento judicial una vez que éste se haya iniciado. También se puede pedir del cliente que nos dé los datos de contacto de un familiar directo o de la persona a cuyo cargo se encuentre para poder facilitar esta tarea.
- En el caso de sospechar que nuestro cliente presenta una discapacidad intelectual en comisaría, es necesario evitar su declaración, para poder preparar con garantías suficientes su posterior declaración en sede judicial. A estos efectos, debemos recordar la necesidad de velar por el cumplimiento de las previsiones contenidas en el Art. 520.2.bis de la LECrim, debiendo ser adaptada la información de derechos a la discapacidad del detenido, y del Art. 520.4 que obliga a comunicar a las personas encargadas de la tutela o guarda de hecho de la persona que ha sido detenida dicha situación, cuando se trate de personas con su capacidad modificada judicialmente. Este artículo no ha sido modificado por la Ley 8/2021.

- Si la situación de detención se mantiene hasta la puesta a disposición judicial, solicitar el reconocimiento médico forense, de acuerdo con el Art. 520.2.i de la LECrim.
- Llegados al momento de la declaración ante el Juez Instructor, aportar la documentación facilitada, tal y como apuntamos en el punto 2, para, posteriormente, solicitar que se practique prueba pericial médico forense por facultativo especializado.
- En el caso bastante corriente de que la causa se inicie como Diligencias Urgentes, evitar llegar a una conformidad y solicitar la conversión en Diligencias Previas para poder practicar la pericial indicada en el punto anterior.
- A la vista de los documentos aportados y las periciales practicadas, tomar en consideración la posible alegación de una eximente o atenuante como hemos anticipado al principio.

Consideramos que es imprescindible que un protocolo similar sea adoptado a nivel general en todos los colegios de abogados del país, sirviendo de pauta y ayuda a todos los Letrados que, tanto de forma particular como del Turno de Oficio, actúen defendiendo los intereses de cualquier persona que, a la postre, pueda presentar algún tipo de discapacidad intelectual.



**Carlos Fernández Pascual**

Abogado

////////////////////////////////////  
**¿QUÉ DEBEMOS PEDIR EN LAS SOLICITUDES  
DE PROVISIÓN DE APOYOS?**

RESUMEN

Desde el día 3 de septiembre de 2021, está vigente Ley 8/2021, de 2 de junio, B.O.E. número 132 del 03.06.2021) 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 entrada en vigor de la citada Ley nos obliga a solicitar con concreción que puede hacer la persona por sí misma o con apoyos; quien le proporciona los apoyos, y como se pueden o se deben de prestar los apoyos.

CONCLUSIONES

- La entrada en vigor de la Ley 8/2021, supondrá un ANTES Y UN DESPUÉS para la Personas con disCAPACIDAD.
- La obligación legal de respetar su voluntad, deseos y preferencias hará que puedan decidir sobre su vida durante todo su ciclo vital, siempre que no se hayan podido adoptar medidas voluntarias, de manera que se desjudicialice a la persona con disCAPACIDAD.
- Es una reforma muy ambiciosa, la cual no viene acompañada de una dotación presupuestaria necesaria para poder llevar a buen fin esta reforma legislativa.

- Todos los agentes jurídicos debemos de tener el conocimiento y la sensibilidad necesaria para la implementación adecuada de esta reforma legislativa.
- Las solicitudes de provisión de apoyos deben de ser concretas, ajustadas a las necesidades de la persona sobre la que se solicita el apoyo, y debemos de evitar por todos los medios la representación por conveniencia.
- La persona de apoyo deberá de acompañar a la persona con disCAPACIDAD, durante todo su ciclo vital, respetando su voluntad, deseos y preferencias; y además deberá de intentar que tenga capacidad plena con los apoyos necesarios y adecuados.
- Los abogados estamos obligados a colaborar con el “DERECHO A EQUIVOCARSE” de la Persona con disCAPACIDAD.

### ¿QUÉ DEBEMOS PEDIR EN LAS SOLICITUDES DE PROVISIÓN DE APOYOS?

Ya está vigente, desde el pasado 3 de septiembre de 2021, la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, Ley 8/2021 de 2 de junio.

La entrada en vigor de esta ley que modifica hasta nueve leyes, Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley de Patrimonio Protegido, Ley del Registro Civil, Ley Hipotecaria, Ley del Notariado, Código de Comercio y Código Penal y supone un cambio radical la forma de ver, tratar, apoyar y entender la disCAPACIDAD. La obligación de adaptar la legislación española a la Convención sobre los Derechos de las Personas con disCAPACIDAD de 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Reino de España y por tanto vigente en España desde el día 3 de mayo de 2008, ha obligado al legislador, a adaptar toda la legislación sustantiva y procesal en materia de disCAPACIDAD, a la Convención.

Es un cambio de modelo ABSOLUTO, se pasa de la sustitución total, a la provisión de apoyos en la toma de decisiones de las personas con disCAPACIDAD, respetando su voluntad, deseos y preferencias en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ya no se puede incapacitar, o modificar la capacidad. La Capacidad se tiene y por tanto no puede modificar, ni limitar.

**Hasta este momento, la frase “SI HACEMOS BUENAS DEMANDAS TENDREMOS BUENAS SENTENCIAS”, tenía sentido; desde el día 3 de septiembre de 2021, esta frase debe de ser completada con las frases, “SI REDACTAMOS**

**BUENOS “SUPPLICOS” EN LAS SOLICITUDES DE PROVISIÓN DE APOYOS, TENDREMOS BUENAS SENTENCIAS”; y por último, “SI SE DAN BUENOS APOYOS, SE TOMARÁN BUENAS DECISIONES”.**

Hasta el día 3 de septiembre de 2021, el Artículo 760 de la L.E.C., de la Sentencia, literalmente decía que “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta...”. La palabra “INCAPACITACIÓN” ha desaparecido de la legislación y debe de desaparecer también del lenguaje utilizado por los agentes jurídicos.

Desde el primer anteproyecto de modificación del Código Civil y legislación complementaria, el Artículo 760 de la L.E.C. ha sufrido diversas modificaciones, hasta simplificarlo.

A continuación, reseño las diversas modificaciones que ha sufrido el Artículo 760 de la L.E.C. (de la sentencia),

***Artículo 760 de la L.E.C. vigente hasta el día 2 de septiembre de 2021***

1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.

2. En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.

3. La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.

PRIMER ANTEPROYECTO DE FECHA 21/09/201

**Artículo 760. Sentencia**

1. Las medidas que adopte el Juez en la sentencia, que serán periódicamente revisadas, deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los artículos 266 y siguientes del Código Civil.



2. La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.

#### SEGUNDO ANTEPROYECTO DE FECHA 14/01/2019

##### Artículo 760. Sentencia

1. Las medidas que adopte el Juez en la sentencia, que serán periódicamente revisadas, deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los artículos 266 y siguientes del Código Civil.

2. La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.

#### TERCER ANTEPROYECTO DE FECHA 3 DE JULIO DE 2020

##### Artículo 760. Sentencia

1.- Las medidas que adopte el Juez en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los artículos 268 y siguientes del Código Civil.

2.- La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.

*NOTA 1.-* Los tres anteproyectos son prácticamente iguales, y solo difiere el artículo que se cita, dado que en los anteproyectos se han dado numeraciones diferentes al articulado.

*NOTA 2.-* En el artículo 760 propuesto, hablada del artículo 266 y siguientes ó 268 y siguientes, y son los artículos que regulan la CURATELA, figura “estrella” de la modificación legal.

*NOTA 3.-* El Artículo 760 propuesto y en su Segundo párrafo, hablaba de la prodigalidad, la cual también ha desaparecido del Artículo 760 en el texto remitido del Senado al Congreso y que ha sido el texto definitivo, aprobado, publicado en el BOE y vigente en la actualidad.

TEXTO DEFINITIVO VIGENTE DESDE EL DÍA 03/09/2021

**Artículo 760. Sentencia. Las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables.**

El texto definitivo del Artículo 760 de la L.E.C., y como ya he dicho anteriormente suprime la referencia a la prodigalidad. Simplifica el texto, y deja de referirse a los artículos que regulan la curatela. Hace una mención genérica a las normas de derecho civil, sin encorsetarse en los artículos que regulan a la curatela, si bien para dar sentido a este comunicado me referiré más adelante a los vigentes artículos 268 y 269 de la L.E.C.

El Código Civil, además de dar una nueva regulación a las medidas voluntarias y a la curatela (asistencial o representativa), también da una nueva regulación al Defensor Judicial y a la Guarda de Hecho, Dejando la Tutela de manera residual y solo para menores en situación de abandono o desamparo.

La Ley 8/2021 de 2 de junio, dice de manera reiterada, tanto en su exposición de motivos como a lo largo de todo el articulado, que hay que respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas con disCAPACIDAD.

La obligación que tenemos TODOS de respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas con disCAPACIDAD, nos obliga a pedir con concreción y detalle los apoyos necesarios para la persona con disCAPACIDAD, y designar, igualmente con concreción, que persona o personas o instituciones le darán el apoyo.

El NUEVO artículo 268 del Código Civil y en su primer párrafo dice literalmente:

Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos **serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.**

(NOTA 4. La Ley ya no habla de Juez, sino de Autoridad Judicial, modificación introducida por la obligación de la utilización de un lenguaje inclusivo).

El NUEVO Artículo 269, en la totalidad del artículo, a mi entender, recoge el espíritu de la Ley.

### ***Artículo 269 del Código Civil***

La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.

La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo.

Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad.

Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. El curador actuará bajo los criterios fijados en el artículo 249.

***En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos.***

El Artículo 269 habla de “RESOLUCIÓN MOTIVADA”. Es una obviedad y además es lógico que las resoluciones judiciales sean motivadas; determinará los actos en los que la persona requiera asistencia; deberá de reseñarse expresamente los actos concretos en que la persona de apoyo deba de asumir la representación (además del apoyo), y lo mas importante, los actos en los que el curador deba de prestar apoyo, deberán de fijarse de manera precisa.

Eso nos obliga a que cuando redactemos las solicitudes de provision de apoyos, si es posible, que la solicitud sea presentada por la persona sobre la que se solicitan los apoyos concretos.

Las solicitudes deberán de ir muy documentadas y muy explicadas, y a ser posible con un documento que resuma la demanda en lenguaje comprensible para la persona con disCAPACIDAD.

Debemos de redactar las solicitudes, y más concretamente el suplico, con mucho detalle. El hacer un suplico muy detallado, tiene ventajas, que está muy detallado, y una desventaja, que está muy detallado, y quizás se pueda olvidar reseñar en la Solicitud y también en la Sentencia algún acto que pueda hacer la persona por sí mismo o

con apoyos, y no esté determinado ni el acto, ni el apoyo. El tiempo dirá que ocurre con las sentencias que se dicten en el futuro.

Ya no podemos recurrir a redactar los suplicos “abiertos”, diciendo que en la sustanciación del procedimiento se fijará con precisión la medida de complementación total o parcial de la persona sobre la que se solicitaba la “modificación de la capacidad”.

Pues bien, ¿COMO Y QUE PEDIMOS EN EL SUPPLICO DE LA SOLICITUD DE PROVISIÓN DE APOYOS?

- Ya no podemos limitar la capacidad de la persona con disCAPACIDAD. La capacidad se tiene, y ni se limita ni se modifica. (Olvidémonos de la diferencia que existía entre Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar).
- Debemos de determinar su alcance, extensión y apoyos necesarios, respetando su voluntad, deseos y preferencias y quien o quienes le darán el apoyo concreto para actos concretos.
- Qué habilidades o capacidades tiene.
- Que habilidades o capacidades “no” tiene.
- Que puede hacer por sí mismo “sin” apoyos.
- Que no puede hacer “sin” apoyos.

Se debe de explicar con claridad y concreción, y acreditar que se presenta la solicitud de provisión de apoyos, dado la imposibilidad de poder recurrir a las medidas voluntarias (incluso con apoyos) y por tanto se tiene que judicializar la vida de la persona.

**En las Solicitudes de Provisión de apoyos, y referente a la persona sobre la que solicitamos la prestación de apoyos, nos debemos de centrar en explicar de manera precisa a la Autoridad Judicial:**

- ASPECTOS COGNITIVOS: Acompañando a la solicitud, Informes de psicólogos y/o psiquiatras y/o pedagogos, etc. Debemos de informar de la Enfermedad o deficiencia físico - psíquica que le afecta a la Persona. En la Solicitud, referiremos, junto con la documental, a que esferas del ámbito de la Persona le puede afectar su enfermedad; alteración genética; discapacidad sobrevenida; discapacidad originaria; etc.; y si la enfermedad/discapacidad es reversible o permanente en el tiempo.

- SANITARIOS: Acompañando a la solicitud, Informes médicos actualizados, tanto del médico de cabecera como de los especialistas.
- PERSONALES: Acompañando a la solicitud, Informes de los psicólogos de los centros en aquellos casos de las Personas que estén institucionalizados, psicólogos de la sanidad pública o privada, etc.
- SOCIALES: Acompañando a la solicitud, Informe de los trabajadores sociales de los centros / colegios / centros de día / residencias / pisos tutelados/ etc, o Trabajadores sociales de la administración, que sepan y conozcan la situación social de la Persona.
- NOVEDAD - FORMULARIO o ENCUESTA. Documento que debemos de redactar y que se entregará a la persona si es posible para que esta lo cumplimente; a los que se proponen como persona de apoyo, igualmente para que lo cumplieren y por supuesto a los trabajadores sociales (sobre todo cuando la persona este institucionalizada), para acompañarlos a los escritos de solicitudes de apoyo. Las tres encuestas y/o formularios, se adjuntarán, como documental, a la solicitud de provisión de apoyos, de manera que la Autoridad Judicial y todos los agentes que intervengan en el procedimiento pueden tener una idea concreta, además de las capacidades de la persona y sus necesidades, también se podrá respetar la voluntad, deseos y preferencias de la Persona.

Por tanto, en la Solicitud de provisión de apoyos, y según mi modesta opinión, debemos de reseñar de manera precisa, y extensa: (A título enunciativo que no limitativo).

- CAPACIDADES Y/O APOYOS “NECESARIOS” PARA LA VIDA INDEPENDIENTE.
- CAPACIDADES Y/O APOYOS “NECESARIOS” PARA ASUNTOS ECONÓMICOS; JURÍDICOS y ADMINISTRATIVOS.
- CAPACIDADES Y/O APOYOS “NECESARIOS” PARA ASUNTOS RELACIONADOS CON SU SALUD.
- CAPACIDADES Y/O APOYOS “NECESARIOS” PARA EL TRANSPORTE.
- AUTORIZACIÓN O NO, PARA UN INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO “NO URGENTE”.
- AUTORIZACIÓN O NO, PARA UNA ESTERILIZACIÓN.
- ETCÉTERA.

En aquellos casos que se presente una solicitud de provisión de apoyos referente a personas con enfermedad mental, habrá que afinar y mucho, sobre lo que se pide; que puede hacer y que no; cuando puede hacer y cuando no; y sobre todo en que esfera de su vida necesita la provisión de apoyos, y quien es la persona / institución / centro, etc., adecuado para darle los apoyos necesarios en los momentos necesarios.

Por último, en los supuestos en las que se solicite una provisión de apoyos para una persona con pocas capacidades cognitivas (Curatela representativa), habrá que solicitar lo que realmente sea adecuado y necesario para la persona con DisCAPACIDAD. Hay que solicitar más apoyos, intensos y extensos, y los mismos deberán de ser prestados, desde su/s persona/s de apoyo, hasta las instituciones públicas y privadas de atención a las personas con disCAPACIDAD.









## NOTA INTRODUCTORIA

Esperanza Alcaín Martínez

## PONENCIAS DEL III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

Los ajustes de procedimiento en el discurso de los derechos  
Rafael de Asís

Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para las personas con discapacidad  
Torcuato Recover Balboa

El sistema de apoyos a la persona con discapacidad como garantía del derecho-deber a la participación en el tribunal del jurado  
Esperanza Alcaín Martínez

La desinstitucionalización de personas con discapacidad como parte del derecho a la inclusión, visión académica  
Agustín Huete García

La desinstitucionalización de las personas con discapacidad como parte del derecho a la inclusión en la comunidad, visión social  
Gregorio Saravia Méndez

La desinstitucionalización de las personas con discapacidad como parte del derecho a la inclusión en la comunidad, visión política  
Mercedes López Romero

La protección jurídica de la infancia con discapacidad en España  
María José Alonso Parreño

Tres problemas de la legislación sobre protección de los derechos de las personas con discapacidad  
Juan Carlos Iturri Gárate

Nivel de vida adecuado de las personas con discapacidad. Compatibilidad entre actividad laboral y prestaciones de la Seguridad Social  
Miguel Ángel Cabra de Luna

Europa, construyendo inclusión. Políticas de protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en la Unión Europea  
Pilar Villarino Villarino

La discapacidad en la Unión Europea  
Rosa Estarás Ferragut

La reforma del artículo 49 de la Constitución  
José Antonio Montilla Martos

Fundamentos del Derecho de la Discapacidad  
Rafael de Lorenzo García

## COMUNICACIONES DEL III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD