

A/21 / ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD

Revista científica de Derecho de la Discapacidad
N.º 6, julio 2021, Año VI

ESTUDIOS

La protección de datos del grupo de las personas con discapacidad. Especial referencia a las ciudades inteligentes
Julián Jaramillo Naharro

Concepto jurídico de discapacidad
Juan Carlos Iturri Gárate

Mecanismos para dotar de efectividad a las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos
Antonio-Luis Martínez-Pujalte

Efectividad en España de las decisiones de los órganos de seguimiento de tratados internacionales de derechos humanos. Especial referencia a las decisiones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
Gloria Álvarez Ramírez

El compromiso de las universidades públicas españolas con la inclusión laboral de las personas con discapacidad
Carmen Márquez Vázquez

Vacunación frente a la COVID-19 de las personas con discapacidad en España como estado miembro de la Unión Europea: experiencias y enseñanzas
Miguel Ángel Cabra de Luna

El reconocimiento de la Comunicación Aumentativa – Alternativa en las leyes procesales como garantía de acceso a la justicia de las personas con parálisis cerebral
María de los Ángeles Blanco Díaz
y Clara Isabel Delgado Santos

Accesibilidad cognitiva para personas con enfermedad mental grave cumpliendo medidas de seguridad en una unidad de psiquiatría legal
Ana María Castro-Martínez

PROPUESTAS NORMATIVAS Y/O JURÍDICAS

Propuesta del sector social de la discapacidad...
CERMI y FdyD

Propuesta del CERMI de modificación de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social...
CERMI

TRABAJOS FIN DE MÁSTER

Alcance real del derecho a la movilidad de las personas con discapacidad en la red de transportes públicos de Barcelona
Raquel Díaz Caro

La protección de las personas con discapacidad en el nuevo modelo de apoyos en el proceso de toma de decisiones
Ana Belén Sevillano Pérez

La compatibilidad entre pensión de gran invalidez y trabajo. Un recorrido histórico de la doctrina jurisprudencial
Carlos Javier Pérez San Blas

RESEÑAS

La Ley de Eutanasia: un paso atrás
Antonio-Luis Martínez-Pujalte

Comentarios a la Sentencia n.º 89/20 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Oviedo y a la Sentencia 00780/2020 del TSJ de Asturias...
Mariana Samaniego González y Gregorio Saravia Méndez

Sobre el diálogo civil y la participación del Tercer Sector de Acción Social: algunos ejemplos recientes
Gregorio Saravia Méndez y Beatriz de Miguel Vijandi



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 Pílares*.

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*.

Contacto

Anales de Derecho y Discapacidad

Calle Recoletos, 1 Bajo – 28001 Madrid - España

coordinacion@fderechoydiscapacidad.es

<http://www.fderechoydiscapacidad.es/anales/>

A/21/

ANALES
DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD
Revista científica de Derecho de la Discapacidad
N.º 6, julio 2021, Año VI

ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD



Ediciones Cinca

A/21/ ANALES
DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD
Revista científica de Derecho de la Discapacidad
N.º 6, julio 2021, Año VI

Con el apoyo de:



PRIMERA EDICIÓN: julio, 2021.

© DE ESTA EDICIÓN: Fundación Derecho y Discapacidad y CERMI, 2021.

© 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 ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

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

DISEÑO DE LA COLECCIÓN:

Juan Vidaurre

PRODUCCIÓN EDITORIAL,
COORDINACIÓN TÉCNICA
E IMPRESIÓN:

Grupo Editorial Cinca

c/ General Ibáñez Íbero, 5A

28003 Madrid

Tel.: 91 553 22 72.

grupoeditorial@edicionescinca.com

www.edicionescinca.com

DEPÓSITO LEGAL: M-29016-2016

ISSN: 2530-4011

El PDF accesible y el EPUB de esta obra están disponibles a través del siguiente código QR:



ESTUDIOS

Julián Jaramillo Naharro
Juan Carlos Iturri Gárate
Antonio-Luis Martínez-Pujalte
Gloria Álvarez Ramírez
Carmen Márquez Vázquez
Miguel Ángel Cabra de Luna
María de los Ángeles Blanco Díaz
Clara Isabel Delgado Santos
Ana María Castro-Martínez

PROPUESTAS NORMATIVAS Y/O JURÍDICAS

CERMI y FDyD
CERMI

TRABAJOS FIN DE MÁSTER

Raquel Díaz Caro
Ana Belén Sevillano Pérez
Carlos Javier Pérez San Blas

RESEÑAS

Antonio-Luis Martínez-Pujalte
Mariana Samaniego González
Gregorio Saravia Méndez
Beatriz de Miguel Vijandi

ÍNDICE

ESTUDIOS

LA PROTECCIÓN DE DATOS DEL GRUPO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CIUDADES INTELIGENTES Julián Jaramillo Naharro	11
CONCEPTO JURÍDICO DE DISCAPACIDAD Juan Carlos Iturri Gárate	43
MECANISMOS PARA DOTAR DE EFECTIVIDAD A LAS RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Antonio-Luis Martínez-Pujalte	61
EFECTIVIDAD EN ESPAÑA DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS DE SEGUIMIENTO DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS DECISIONES DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Gloria Álvarez Ramírez	85
EL COMPROMISO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS ESPAÑOLAS CON LA INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Carmen Márquez Vázquez	105

VACUNACIÓN FRENTE A LA COVID-19 DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA COMO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA: EXPERIENCIAS Y ENSEÑANZAS Miguel Ángel Cabra de Luna	123
EL RECONOCIMIENTO DE LA COMUNICACIÓN AUMENTATIVA – ALTERNATIVA EN LAS LEYES PROCESALES COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON PARÁLISIS CEREBRAL María de los Ángeles Blanco Díaz y Clara Isabel Delgado Santos	131
ACCESIBILIDAD COGNITIVA PARA PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL GRAVE CUMPLIENDO MEDIDAS DE SEGURIDAD EN UNA UNIDAD DE PSIQUIATRÍA LEGAL Ana María Castro-Martínez	155
PROPUESTAS NORMATIVAS Y/O JURÍDICAS	
PROPUESTA DEL SECTOR SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD DE “PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA, SOBRE EFECTIVIDAD Y CUMPLIMIENTO EN ESPAÑA DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS” CERMI y FDyD	195
PROPUESTA DEL CERMI DE MODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL, APROBADA POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2013 PARA DESTINAR A PROGRAMAS DE PROMOCIÓN DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL LAS CANTIDADES INGRESADAS POR LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN CONCEPTO DE SANCIONES PECUNIARIAS FIRMES POR INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD CERMI	209

TRABAJOS FIN DE MÁSTER

ALCANCE REAL DEL DERECHO A LA MOVILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA RED DE TRANSPORTES PÚBLICOS DE BARCELONA

Raquel Díaz Caro 211

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL NUEVO MODELO DE APOYOS EN EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES

Ana Belén Sevillano Pérez 245

LA COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ Y TRABAJO. UN RECORRIDO HISTÓRICO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Carlos Javier Pérez San Blas 275

RESEÑAS. RECENSIONES Y COMENTARIOS SOBRE PRONUNCIAMIENTOS DE TRIBUNALES, ASÍ COMO DE NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS DE ESPECIAL RELEVANCIA

LA LEY DE EUTANASIA: UN PASO ATRÁS

Antonio-Luis Martínez-Pujalte 311

COMENTARIOS A LA SENTENCIA N.º 89/20 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 5 DE OVIEDO Y A LA SENTENCIA 00780/2020 DEL TSJ DE ASTURIAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS OBLIGACIONES LEGALES DE CONTRATACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Mariana Samaniego González y Gregorio Saravia Méndez 315

SOBRE EL DIÁLOGO CIVIL Y LA PARTICIPACIÓN DEL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL: ALGUNOS EJEMPLOS RECIENTES

Gregorio Saravia Méndez y Beatriz de Miguel Vijandi. 321

Julián Jaramillo Naharro

Abogado especializado en Discapacidad y Protección de Datos

Consejero Delegado y Fundador de POSITIVA+. “Protección Digital Inclusiva”

////////////////////
LA PROTECCIÓN DE DATOS DEL GRUPO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CIUDADES INTELIGENTES*

DATA PROTECTION IN THE POPULATION WITH DISABILITIES WITH EMPHASIS ON SMART CITIES

SUMARIO: 1. Introducción; 1.1. Justificación del tema elegido; 1.2. Problema y finalidad de la investigación; 1.3. Objetivos. –2. Marco teórico y desarrollo; 2.1. Antecedentes; 2.2. Aproximación teórica; 2.2.1. Cifras sobre personas con discapacidad a escala global; 2.2.2. El derecho de personas con discapacidad como Derecho Fundamental; 2.2.3. El derecho a la protección de datos como Derecho Fundamental; 2.2.4. El derecho de acceso a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) para personas con discapacidad; 2.2.5. La protección que otorga el RGPD a las personas con discapacidad; 2.3. Análisis conceptual de datos genéticos, biométricos y relativos a la salud. Estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la protección de datos relativos a la salud; 2.3.1. Datos relativos a la salud, datos genéticos y datos biométricos; 2.3.2. Jurisprudencia; 2.3.3. Doctrina; 2.4. Retos y oportunidades; 2.4.1. Concepto de Ciudades Inteligentes y la protección de datos; 2.4.2. Ciudades inteligentes más accesibles para personas con movilidad reducida; 2.4.3. El proyecto SIMON; 2.4.3.1. El proyecto SIMON en la ciudad de Madrid. –3. Conclusiones. –Referencias bibliográficas. –Listado de abreviaturas.

* Recibido el 10 de marzo de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

RESUMEN

Las personas con discapacidad se enfrentan a una serie de problemas por su condición, pero además necesitan que sus datos personales estén protegidos.

La normativa europea referente a la protección de datos, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) en su artículo 9.1, aborda el tratamiento de categorías especiales de datos personales como los datos relativos a la salud, –entre otros–. Entendemos que las personas con discapacidad están encuadradas en ese tratamiento de categorías especiales leyendo los considerandos 35, 53 y 54, pero no porque esté expresamente recogido en su articulado.

Analizaremos las normativas competentes, así como jurisprudencia y doctrina para comprobar si este grupo está jurídicamente protegido o si fuese necesario incluir los datos de la discapacidad en otra categoría especial. En la parte práctica comprobaremos esta protección en el ámbito de las ciudades inteligentes respecto a las aplicaciones de las que puedan hacer uso el colectivo de personas con movilidad reducida.

Con este artículo investigaremos la tutela jurídica de todas las personas con algún tipo de discapacidad, para conocer si sus datos personales están perfectamente protegidos.

ABSTRACT

People with disabilities face a series of problems due to their condition, but they also need their personal data to be protected.

The European regulations regarding data protection, the RGPD in its article 9.1, addresses the treatment of special categories of personal data such as data related to health, –among others–. We understand that the group with some type of disability is framed in this treatment of special categories by reading recitals 35, 53 and 54, but not because it is expressly included in its articles.

We will analyze the competent regulations, as well as jurisprudence and doctrine to verify if this group is legally protected or if it is necessary to include the disability data in another special category. In the practical part, we will verify this protection in the field of smart cities with respect to the applications that the group of people with reduced mobility can make use of.

With this article we will investigate the legal protection of all people with some type of disability, to find out if their personal data is perfectly protected.

Palabras clave: Discapacidad, protección de datos, categorías especiales de datos, salud, ciudades inteligentes, aplicaciones.

Keywords: Disability, data protection, special categories of data, health, smart cities, applications.

1. INTRODUCCIÓN

Hemos elegido este tema por los importantes avances que se están consiguiendo a escala global relacionados con el reconocimiento de los derechos de personas que presentan algún tipo de discapacidad, centrando dichos avances en la protección de datos a la que tienen derecho, por su condición de «datos especialmente protegidos».

Nuestra Constitución Española, (en adelante CE), en el año 1978 sentó las bases consagrando en su artículo 14 el principio de igualdad entre todos los españoles ante la Ley y en el artículo 49, la obligatoriedad de todos los poderes públicos de desarrollar sus políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los “disminuidos” físicos, sensoriales y psíquicos. (Posteriormente mostraremos su inclusión como Derecho Fundamental.)

En el año 2006, la ONU con la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad empieza a apostar por la igualdad de derechos, que terminan en el plano español con 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.

Por otro lado, la normativa relacionada con la protección de datos a escala europea, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos y por el que deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante RGPD) y la normativa española, la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGGD), han contribuido a que tengamos normas para proteger los datos relacionados con la discapacidad con plenas garantías. (También señalaremos posteriormente su inclusión como Derecho Fundamental.)

Expondremos un estudio jurídico y doctrinal sobre sentencias y documentos que demuestran la dificultad de regular un grupo muy determinado dentro de la generalidad, señalando si estuvieran protegidos jurídicamente, o si se hubiese encontrado algún tipo de inseguridad jurídica. También se nos plantea la duda de si habría mejor protección cuando los datos de las personas con discapacidad fuesen considerados dentro de las «categorías especiales de datos personales», a la misma altura que los datos genéticos y/o biométricos.

Como representación del problema, hemos considerado oportuno comprobar cómo afectarían los dos derechos fundamentales –antes señalados– dentro del nuevo con-

cepto denominado *Smart City* (ciudad inteligente). Examinaremos cómo afecta la protección de datos a un grupo muy específico –dentro de la discapacidad– que es el de personas con movilidad reducida, relacionada con el uso de una aplicación que les da acceso, entre otras, a la localización de plazas de aparcamiento reservadas.

1.1. Justificación del tema elegido

¿Sabemos si la normativa de Protección de Datos salvaguarda los derechos de las personas con discapacidad?

Partiendo de la base que salud y discapacidad tienen puntos en común pero son conceptos distintos (la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, mientras que la discapacidad es una variación de la capacidad para realizar una actividad considerada normal para un ser humano), pretendemos probar si las normativas de Protección de Datos (RGPD y LOPDGDD) protegen a un grupo específico (personas con discapacidad) aunque su ordenación se encuentre en una regulación general. Es decir, si la protección que otorga el tratamiento de las «categorías especiales de datos personales» centrándonos en los datos de salud, puede ser suficiente, o debería el legislador haber especificado más su redacción al respecto.

1.2. Problema y finalidad de la investigación

Justificamos el presente artículo por el problema que supone encuadrar a un grupo específico (el de la discapacidad) dentro de los datos relativos a la salud, así es, en el mismo grupo que los datos de: origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos de gran importancia abordar este problema teniendo en cuenta que los datos del sector de la discapacidad están encuadrados en los de «categorías especiales de datos» y aunque tenga esa alta consideración referente a su tratamiento, no se desarrolla en ningún artículo del RGPD ni de la LOPDGDD.

1.3. Objetivos

- General: «Conocer si formar parte de un grupo heterogéneo en el tratamiento de categorías especiales de datos interfiere de alguna manera en la correcta protección del grupo objeto de estudio».

- Específicos:
 - o «Valorar la petición por parte de representantes de este sector, de poder solicitar al Legislador una posible modificación normativa para su correcta protección».
 - o «Comprobar si la jurisprudencia y la doctrina muestran la capacidad de protección jurídica que demanda este grupo».
 - o «Analizar el uso de aplicaciones que pueden utilizar personas con discapacidad que tienen movilidad reducida en el contexto de las Ciudades Inteligentes».

2. MARCO TEÓRICO Y DESARROLLO

2.1. Antecedentes

Para abordar la búsqueda de información sobre este tema tan interesante se han investigado:

- Base de datos Teseo, tesis doctorales en la página: <https://www.educacion.gob.es/teseo/listarBusqueda.do?idFicha=1509545>
- Base de datos Dialnet en la página: https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=protecci%C3%B3n+datos+discapacidad
- Base de datos Google Académico en la página: https://scholar.google.es/scholar?start=10&q=protecci%C3%B3n+datos+discapacidad&hl=es&lr=lang_es&as_sdt=0,5&as_ylo=2018&as_yhi=2020

No hemos encontrado ningún tipo de trabajos similares a este. Entendiendo que esta investigación será pionera relacionando las variables de protección de datos y discapacidad.

2.2. Aproximación teórica

En este apartado explicamos la importancia de las personas con discapacidad a escala mundial y cómo les pueden afectar las diferentes normativas a las que haremos referencia, analizando la importancia de cada una como Derecho Fundamental.

También comprobaremos el derecho de acceso a las nuevas tecnologías y cómo analiza la normativa la protección referida a este sector en dicho uso.

2.2.1. Cifras sobre personas con discapacidad a nivel global

Es importante conocer del volumen de personas que tienen algún tipo de discapacidad en todo el mundo. Se aporta información de Naciones Unidas (NACIONES UNIDAS, 2016) que puede resultar relevante en la contextualización del trabajo para así constatar la importancia de este colectivo:

- Alrededor del 10 % de la población mundial, es decir 650 millones de personas, vive con una discapacidad. Constituye la mayor minoría del mundo.
- Este número se está haciendo mayor debido al crecimiento de la población, los avances de la medicina y el proceso de envejecimiento, según la Organización Mundial de la Salud (OMS).
- Aquellos países donde la esperanza de vida supera los 70 años, alrededor de 8 años o el 11,5 % de la vida de un individuo transcurre con algún tipo de limitación en sus capacidades.
- El 80 % de las personas con discapacidad vive en países en desarrollo, según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- En los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la tasa de personas con algún tipo de discapacidad es notablemente más alta entre los grupos con menores logros educacionales. El promedio es de 19 %, en comparación con 11 % entre los que tienen más educación.
- Reconocen que las mujeres con discapacidad experimentan múltiples desventajas, siendo objeto de una exclusión aumentada debido a su género y a su discapacidad.
- Las mujeres y las niñas con discapacidad son particularmente vulnerables al abuso. Según una pequeña encuesta realizada en Orissa (India), prácticamente todas las mujeres y las niñas con discapacidad eran objeto de palizas en el hogar, el 25 % de las mujeres con discapacidades intelectuales habían sido violadas y el 6 % de las mujeres con discapacidad habían sido esterilizadas por la fuerza.

2.2.2. El derecho de personas con discapacidad como Derecho Fundamental

Partimos de la base del artículo 9.2 CE, que señala que los poderes públicos, promoverán «las condiciones para 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».

El soporte legal ha sido explicado por (MARTÍNEZ-PUJALTE, 2015) y encontramos en dicho documento la igualdad del individuo relacionada con la igualdad ante la Ley que aparece en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, «Los españoles son iguales ante

la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

También el artículo 10.1 CE proclama como fundamento del orden jurídico «la dignidad de la persona», esta puede ser entendida como su Derecho a la igualdad con las demás personas pues la dignidad sirve de nexo de unión para todo tipo de personas y, aunque su diferencia no puede ser ocultada ni ignorada, al tratarse de un rasgo de su identidad.

Por último, encontramos en el artículo 49 CE, en relación a la atención de los “disminuidos”, otra base que sirve a los Tribunales como justificación constitucional de la exigencia de procurar el bienestar de las personas con discapacidad, y es la indicación de que los poderes públicos «los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

Para fundamentación jurídica se aporta Sentencia del Tribunal Constitucional, (FJ4 STC269/1994, de 3 de octubre), donde los Magistrados realizan el fallo señalando tres artículos de la CE relacionados entre sí a favor de los derechos del personal con discapacidad.

En dicha Sentencia, se señala que,

«... la minusvalía es una de las causas discriminatorias –en el sentido fuerte de la expresión– incluidas en la cláusula final de apertura del artículo. 14, considera que el establecimiento de medidas favorecedoras, como la recurrida, no sólo no viola tal precepto, sino que, además de coordinarse con el artículo. 49 de la Constitución, en su tendencia a procurar la igualdad sustancial «constituye un cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2.»

En el marco de la Doctrina sobre discriminación indirecta por motivos de discapacidad, encontramos en el artículo 63 LGDPD, que la prohíbe de forma explícita, apareciendo su definición en el artículo 2 d) de la propia Ley:

«... existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.»

En resumen, la Constitución obliga a los poderes públicos a adoptar las medidas que resultan necesarias para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales para las personas con discapacidad. Estos derechos han de ser interpretados además con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (NACIONES UNIDAS, 2006), y se refuerzan con la prohibición de discriminación por razón de discapacidad que aun no siendo explícitamente recogida por la Constitución ha sido, sin embargo, consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

2.2.3. El derecho a la protección de datos como Derecho Fundamental

Una vez hemos señalado la importancia que adquiere el derecho de las personas con discapacidad como Derecho Fundamental, desarrollamos a continuación la explicación de cómo se ha conseguido que el derecho a la protección de datos sea considerado otro Derecho Fundamental.

El TC en su Sentencia 94/1998 de 4 de mayo, señaló que nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, y sobre su uso y destino. Pero fue a raíz de la Sentencia TC 292/2000, de 30 de noviembre, cuando lo considera como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de estos datos se pueden proporcionar a un tercero, ya sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Se encuentra en numerosos escritos doctrinales, pero para clarificar su uso como derecho fundamental, nos remitimos a la guía (AEPD, 2019, pág. 3) elaborada por el organismo de control nacional, la Agencia Española de Protección de Datos,

(...) se encuentra también esta Guía dirigida al Ciudadano que, con un lenguaje claro y directo, pretende informar al ciudadano de su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, tanto en lo referente a las obligaciones que deben de cumplir quienes traten sus datos personales (...)

También podemos señalar, por lo expuesto en este apartado (al igual que en el derecho de las personas con discapacidad), que el derecho a la protección de datos personales puede ser considerado como un derecho fundamental.

2.2.4. *El derecho de acceso a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) para personas con discapacidad*

Los nuevos procedimientos de compartimentación de información han supuesto que las normas relativas a la protección de datos hagan énfasis en un trato especialmente protegido de estos cuando se tratan de grupos sensibles (DÍAZ, 2015) como pueden ser los del personal con discapacidad. Nuestra LOPDGDD muestra en el Título X «Garantía de los derechos digitales» –artículo 81.6–, que el acceso a internet deberá garantizar condiciones de igualdad para personas que cuenten con necesidades especiales y la Ley 9/2014 de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones marca como objetivo que se facilitará el acceso de los usuarios con discapacidad a los servicios de comunicaciones electrónicas y al uso de equipos terminales.

Partiendo del hecho de que cualquier usuario podría tener acceso a las nuevas tecnologías, afirma (DAVARA, 2019) y como consecuencia de ello del acceso a internet, no se puede categorizar de igual manera a este grupo, ya que su discapacidad ha sido un factor determinante para que puedan hacer uso de las TIC. En este sentido debe tenerse presente que 7 de cada 10 personas con discapacidad no utilizan internet (INFORME OLIVENZA, 2018). Tres variables son tremendamente significativas y explican las tendencias de este uso:

- a. La edad. Ya que el 31,1 % de las personas con discapacidad de 16 a 45 años no lo utilizan, el porcentaje sube hasta el 87,9 % cuando son mayores de 65 años.
- b. El nivel educativo. La no utilización de internet entre las personas con discapacidad que solo llegaron a educación primaria se sitúa en el 87 %, mientras que en aquellas que finalizaron la educación secundaria este porcentaje llega al 37,9 %.
- c. El perfil de discapacidad. El de uso de internet también varía según el perfil de discapacidad. Así habrá mayor o menor utilización de las TIC dependiendo del tipo y grado de esta.

En el citado informe se recogen, entre otras una serie de demandas dependiendo del tipo de discapacidad, pero para este artículo nos centramos en la petición del grupo de la discapacidad física, y particularmente en la movilidad reducida: «(...) *la necesidad de aplicaciones fiables y actualizadas que informen de la accesibilidad del medio físico, para conocer dónde hay plazas de aparcamiento reservado si los edificios son accesibles, que muestren itinerarios accesibles de la ciudad y posibles alternativas*». (INFORME OLIVENZA, 2018, pág. 690).

Demanda que analizaremos cómo un problema y que posteriormente abordaremos en el presente escrito para que mostrar la importancia que puede tener la normativa

reguladora de la protección de datos para hacer uso de una aplicación que consiga incluir una accesibilidad aumentada en el marco de las ciudades inteligentes.

2.2.5. La protección que otorga el RGPD a las personas con discapacidad

El RGPD califica como categorías especiales de datos personales aquellas que, pueden revelar el origen étnico o racial, las opiniones que sean políticas, el tipo de convicción religiosa o filosófica, la afiliación sindical, el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física –art.9.1–.

Mención específica merecen los datos relativos a la salud, el RGPD define datos relativos a la salud como «datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud» –art. 4.15–.

Una vez que se ha expuesto genéricamente la protección que otorga la norma, al incluirla en las categorías especiales de datos, se analizan junto a los considerandos del RGPD un mayor análisis respecto al grupo en cuestión, pero todavía no se ha leído en ningún momento la palabra «discapacidad».

El considerando 35 del RGPD considera dato relativo a la salud todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro.

El considerando 53 del RGPD señala que las categorías especiales de datos son los que merecen mayor protección y deben tratarse únicamente con fines relacionados con la salud cuando tengan como finalidad lograr el beneficio de las personas físicas y de la sociedad en su conjunto, con la particularidad del contexto de la gestión de los servicios y sistemas sanitarios o de protección social.

Aquí es importante la exposición que hicimos anteriormente donde la protección social por parte de la CE, el colectivo de la discapacidad entronca con este conside-

rando pues la gestión de los servicios y sistemas sanitarios o de protección social, tendrán que ejercer una protección específica a este colectivo. Este es otro punto significativo demostrando que podrían situarlos en otra categoría.

El considerando 54 del RGPD, recoge que *«el tratamiento de categorías especiales de datos personales, sin el consentimiento del interesado, puede ser necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública»*, señala además, que los elementos relacionados con la salud, y enumera una serie de supuestos donde se encuentra la discapacidad, indica que el tratamiento de estos datos que por razones de interés público no deben transmitirse a terceros, como podrían ser empresas que tengan intereses en estos datos, compañías de seguros o entidades bancarias.

Estos tratamientos a las personas con discapacidad –como se ha explicado–, desarrollan los procedimientos en los que la sociedad debe estar alerta porque son sospechosos de ser discriminatorios. Puede resultar que se utilicen categorías como raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social para vulnerar la prohibición de discriminación –artículo 14 CE–, lo que requiere que estos tratamientos estén sometidos a un control estricto de legitimidad porque históricamente estas categorías han sido utilizadas para discriminar.

No obstante, el RGPD establece que esta prohibición del tratamiento de categorías especiales de datos personales, (dentro de los que encuadramos los datos relacionados con el personal con discapacidad), *«no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes»* –artículo.9.2–, entre los que se encuentran diez supuestos distintos que recogen un elenco tasado. Se señalan las excepciones, de manera general, donde la prohibición del tratamiento de datos relacionados con la discapacidad, no serían de aplicación:

- a) El interesado dio su consentimiento explícito. (Texto literal de la normativa.)
- b) Para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable.
- c) Proteger intereses vitales, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento.
- d) Es efectuado por una fundación o asociación sin ánimo de lucro y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera sin el consentimiento de los interesados.
- e) El interesado ha hecho los datos manifiestamente públicos.
- f) Reclamaciones o los tribunales en ejercicio de su función judicial.
- g) Razones de interés público esencial.
- h) Fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del

trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social.

- i) Razones de interés público en el ámbito de la salud pública.
- j) Fines de archivo en interés público, investigación científica o histórica, de conformidad con el artículo 89.1.

2.3. Análisis conceptual de datos genéticos, biométricos y relativos a la salud. Estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la protección de datos relativos a la salud

Utilizaremos el primer apartado para delimitar los conceptos que aparecen en el RGPD y que utilizaremos en la investigación.

En el análisis de la Jurisprudencia, hemos intentado plasmar la interpretación que los Tribunales han realizado en base al derecho fundamental a la protección de datos, específicamente con los datos relativos a la salud. De una gran cantidad de sentencias consultadas, hemos llegado a la conclusión de que los órganos judiciales dictaminan en muchas ocasiones salvaguardando el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE) por considerarlo que comprende la información relativa a la salud física y psíquica de la persona.

2.3.1. Datos relativos a la salud, datos genéticos y datos biométricos

Los datos relativos a la salud, –definidos en la página 15–, hacen alusión a la información *relativa a la salud física o mental de una persona física*. (preservación del derecho a la intimidad de la salud que posteriormente señalaremos en la Jurisprudencia). También es importante el apunte de la prestación de servicios de atención sanitaria que puede dar información sobre el pago de dicha prestación, aunque esta no contenga referencia a ninguna enfermedad.

Es importante señalar que los datos relativos a la salud, dentro del segmento de la discapacidad aportan información, no solo de datos personales y familiares, sino también sobre condiciones de salud, autonomía personal, tipo de discapacidad, el grado (CRUZ ROJA, 2001) de limitación funcional que tienen para desenvolverse y las desventajas que esto les provoca en su vida diaria, teniendo presente que todo el colectivo merece la misma protección.

Esta información se menciona en el considerando 35 en la actual normativa, pero en el Reglamento de Desarrollo de la anterior Ley Orgánica de Protección de Datos,

(LOPD), el RD 1720/2007 de 13 de diciembre, se definían datos de carácter personal relacionados con la salud (artículo 5.1 g), como *«las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética»*.

Partimos del hecho de que estas categorías de datos presentan características diferentes; así atendiendo a sus definiciones, el RGPD define datos genéticos (artículo 9.13) RGPD como *«datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona»*. Pero ese análisis, el mapa genético y las conclusiones obtenidas, ofrecen una información personal relativa a la salud de la persona ya que puede revelar su predisposición a sufrir determinadas enfermedades o descubrir las posibilidades de transmitir un gen que pueda dar lugar al nacimiento de una persona con discapacidad (MINTEGUI, 2017, pág. 23). Sirva como ejemplo y será bien entendido la prueba de «triple screening» que se le puede practicar a la mujer embarazada.

Nuestro Tribunal Supremo en sentencia 734/2014, dictada en el recurso de casación 289/2014 por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de fecha 11 de noviembre de 2014 señala,

Los marcadores del ADN codificante son distintos en cuanto aportan una información excesiva e íntima del sujeto: su huella o herencia genética; rasgos físicos, enfermedades congénitas o predisposición a contraer determinadas enfermedades. El conocimiento de esta información afecta sin discusión alguna a la intimidad de la persona. (STS 734/2014 de 11 de noviembre, Voto Particular magistrado Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

En relación con los datos genéticos, pensamos que supuso un «paso adelante», la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. En dicha Ley se recalca el carácter sensible de dichos datos (lo que ahora recoge el RGPD como dato especialmente protegido) y tienen el importante grado de protección con el que deben contar, como por la existencia de un marco jurídico que regule adecuadamente su empleo. Fue a partir de entonces cuando ya se reguló jurídicamente su uso, y pensamos que esa LO junto a las análogas de los países europeos propiciaron que el RGPD del 2016 los separase. Esta Ley entró en vigor al mes de su publicación, siendo ésta la del 8 de octubre de 2007; fueron un par de meses antes que el RDLOPD 1720/2007, (donde se consideraban datos relativos a la salud, los referidos a la discapacidad y a la información genética).

En relación con los datos biométricos, son definidos por el RGPD (artículo 9.14) como «*datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos*». Podríamos entender que los datos biométricos, en determinados casos revelan datos de salud, pero, aunque haya casos de confluencia entre dato de salud y dato biométrico, no se pueden considerar categorías de datos equivalentes. Distinción que se ha hecho en el presente RGPD (artículo 9.1) al haberlo también incluido junto a los datos genéticos y relativos a la salud como datos de especial protección.

Sobre datos biométricos, se incluye dentro del Dictamen 3/2012 relacionado con la evolución de las tecnologías biométricas del Grupo de Trabajo del Artículo 29, en el apartado 3.7 Garantías para personas con necesidades especiales, señala que,

El uso de la biometría podría suponer un impacto significativo sobre la dignidad, la protección de la intimidad y el derecho a la protección de datos de personas vulnerables como los niños de corta edad, las personas de edad avanzada y las personas físicamente incapaces de completar el proceso de registro con éxito. (Grupo de trabajo del artículo 29, 2012, pág. 15).

En este apartado 3.7, se encuentra la alusión a las personas físicamente incapaces. Referencia que según la definición de discapacidad que ofrece la OMS (EGEA, C, y otros, 2001, pág. 2), es «*restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano*». Debido a esta relación plasmada en la explicación, se puede entender que podría tener algún vínculo con los datos biométricos.

2.3.2. Jurisprudencia

En este apartado del artículo, indicamos Sentencias que nos han parecido importantes para contextualizar el tipo de protección jurídica.

Sentencia de la Audiencia Nacional Española (SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, Sentencia de 27 de abril de 2005). En esta Sentencia, la AN desestima un recurso interpuesto contra la AEPD que había sancionado a una conocida marca de supermercados por utilizar en sus bases de datos el grado de discapacidad de los solicitantes de empleo sin que se adoptara ningún tipo de precaución. En el FJ 6 otorga la importancia que tienen los datos relativos a la discapacidad haciendo una distinción dentro de los datos relativos a la salud,

(...) pues la realidad es que toda discapacidad afecta o tiene relación con la salud del interesado (con su buena salud) por lo que los datos que afectan a esta materia deben gozar de la mayor protección que se les conceden a los datos relativos a la salud. (FJ 6 SAN, 27 abril 2005).

El Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1532/2000 de 9 de octubre, desestima un recurso de casación por infracción de la Ley, pero lo que nos parece importante es que una persona fue condenada en anterior instancia por un delito de descubrimiento de secretos, enfocados en su derecho a la intimidad.

(...) que encontrándonos ante un supuesto en el que la comisión del delito afecta a una pluralidad de personas, (los numerosos integrantes de la asociación de parapléjicos y grandes minusválidos físicos, cuyos datos más íntimos referentes a su estado de salud y minusvalía fueron violados por el acusado... (FD 2 STS 1532/2000 de 9 de octubre).

Con esta sentencia se condenaba por la revelación de secretos de los considerados íntimos y que a día de hoy estarían recogidos en el artículo 9.1 RGPD de los datos relativos a la salud, tal y como se irá explicando a lo largo del trabajo de investigación.

El mismo Tribunal Supremo también en su Sentencia 142/2019 de 17 de diciembre de 2019, estima unos recursos y desestima otros, pero lo interesante desde el punto de vista del TFM, se encuentra en que vulnera a juicio del Tribunal el Derecho Fundamental a la intimidad, al no haberse guardado conforme a derecho los datos relativos a la salud del interesado. En el FD Primero señala que,

El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (FJ 2 STC 70/2009, de 23 de marzo), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento. (FD 1 STS 142/2019 de 17 de julio).

También en el mismo FD, señala que,

(...) por lo que respecta a la grave afectación al derecho a la intimidad que dice la Letrada haber sufrido su representado al haberse accedido sin su consentimiento a datos pertenecientes a su esfera más íntima como son los relativos a cualquier información relativa a su salud. (FD 1 STS 142/2019 de 17 de julio).

En la Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 76/2019 de 22 de mayo de 2019, estima un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo y declara nulo un apartado de una ley relativa al régimen electoral general, incorporando a esta por la disposición final tercera, apartado dos de la LOPDGDD.

Se ha considerado importante la mención de este Tribunal en el punto 5 de los Fundamentos Jurídicos donde señala,

(...) los datos personales que pueden recopilarse integran una categoría especial de datos, que, como la información relativa a la salud (FJ 2 STC 70/2009), son especialmente sensibles y, por tanto, dignos de especial protección para la garantía de los derechos fundamentales. (FD 5 STC 76/2019 de 22 mayo).

Fuera de nuestro país, encontramos en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia cómo el TEDH establece que, teniendo en cuenta que el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte de la Convención, la legislatura interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos.

2.3.3. Doctrina

Hemos considerado importante el artículo de TRONCOSO, titulado «Las categorías especiales de datos personales en el Reglamento General de Protección de Datos de Unión Europea», como un excelente aporte doctrinal.

Señala en su exposición que se han incluido con respecto a la anterior normativa los datos genéticos, donde el RGPD los separa y los define de manera separada respecto a los datos relativos a la salud, lo que supone un cierto reconocimiento de su relación con los datos de salud. Señala el autor en el artículo que cuando los datos genéticos obtienen la calificación dentro de categoría especial de datos personales no es una novedad porque el RLOPD ya calificaba la información genética de las personas como dato relacionado con su salud –art. 5.1.g)– por lo que ya entraba dentro de los datos especialmente protegidos del art. 7 LOPD. En cambio, el RGPD ha optado por regular –y definir– de manera separada los datos genéticos y los datos relativos a la salud.

Como señala el autor, coincidimos en algo que ya se ha aportado en el presente trabajo de investigación, en el artículo 5.1.g) RDLOPD, donde recoge textualmente:

«En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética» (TRONCOSO, 2019, pág. 3).

Otro artículo interesante por parte de BERROCAL nos ha aportado información de gran valor relacionada con los datos genéticos. (BERROCAL, 2011 pág. 39).

El artículo titulado «La protección de datos relativos a la salud y la historia clínica en la normativa española y europea». Encontramos un apunte, donde señala que «en la doctrina desde hace tiempo se ha considerado que, los datos genéticos han de ser objeto de una protección y estatus especial», por: a) qué tendrán un carácter único, b) que son permanentes e inalterables, c) Indestructibles, d) información aportada de forma no voluntaria, e) predictiva, f) establece un nexo biológico con su familia.

También encontramos opiniones de otros autores como GÓMEZ donde indicó que no todos los datos que se considerasen datos de salud en relación a su definición se deberían considerar como tales y que lo mismo se podría afirmar en relación con el concepto de datos médicos. Señala que la mejor protección para algunos datos genéticos se ha realizado por la vía de la asimilación a los datos de salud y por ende reconocerles un estatus de datos especialmente protegidos-en la normativa actual «categorías especiales de datos». Haciendo alusión a que los nuevos derechos adquiridos que pueden verse alterados y que completan el fundamento de toda la regulación sobre protección de datos que, parten de la protección del derecho a la intimidad. Concluye señalando la necesidad de reconocer a los datos genéticos por sí mismos y no por su asimilación a los datos de salud (GÓMEZ, 2008).

Nos ha parecido que estas autoras, BERROCAL y GÓMEZ, podrían aportar –por analogía– con respecto a los datos de discapacidad unas similitudes para desarrollar una fundamentación motivada sobre una hipotética separación de los datos de salud, ya que la evolución normativa que han seguido los datos genéticos podría mostrar el camino a seguir, pues antes no eran una categoría y se protegían por la asimilación con datos de salud. Por eso pensamos que los datos genéticos serían mejores referentes que los datos biométricos para fundamentar una inclusión como categoría especial de datos.

Interesante también nos ha parecido el artículo de un profesor e investigador en la materia, (RODRÍGUEZ, 2019).

El artículo titulado «Tratamiento de datos relativos a la salud del interesado en el ámbito de la sanidad pública» hace una exposición dónde también deja constancia de

la separación de los datos genéticos –artículo 4.13 RGPD– y datos relativos a la salud-artículo 4.15 RGPD, también nombra el considerando 35 en relación con las personas con discapacidad. Pero el aspecto que queremos resaltar en la aportación cuando señala con base en las excepciones (página 17 del artículo), que los datos personales relativos a la salud, de las letras g), h) e i) del artículo 9.2 RGPD, deberán estar amparados en una norma con rango de ley que podrá necesitar de requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad.

Es nuestra opinión personal que no será extraño que la teórica ley española a la que remite el artículo 9.2 RGPD no cumpla estándares de calidad. Se entiende que lo mejor es analizar el contexto real y jurídico concreto, es decir habrá que ver en cada caso si se trata de una legitimación especial del tratamiento. Para que se entienda fácilmente tomaremos como ejemplo los datos de personas trabajadoras con discapacidad que pueden aparecer en el ámbito laboral, concretamente en las nóminas. Luego puede haber otros tratamientos de datos relativos a la salud dentro de la discapacidad en otros ámbitos administrativos y habría que volver a analizar el contexto de este caso concreto.

En ese artículo nos señala el autor que se podría elaborar una norma con rango de ley, pues pensamos que si se elaborase esa hipotética norma, otorgaría una fundamentación jurídica para una separación de los datos de salud a la hora de modificar la norma de protección de datos.

Para finalizar, queremos aportar reflexiones señaladas por (MARTÍNEZ, 2020) en su artículo titulado «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública» donde pone de manifiesto que la pandemia que está asolando el mundo (COVID-19) está calibrando las virtudes y carencias del modelo europeo de protección de datos personales, señalando la necesidad de ponderar el impacto sobre aquellos derechos que garantizan la vida privada de las personas, con los fines que persigue el derecho a la protección de la salud como principio rector de la política social y económica. En este caso coincidimos con el autor, cuando señala que la protección de la salud, y en este asunto los datos especialmente protegidos del artículo 9.1 RGPD, constituyen un valor al que nuestra CE confiere un valor constitucional significativo. (Tal y como hemos aportado en el apartado 2.3.2 Jurisprudencia.)

2.4. Retos y oportunidades

Tras la lectura de lo que se lleva del artículo, el lector tendrá una visión más profunda del tema que le hará poder valorar las oportunidades que las normas referidas presentan en la época actual.

Aquí es donde se retoma un apunte que aparece en la página 15 del artículo, donde se señaló que a la vista del «Informe Olivenza 2018», personas con movilidad reducida demandaban, (lo que consideramos un problema), la necesidad de aplicaciones fiables y actualizadas que puedan informar dónde hay plazas de aparcamiento reservado. En esta parte práctica del trabajo, mostraremos una solución al problema planteado.

Primeramente, hemos realizado un breve esbozo del concepto de Ciudad Inteligente (también conocida por *Smart City*), y en qué manera pueden resultar accesibles para un grupo que siempre ha encontrado numerosas barreras físicas que pueden ser discriminatorias. Esto desde el punto de vista de la accesibilidad; pero desde el punto de vista de la seguridad jurídica se intentará aplicar esta plasmación práctica con la teoría obtenida mediante la labor de búsqueda jurisprudencial y doctrinal del apartado 2.3.

Finalizaremos este apartado mostrando un proyecto europeo, llamado SIMON (poniendo como ejemplo la implantación en la ciudad de Madrid), que ha solucionado de una manera eficiente los problemas que tenían a la hora de aunar estas antiguas demandas, el poder aparcar un vehículo en una plaza para movilidad reducida (PMR) y que se encuentren sus datos personales jurídicamente protegidos.

2.4.1. Concepto de Ciudades Inteligentes y la protección de datos

Se puede entender que son aquellas ciudades, que tratan de mejorar la vida de los habitantes a través de la implantación de sistemas eficientes (BAUCELLS y otros, 2017) que, en su mayoría se basan en información recolectada en tiempo real a través de sensores distribuidos por distintos puntos de la ciudad o mediante la utilización de aplicaciones móviles que interactúan con las plataformas de servicios administrativos que la misma ciudad ofrece. Este flujo de información es clave cuando se produce un problema en un momento determinado y la solución en el intervalo de tiempo posterior.

Los objetivos principales que persiguen las ciudades inteligentes:

- Proporcionar una mayor calidad de vida para las personas que viven en ellas.
- Optimizar los recursos existentes de manera que generen ahorro a sus habitantes, los comercios ubicados en la ciudad y Administraciones Públicas.
- Alcanzar una gestión eficiente de todas las áreas de una ciudad: servicios, transportes, educación, sanidad, infraestructuras, etc.

Es importante que para llegar a estos objetivos tener en cuenta que el uso de los datos que manejan estas ciudades es muy amplio, pues el diseño de las ciudades inteligentes va siempre unido a la obtención de información de sus ciudadanos y por ende

de sus datos personales según afirma (VELASCO, 2019). Esta información puede resultar muy interesante para la gestión de los servicios de un municipio de un modo más eficiente, no obstante, siempre es conveniente evitar el tratamiento de información relacionada directa e indirectamente con categorías especiales de datos personales a las que se refiere el artículo 9.1 del RGPD. Por su reiteración, el lector ya sabe que es un grupo de datos especialmente protegidos entre los que se encuentran –entre otros– los datos relativos a la salud.

La manera de compartir y analizar la gran cantidad de datos generados por estas nuevas tecnologías es una de las claves de las ciudades inteligentes, por eso es necesario saber que a mayor cantidad de información y su frecuencia de obtención, mayor será la inferencia y riesgo inherente a la privacidad y protección de datos de los ciudadanos, (con especial referencia a los datos especialmente protegidos). De esta manera, la AEPD en su *Guía para Administraciones locales* destaca la necesidad de que «(...) antes de una puesta en producción de un proyecto Smart City es necesario realizar (...)»: (AEPD, 2019, pág. 24).

- Un análisis previo del proyecto, el volumen de la información que se pretende procesar y el número y tipo de fuentes desde las que se pretende obtener dicha información o incluso el tiempo durante el que se pretende conservar dicha información.
- Una evaluación de impacto en los términos establecidos en el artículo 35 RGPD.

Además, será necesario tener en cuenta en relación a la información obtenida, una serie de principios recogidos en la normativa vigente en la protección de datos personales (artículo 5.1 RGPD) de los cuales destacamos el principio de minimización de datos (5.1 c), el principio de limitación del plazo de conservación (5.1 e) y el principio de integridad y confidencialidad (5.1 f). Así el personal con movilidad reducida que tiene un derecho fundamental en relación a su discapacidad y que deberá ser protegido por ello, podrá sentirse más seguro con estos principios relativos al tratamiento.

2.4.2. Ciudades inteligentes más accesibles para personas con movilidad reducida

Con la exposición del punto anterior, ya se puede tener una idea de lo que es una ciudad inteligente, ahora exponemos el concepto de ciudad accesible como aquella:

En la que los derechos de las personas con discapacidad y personas mayores se aseguran y respetan. En ella no hay discriminación ni barreras, y sus diseños permiten a todas las personas, independientemente de sus características y situaciones manejarse e interactuar con seguridad, dignidad y autonomía. Im-

plica una gestión sostenible y proactiva de la accesibilidad universal, resaltando la importancia del carácter inclusivo de las ciudades, y la obligatoriedad de vincular las premisas del diseño universal en la manera como se proyecta y se materializa la ciudad, incluyendo sus entornos físicos y digitales, la comunicación y la comprensión del entorno. (CIUDAD ACCESIBLE, 2012).

Uno de los entornos relacionados con la ciudad hace referencia a la movilidad urbana y dentro de la movilidad, un aspecto importante es la gestión del aparcamiento en la vía pública. En relación al aparcamiento dentro del ámbito de la accesibilidad, existen normativas específicas para proporcionar el derecho a aparcar a las personas con movilidad reducida.

La LGDPD, establece en el Título IV –artículo 30– las consideraciones sobre la tarjeta de estacionamiento para personal con movilidad reducida (TEPMR). De esta manera se establece el derecho de la persona que es titular de dicha tarjeta a disfrutar de facilidades de circulación, estacionamiento y aparcamiento para el vehículo automóvil en el que se desplace; definiendo así el derecho a aparcar.

A pesar de que las ciudades cuentan con la normativa específica que regula el estacionamiento en las plazas de movilidad reducida (PMR), existe una falta de civismo que impulsa a ilegalidades por parte de una minoría, ocupando de esta forma las plazas de movilidad reducida. Este grave problema hace necesaria la inclusión de soluciones de *Smart Parking* (aparcamiento inteligente) para las PMR, con el fin de automatizar y controlar el uso de dichas plazas.

Si que es cierto que la mayoría de las soluciones de *Smart Parking* están dirigidas a las zonas de estacionamiento regulado en superficie en general, pero también es necesario analizar y promover casos de uso destinados a las plazas de parking para de con movilidad reducida.

Esta función del uso de la tecnología tiene como finalidad mejorar la movilidad en los núcleos urbanos y hacerla extensible también en el caso de PMR; proporcionando así «Innovación para la Inclusión», consiguiendo convertir a la ciudad como, «Accesible e Inteligente».

Una solución tecnológica enmarcada dentro del ámbito de las *Smart Cities* es la del *Smart Parking* (MARTÍNEZ, 2016), solución que podría ser aplicada a las plazas PMR, facilitando a este colectivo un servicio capaz de optimizar la búsqueda de plazas de estacionamiento.

Esta implantación tecnológica se realiza mediante la instalación de sensores en las plazas PMR.

Las principales características del sistema de aparcamiento inteligente «*SMART PARKING*» para PMR serían:

- Despliegue de una solución de sensores para este tipo de plazas, incluyendo además un sistema de identificación de vehículos autorizados de forma automática entre el sensor y el dispositivo de identificación tipo *TAG* o *Beacon*, con posibilidad de integración en las tarjetas de estacionamiento para personas con movilidad reducida.
- Integración de una infraestructura que sea capaz de proporcionar información a los usuarios de la ocupación de las plazas, mediante el uso de aplicaciones móviles que guían a las plazas disponibles.
- Capaz de realizar el seguimiento y recogida de la información del uso de las plazas, para la gestión de infracciones u optimización de las mismas.

Una vez que entra un vehículo en la plaza de aparcamiento el sistema detecta la presencia del vehículo en la plaza concreta, de la misma manera, al quedar libre, también envía una señal.

El sistema puede detectar vía *Tag* o *beacon* (inserta en la tarjeta de estacionamiento), o mediante una APP móvil, estableciendo la conexión con el sensor y verificando así, si el vehículo está autorizado o no. Si no lo estuviera, se envía una alerta al sistema central (*Backend* de Información), quien puede a su vez enviar una alerta para su verificación «in-situ» con la autoridad pertinente. La aplicación central de gestión recibe los datos que envían los sensores, favoreciendo de esta manera que las autoridades competentes puedan controlar el uso de las PMR de manera que única y exclusivamente puedan hacer uso las TEPMR.

Tal y como se ha señalado en este apartado, la posibilidad de que la TEPMR se encuentre integrada, validada y autenticada en la plataforma correspondiente que facilite la comprobación por parte de los agentes de movilidad o policías locales encargados de su verificación facilitará que el interesado no tenga que mostrar en el salpicadero de su vehículo la tarjeta que señala de manera inequívoca que tiene una discapacidad reconocida. Tal y como se señaló en el estudio de las distintas sentencias, los Magistrados abogan por el derecho fundamental a la intimidad,

(...) toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad (...) (FJ 7 STC 37/1989 de 15 de febrero),

pues tal y como se ha señalado anteriormente hay grupos minoritarios de incívicos que al ver que una persona aparca en una plaza reservada, los estigmatizan y denigran con comentarios despectivos por su condición de persona con discapacidad.

2.4.3. *El proyecto SIMON*

El proyecto SIMON (MUÑOZ y otros, 2016) es el fruto de los trabajos realizados por parte de la Comisión Europea para elaborar una aplicación que desarrolle la idea explicada en el punto anterior. Se tomaron cuatro ciudades europeas como modelo de prácticas, Madrid (España), Lisboa (Portugal), Parma (Italia) y Reading (Gran Bretaña). Al pasar los trámites correspondientes, La Comisión Europea, aprueba dicho proyecto y lo presenta en el año 2017.

La plataforma del sistema SIMON utiliza la infraestructura actual de las ciudades y añade nuevos servicios que dan lugar a diferentes aplicaciones. Como principal innovación del sistema SIMON está la mejora de la TEPMR a la que se le incorporan diferentes elementos de seguridad («*security tokens*» en inglés) usados para conseguir la identidad de un usuario electrónicamente. Los elementos usados para la validación de la tarjeta de estacionamiento son: un código de usuario (*User ID*), un código NFC y un código QR asociado al código de usuario. Por tanto, la tarjeta de estacionamiento SIMON incorpora tecnología NFC y en la misma deben aparecer impresos el código QR y el código de usuario.

Así, esta nueva plataforma permite el acceso no solo a funcionalidades relacionadas con la gestión y autenticación de la TEPMR, sino a nuevos servicios y tiene como fin la mejora de la movilidad. Al usar la tarjeta de estacionamiento cuando el usuario aparca en una PMR, las plazas se van marcando como libres u ocupadas, permitiendo así que otros conductores en las mismas circunstancias puedan obtener información sobre la disponibilidad de las plazas.

De esta manera, SIMON cumple una doble función:

- Monitorizar una correcta ocupación de las PMR, permitiendo detectar situaciones de fraude, ya que una misma tarjeta nunca puede estar validada en dos plazas a la vez.
- Favorecer la movilidad de las personas en su búsqueda de plazas adaptadas a sus necesidades. Por tanto, la plataforma SIMON garantiza que las plazas son utilizadas por las personas que realmente tienen derecho a ello. De esta manera, las entidades locales que son las que gestionan las plazas PMR, obtienen una valiosa información relativa a las zonas más demandadas y así pueden desarrollar políticas que favorezcan la movilidad.

Este nuevo concepto, la Movilidad como Derecho (MARQUÉS y otros, 2017) (*Mobility as a Right*, (MaaR)) es planteado en un contexto donde la accesibilidad y la inclusión se tienen en cuenta desde el principio del diseño de cualquier solución. En este caso, se hace alusión al artículo 25.1 RGPD, donde señala la protección de datos desde el diseño original, sabiendo que la plataforma ha sido creada salvaguardando los datos personales del colectivo con movilidad reducida. Estos a su vez, dentro de los datos relativos a la salud, en relación con su inclusión en los datos especialmente protegidos, sólo serán tratados por las personas que legalmente estén autorizadas para ello.

Habiendo explicado el caso tan específico en relación con unos datos especialmente protegidos, se entenderá mejor el concepto de Movilidad como Derecho (*MaaR*) relacionada con la plataforma SIMON. De esta manera, se plantea como un sistema que incorpora los elementos necesarios para que, con la premisa del diseño (relacionado con la protección de datos) y la accesibilidad, diferentes soluciones de movilidad puedan ser comunicadas a los habitantes, agentes sociales (centros, asociaciones, instituciones públicas y privadas) y agencias de transporte y operadores en forma de herramientas y mecanismos para implantar y lograr una movilidad inclusiva.

Unificando las diferentes opciones como son: una arquitectura flexible que permita la integración de datos de las ciudades o del transporte público, así como herramientas web que puedan proporcionar a la autoridad o al operador de transporte la capacidad de gestionar los sistemas de movilidad en la ciudad, puedan facilitar nuevos servicios al ciudadano. La tarjeta de estacionamiento SIMON es una prueba de cómo se puede realizar un despliegue asequible y que impacte en la accesibilidad de las ciudades inteligentes.

2.4.3.1. El proyecto SIMON en la ciudad de Madrid

Ya en la última fase del artículo, hemos considerado importante constatar el proyecto plasmado en el Portal web del Ayuntamiento de Madrid, donde se indica en que consiste SIMON.

Indica que, en el nuevo modelo de tarjeta de estacionamiento para personas con movilidad reducida, incluyen nuevos códigos para modernizarla y poder ofrecer nuevos elementos que mejoran los usos de la TEPMR. La nueva tarjeta se puede usar en conjunto con una app instalada en cualquier teléfono móvil, que permite autenticarse al aparcar en una plaza reservada para personas con movilidad reducida, encontrar información de plazas de aparcamiento y registrar el historial de uso de su tarjeta.

Indica como integrar la nueva TEPMR en la app SIMON Mobile (disponible gratuitamente para Android e IOS) junto con los códigos de la tarjeta y dónde encontrar información adicional para usar la app.

Analizado el ejemplo práctico de SIMON, consideramos que reúne los requisitos de seguridad necesarios para que sus usuarios sientan que sus datos están especialmente protegidos acorde a la normativa, tanto nacional como comunitaria.

3. CONCLUSIONES

«Ante el hecho social, el derecho no hace viejo»

Llegando al final del artículo, consideramos que esta frase de Émile Durkheim podría servir de inicio en estas conclusiones.

Se ha realizado a lo largo del documento una explicación de cómo el derecho ha ido adaptándose a las distintas normas referenciadas. Por una parte, el derecho no se ha hecho viejo en relación a las personas con discapacidad, cuando ha reconocido lo que años atrás era una «concepción paternalista» que reforzaba la dependencia y las actitudes de discriminación social y laboral, y ha conseguido evolucionar en los últimos años hacia un enfoque en el que la persona con discapacidad cuenta con habilidades, competencias, recursos y potencialidades, si se le brindan los apoyos necesarios. En este caso, la normativa ha conseguido que la discapacidad sea vista social y jurídicamente como igualdad y por ende igualdad de oportunidades.

Por otra parte, el derecho tampoco se ha hecho viejo y también se ha adaptado en relación a la protección de datos desde un primer inicio en la CE donde en el artículo 18 se plantean las bases para garantizar el derecho a la intimidad y la limitación en el uso de la Tecnología de la Información y la Comunicación (TIC) para garantizar este derecho. Al igual que el derecho de las personas con discapacidad, el derecho a la protección de datos personales ha ido evolucionando hasta convertirse en un derecho fundamental que es ejercido por los ciudadanos y aplicado por Jueces y Tribunales.

El presente trabajo fin de máster ha partido de la hipótesis de si el tratamiento de datos relativos a la salud protegía en su justa medida a las personas con discapacidad, al no estar incluidos expresamente en su articulado (artículo 9.1 RGPD).

Hemos llegado a las siguientes conclusiones:

Primera: Tras el estudio de todas las fuentes consultadas, constatamos por la vía de la asimilación con los datos relativos a la salud, –a pesar de no existir una categoría

específica para el colectivo con discapacidad—, que sus derechos están jurídicamente protegidos. Ya que el amparo a su derecho fundamental a la protección de datos no se ve mermado, pues la normativa actual establece las herramientas necesarias para dicha protección.

Segunda: Hemos demostrado que a pesar de que no sería necesaria la creación de una nueva categoría, esta podría ser recomendable y fuese valorada la petición por parte de los representantes del sector (CERMI), pues al necesitar una norma con rango de ley para su desarrollo, podría ser una vía para introducir garantías adicionales de seguridad.

Tercera: La jurisprudencia analizada nos ha mostrado que no se han detectado lagunas de protección ya que se salvaguarda el derecho a la intimidad del colectivo. La doctrina nos ha mostrado cómo se protege ese derecho de una manera global siendo datos relativos a la salud, aunque la separación que se produjo en el RGPD de los datos genéticos podría tomarse de referencia para fundamentar esa hipotética nueva categoría.

Cuarta: la aplicación que se ha analizado como ejemplo de uso en una Ciudad Inteligente, y que utilizan titulares de la TEPMR ofrece, de manera segura, un tratamiento adecuado al uso de estos datos especialmente protegidos. En el presente TFM se ha detectado un problema como es la dificultad de encontrar plazas de aparcamiento para usuarios de TEPMR y se ha aportado la solución que muestra el proyecto SIMON.

Queremos resaltar cómo ejemplo de buena práctica la utilización por parte del proyecto SIMON de los datos especialmente protegidos del colectivo con movilidad reducida, donde dicha plataforma ha tomado como referencia la protección de datos desde el diseño (artículo 25.1 RGPD) y otorga completa seguridad en el uso de estos datos especialmente protegidos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AEPD. 2019. AEPD. Guías Sectoriales. *Protección de datos y administración local*. [En línea] 2019. [Citado el: 25 de agosto de 2020.] <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-proteccion-datos-administracion-local.pdf>.
- AEPD. 2019. AEPD. Guías Sectoriales. Guía del ciudadano. [En línea] 2019. [Citado el: 03 de mayo de 2020.] <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/guia-ciudadano.pdf>.

- BAUCELLS ALETÁ, N. y ARCE RUIZ, R. 2017. Análisis del concepto Smart City y la visión de los expertos en la Ciudades Inteligentes Españolas. *eSMARTCITY.ES*. [En línea] 23 de 10 de 2017. [Citado el: 25 de agosto de 2020.] <https://www.esmartcity.es/comunicaciones/comunicacion-analisis-concepto-smart-city-vision-de-expertos-ciudades-inteligentes-espanolas>.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. 2011. La protección de datos relativos a la salud y la historia clínica en la normativa española y europea. *Revista de la Escuela de Medicina Legal, n.º 18. ISSN 1885-9577*. [En línea] octubre de 2011. [Citado el: 07 de julio de 2020.] <http://webs.ucm.es/centros/cont/descargas/documento30950.pdf>.
- CIUDAD ACCESIBLE. 2012. La Ciudad Accesible Accesibilidad Universal, Usabilidad y Diseño para Todos. [En línea] 2012. [Citado el: 05 de junio de 2020.] http://laciudadaccesible.com/que_es.html.
- CRUZ ROJA. 2001. Tipos y grados de discapacidad. *Cruz Roja Española*. [En línea] 2001. [Citado el: 10 de septiembre de 2020.] http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=418,12398047&_dad=portal30&_schema=PORTAL30.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. 2019. Administración del siglo XXI. *Actualidad administrativa, n.º 12. smarteca*. [En línea] 12 de 2019. [Citado el: 21 de julio de 2020.] https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA558_00000000_20191201000000120000?fileName=content%2FEX00000102968_20150605.HTML&location=pi-1845&anchor=I1031TC0000042754&publicationDetailsItem=SystematicIndex.
- DÍAZ VELÁZQUEZ, E. 2015. El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad: el caso de España. *Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Tesis Doctorales. Universidad Complutense de Madrid*. [En línea] 2015. [Citado el: 20 de agosto de 2020.] <https://eprints.ucm.es/37831/1/T37259.pdf>.
- EGEA GARCÍA, C y SARABIA SÁNCHEZ, A. 2001. Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad. *Universidad de Murcia*. [En línea] 2001. [Citado el: 24 de agosto de 2020.] https://www.um.es/discatif/METODOLOGIA/Egea-Sarabia_clasificaciones.pdf.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. 2008. La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa. *Revista Derecho y Salud*, vol. 16. XVI Congreso “Derecho y Salud”. [En línea] 2008. [Citado el: 10 de septiembre de 2020.] <file:///D:/Descargas/Dialnet-LaProteccionDeLosDatosGeneticosElDerechoALaAutodet-2570406.pdf>.
- Grupo de trabajo del artículo 29. 2012. *Dictamen 3/2012. Evolución de las tecnologías biométricas*. Bruselas: s.n., 2012.

- INFORME OLIVENZA. 2018. Ministerio de Sanidad. Observatorio estatal de la Discapacidad. [En línea] 2018. [Citado el: 03 de mayo de 2020.] <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2019/04/OED-INFORME-OLIVENZA-2018.pdf>.
- INFORME OLIVENZA. 2018. Ministerio de Sanidad. Observatorio Estatal de la Discapacidad. [En línea] 2018. [Citado el: 26 de 08 de 2020.] <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2019/04/OED-INFORME-OLIVENZA-2018.pdf>.
- JURIST, ECONOMIST &. 2020. ECONOMIST & JURIST. *Primera reforma social de la Constitución: “disminuidos” por “personas con discapacidad”*. [En línea] 09 de septiembre de 2020. [Citado el: 10 de septiembre de 2020.] <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/primera-reforma-social-de-la-constitucion-disminuidos-por-personas-con-discapacidad/>.
- LÓPEZ MINTEGUI, N. 2017. Evaluación del cribado prenatal de síndrome de down y otras anomalías cromosómicas en la comunidad autónoma del País Vasco. *Programa oficial de Doctorado en Salud Pública. Universidad del País Vasco. Medicina preventiva y salud pública*. [En línea] 21 de 07 de 2017. [Citado el: 20 de agosto de 2020.] https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/23829/TESIS_LOPEZ_MINTEGUI_N_EREA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- MARQUÉS, A., CARMONA, F. y MUÑOZ, E. 2017. Mobility as a Right: la movilidad inclusiva como un derecho para todas las personas. *eSMARTCITY.es*. [En línea] 29 de 06 de 2017. [Citado el: 21 de abril de 2020.] <https://www.esmartcity.es/comunicaciones/comunicacion-mobility-as-right-movilidad-inclusiva-derecho-todas-las-personas>.
- MARTÍNEZ GARCÍA, R. 2016. Derecho a Aparcar: Ciudades más accesibles para personas con movilidad reducida. *sSMARTCITY.ES*. [En línea] 02 de 12 de 2016. [Citado el: 9 de abril de 2020.] <https://www.esmartcity.es/comunicaciones/derecho-a-aparcar-ciudades-mas-accesibles-personas-movilidad-reducida>.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. 2020. Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública. *Diario La Ley, N.º 9604, Sección Doctrina. Wolters Kluwer*. [En línea] 30 de 03 de 2020. [Citado el: 24 de agosto de 2020.] https://bv.unir.net:3330/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McciPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQg-yAwNjA3NjYTK0stag4Mz_PNiwzPTWvJBUAceHDLEMAAAA=WKE.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. 2015. Derechos fundamentales y discapacidad. *CERMI*. [En línea] diciembre de 2015. [Citado el: 09 de marzo de 2020.] <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/02/14.pdf>.

- MUÑOZ, E., MARQUÉS, A. y SERRANO, M. 2016. Las ciudades inteligentes ante el reto de la inclusión de los colectivos discapacitados o con necesidades especiales. *sMARTCITY.es*. [En línea] 2016. [Citado el: 04 de mayo de 2020.]
<https://www.esmartcity.es/comunicaciones/ciudades-inteligentes-ante-reto-inclusion-colectivos-discapacitados-necesidades-especiales>.
- NACIONES UNIDAS. 2006. NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Documentos. un.org. [En línea] 2006. [Citado el: 18 de agosto de 2020.]
<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvvs.pdf>.
- NACIONES UNIDAS. 2016. NACIONES UNIDAS. *Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Personas con Discapacidad*. [En línea] 2016. [Citado el: 23 de abril de 2020.]
<https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/algunos-datos-sobre-las-personas-con-discapacidad.html>.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J. 2019. Tratamiento de datos relativos a la salud del interesado en el ámbito de la sanidad pública *laleydigital. Wolters Kluwer*. [En línea] 10 de 2019. [Citado el: 05 de mayo de 2020.]
https://bv.unir.net:3330/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2QTU_DMAyGf81yiYRSBhscqDbCU0IQeHuNqa1yJKRON3673FXDkR6FCvv6_j_j_p_2_C_a_G_r_y_w_b_R_I_w_H_A_k_D_R_-_1_Q_O_-_CYdUIPTKNEoD3oDL44Ub2mwJgwg4sag5aHVTEGq2NLS_rVHMib06dZ-oL-WUwqTyGG6SjVCiqGNtvKmNW2m6mEtXAn3AsbYSs8Cl-z.
- TRONCOSO REIGADA, A. 2019. Las categorías especiales de datos personales en el Reglamento General de Protección de Datos de Unión Europea. *ELDERECHO.COM LEFEBVRE*. [En línea] 10 de 07 de 2019. [Citado el: 05 de mayo de 2020.]
<https://elderecho.com/las-categorias-especiales-de-datos-personales-en-el-reglamento-general-de-proteccion-de-datos-de-union-europea>.
- VELASCO RICO, C. 2019. La ciudad inteligente: entre la transparencia y el control. *La administración al día*. [En línea 05 de 04 de 2019.]
<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509545>.

Legislación citada

- CE. Constitución Española de 1978. Disponible en:
[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/)
- LOPD. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750>.

- RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-1546>
- RDLOPD. Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-979>
- LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Disponible en:
<https://www.boe.es/boe/dias/2007/10/09/pdfs/A40969-40972.pdf>
- LGT 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/pdf/2014/BOE-A-2014-4950-consolidado.pdf>
- LGDPD. 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 su inclusión social. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12632-consolidado.pdf>
- RGPD. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46 CE Disponible en:
<https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>
- LOPDGDD. Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Disponible en:
<https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf>

Jurisprudencia referenciada

- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª), Sentencia de 27 de abril de 2005.
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) Sentencia 1532/2000 de 9 de octubre.
- España. Tribunal Supremo (Sala Quinta, de lo Militar) Sentencia 142/2019 de 17 de diciembre.
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) Sentencia 115/2020 de 19 de febrero.
- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia 37/1989 de 15 de febrero.
- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia 269/1994, de 3 de octubre.
- España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia 94/1998, de 4 de mayo.
- España. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre.
- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia 70/2009, de 23 de marzo.

España. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia 76/2019 de 22 de mayo.
Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2.^a) Caso L.L contra Francia. Sentencia de 10 de octubre de 2006.

Listado de abreviaturas

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AN	Audiencia Nacional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDPD	Convención sobre derechos de las personas con discapacidad
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo Derechos Humanos
ID	Identificación de Usuario
LGDPD	Ley General de Derechos de las Personas con discapacidad y su Inclusión Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
LOPDGDD	Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales
MaaR	Mobility as a Right. Movilidad como Derecho
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
PMR	Persona de Movilidad Reducida
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
RDLOPD	Reglamento Ley Orgánica de Protección de Datos
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEPMR	Tarjeta para el Estacionamiento de Personas con Movilidad Reducida
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJUE	Tribunas de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

Juan Carlos Iturri Gárate
Magistrado de la Sala de lo Social
Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad

CONCEPTO JURÍDICO DE DISCAPACIDAD*

DISABILITY LEGAL CONCEPT

SUMARIO: 1. Introducción. –2. La definición de la Convención. –3. La eficacia jurídica de la definición de la Convención. –4. La definición de la norma interna, la de la LGPCD. –5. Personas a las que la Administración reconoce condición PCD y la asimilación con las situaciones de incapacidad permanente.

RESUMEN

El artículo realiza un repaso por las principales normativas para tratar de dar significado al término de Persona con Discapacidad. Para ello, señala lo recogido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su relevancia en nuestro ordenamiento jurídico al estar ratificada por el Reino de España y publicada en el Boletín Oficial del Estado. También, se adentra en lo expuesto en la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social. Y, por último, hace referencia ante qué requisitos la Administración considera a las personas con discapacidad, así como las situaciones de incapacidad permanente.

* Recibido el 18 de febrero de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

ABSTRACT

The article reviews the main regulations to try to give meaning to the term Person with Disability. For this, it points out what is contained in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its relevance in our legal system as it has been ratified by the Kingdom of Spain and published in the Official State Gazette. Also, it delves into what is stated in the General Law of the Rights of Persons with Disabilities and their Social Inclusion. And, finally, it refers to what requirements the Administration considers people with disabilities, as well as situations of permanent disability.

Palabras clave: personas con discapacidad, definición, ordenamiento jurídico, España, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social.

Keywords: persons with disabilities, definition, legal system, Spain, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, General Law on the Rights of Persons with Disabilities and their Social Inclusion.

1. INTRODUCCIÓN

Es muy frecuente hablar de las personas con discapacidad (en adelante PCD). Pero ¿qué podemos considerar que es una persona con discapacidad según nuestro ordenamiento jurídico? El objeto de este trabajo es dar respuesta a esta pregunta.

En el proceso de elaboración del mismo, se han ido complicando las cosas y han aparecido diversas derivaciones que han hecho divertido el trabajo.

Alguna aproximación previa.

Tratamos de un grupo que supone, más o menos, el diez por ciento de la ciudadanía cuando menos según todas las estadísticas disponibles.

Pues bien, durante años fue un tópico considerar que las leyes que había sobre el fenómeno de la discapacidad, aparte de ser normativa “light”, “soft” o de segundo grado, en cuanto que no imponían por sí solas de forma inmediata derechos u obligaciones, sino más bien, principios, directrices o recomendaciones por desarrollar en futuras normas.

Por otra parte, otra característica de esa normativa era la de que se consideraba que estaba desperdigada entre los diversos sectores dentro del variado ordenamiento jurídico, siendo a veces incluso la misma contradictoria comparando sectores¹.

Precisamente por ello, los modernos legisladores han pretendido superar esa situación, en la conciencia de que estamos en el campo de la proscripción de la discriminación por tal razón.

Una de las vías ha sido la de dictar nuevas normas que, por sí mismas, tengan eficacia inmediata de los derechos PCD, sin necesidad de ulteriores desarrollos reglamentarios. Para ello, se ha procedido a establecer derechos directa e inmediatamente ejercitables ante los poderes públicos y otro también a ejercitar frente a particulares.

Otra de las utilizadas para superar la previa situación, ha sido la de unificar en un solo texto todas las normas sobre derechos de las PCD, normas que, contenidas en un solo texto legal, tienen la vocación de expandir sus efectos al resto del ordenamiento jurídico, con independencia del sector del que se trate.

De hecho, este afán renovador ya se encontraba en la Ley de Integración Social de los Minusválidos (Ley 13/1982, de 7 de abril) y en esa misma tendencia, se promulgó también la Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación e Igualdad de Oportunidades (Ley 51/2003, de 2 de diciembre).

Y a ello responde también el principal texto legal que recoge tales derechos en nuestra legislación interna vigente.

Es la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de Su Inclusión Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre). Me refiero a ella por sus iniciales principales: LGPCD.

Nótese que la propia denominación del Texto Legal (“General”) hace ver esa idea de que allí se fijan los derechos de las PCD en general. Cabe interpretar que ello así se hizo para hacer ver que ahí se fijan los derechos, los cuales se aplican a todos los sectores normativos existentes. En definitiva, aplicación “transversal”, superando lo que eran sectores o campos normativos acotados, que tenían su propia determinación de derechos PCD.

¹ Véase al efecto Segalés Fidalgo, Jaime, como yo mismo, “Trabajo y Discapacidad”. *Cuadernos digitales de formación*, 36. 2010. Consejo General del Poder Judicial.

En ello abunda el que se hagan definiciones también “generales” en su artículo 2, donde expresamente se estatuye la idea de “transversalidad” en las políticas públicas en materia de discapacidad (letra o del mismo) o que la transversalidad sea uno de los principios rectores en la materia (como se dispone en su artículo 3, letra m) o que se esa Ley tenga un ámbito de aplicación tan amplio como el referido en su artículo 5 que incluye los siguientes: relaciones con las Administraciones Públicas, bienes y servicios a disposición del público, Administración de Justicia, empleo transporte, telecomunicaciones y sociedad de la información, espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación y patrimonio cultural. Aparte de ello, aspectos tan importantes como el derecho a la educación son especificados en esa misma Ley (artículos 16 y 18 y siguientes) y no es el único ejemplo.

Como ya se ha advertido, esta Ley es en realidad un Texto Refundido. Es decir, es el producto de una actuación legislativa del Gobierno. Actuación legisladora autorizada por delegación expresa de las Cortes Generales.

La delegación se contiene en la de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (disposición final segunda)².

Como veremos, esta LGPCD se basa en los contenidos esenciales de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Esta Convención (en adelante uso el acrónimo CRPD, que son sus iniciales en inglés) fue ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y tras publicarse su instrumento de ratificación en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, entró en vigor el siguiente día 3 de mayo.

Tiene la Convención una definición muy similar de las PCD a la que se contiene en el artículo 4, punto 1 de nuestra LGPCD y es lógico, puesto que con el Texto Refundido se pretende adaptar los contenidos de la CRPD a nuestro derecho interno, como se asume en su Exposición de Motivos de forma expresa.

² Disposición final segunda. Autorización al Gobierno para la refundición de textos legales.

El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

En concreto, se dice: *“La Convención 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”*.

Esto es manifestación del nuevo primado que rige en materia de las políticas públicas dirigidas a tratar el fenómeno de la discapacidad. En efecto, la CRPD abandona claramente el enfoque llamado “modelo médico o rehabilitador”, surgido tras la Segunda Guerra Mundial en Europa con el impulso de relevantes médicos, como el doctor Ludwing Guttman en aspectos como el deporte de las PCD.

Como se acaba de advertir y es lugar común, con la CRPD se cambia el paradigma para considerar el vigente “modelo social” que se basa en las ideas filosóficas de personas tan relevantes como Martha Nussbaum o Amartya Sen, ideas que tienen sus antecedentes en el movimiento Foro por la Vida Independiente que, al calor de la universidad californiana de Berkeley, surgió con activistas tan relevantes como, por ejemplo, Ed Roberts ya durante el siglo pasado.

La mejor forma de enfocar el tema es abordar directamente la definición legal.

2. LA DEFINICIÓN DE LA CONVENCIÓN

Tanto por razones de importancia como por antigüedad, el primer precepto que se ha de citar es el artículo 1, párrafo segundo de la CRPD.

Y es que esa Convención, auspiciada por la Organización de Naciones Unidas, en palabras de la profesora Rivas Vallejo plasmó un consenso terminológico internacional acerca del uso estandarizado del término “discapacidad” y de “persona con discapacidad”³.

Literalmente, dicho artículo 1, punto 2 dice: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*

Como se ve, la Convención considera que en las personas con discapacidad se han de dar varias condiciones concurrentes.

³ Rivas Vallejo, Pilar. “Trabajadores con enfermedades crónicas y discriminación múltiple”. *Revista de Derecho Social*, número 54, año 2011.

Son las siguientes:

a. Pertenencia al género humano

No se recalca bastante que es un tratado auspiciado por la Organización de Naciones Unidas y su texto fue aprobado por su Asamblea General.

Como la propia ONU expresamente asume, tras cinco años de negociaciones, se aprobó un tratado y ese tratado es un tratado sobre derechos humanos. En concreto, es el primero del presente siglo⁴.

Así en su Preámbulo se puede leer: *“Reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano.”*

Y esa misma ONU es la que explica que el tratado ha supuesto cambio del paradigma en esta materia. Se pasa de la perspectiva “médica” o “caritativa” al “enfoque de los derechos humanos”.

Y es interesante destacar una cifra: ciento ochenta y dos estados han ratificado la CRPD. Es decir, que no es cosa de unas pocas personas o países, sino que es un texto legal asumido por la mayoría de los países del mundo y no sólo de nuestro entorno jurídico más cercano.

Por tanto, siempre hemos de tener presente que, cuando hablamos de PCD, hablamos de personas.

b. Que haya deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales

Como se ve, se hace una enumeración de deficiencias ciertamente amplia, pero cerrada en esas cuatro categorías.

Aun y cuando la sensorial y la física claramente pueden imaginarse, la deficiencia mental y la intelectual tienen mayor dificultad. En general, la psíquica o mental afecta a áreas tales como la comunicación o las habilidades sociales, pero no a la inteligencia, a diferencia de la intelectual, que deriva del propio funcionamiento intelectual de sujeto, distinto a lo que se considera regular.

⁴Basta leer el preámbulo de la CRPD, que aparece en aquel BOE de 21 de abril de 2008.

Alberga, pues, la discapacidad física, la discapacidad mental, la discapacidad intelectual –nótese que separada de la anterior– y la discapacidad sensorial.

La propia literalidad del texto entiendo que hace ver que se hace enumeración cerrada en esas cuatro categorías.

Ahora bien, entiendo que no es muy relevante detenerse en determinar si se trata de una enumeración abierta o cerrada de disfuncionalidades. Y ello, porque, en el mundo de la discapacidad, es difícil imaginar deficiencias que no estén incluidas en esas categorías. Yo, por lo menos, no las alcanzo a ver.

c. Que las mismas sean a largo plazo

Lo primero que llama la atención es que la Convención no impone que sean limitaciones definitivas o permanentes, sino que han de tener una cierta permanencia. A saber: “a largo plazo” (*sic*).

En principio, esta nota permite distinguir la discapacidad de la enfermedad, que también puede generar deficiencias de esa cuádruple condición y que, empero, tiene una nota de transitoriedad o provisionalidad de la disfunción que, en principio, permite hacer esa diferencia conceptual entre la enfermedad y la discapacidad.

Sin embargo, como bien sabemos en el orden social, en múltiples casos no es fácil de determinar la diferencia entre discriminación y discapacidad⁵.

Por otra parte, advertir que, si se pretendiese fijar el concepto sobre la idea de su permanencia durante la vida del sujeto, no se hubiese utilizado aquella expresión, sino que parecería más adecuado usar “permanente” o “definitiva”.

Entiende que si se usó la expresión que se usó fue para resaltar simplemente que el concepto no alberga limitaciones puramente transitorias o episódicas, pero si las de largo plazo.

⁵ Prueba de ello son las diversas matizaciones que, en orden a concretar el ámbito de operativo de la proscripción de la discriminación por razón de discapacidad ha tenido que hacer el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A modo de ejemplo, dos sentencias. La Chacón Navas, de 11 de julio de 2005 (asunto C-1305) y la HK Danmark, de 11 de abril de 2013. Pueden ser localizadas en estos enlaces: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0013> y <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=136161&doclang=ES>

Pero no tienen por qué ser limitaciones definitivas o a largo plazo. Ello no solo por la literalidad del término usado, sino porque es lo adecuado a la nota “dinámica” del concepto de discapacidad, nota que se viene resaltando hace años⁶.

d. Que esa limitación impida la participación plena y efectiva en la sociedad

Nótese que, “literaliter”, ese impedimento tiene que tener una concreta entidad. La suficiente como para que la persona no pueda participar en la sociedad de forma igual que los demás, “en igualdad de condiciones”.

Este es el ras de medición. Como se ve, se huye de porcentajes cuantitativos de limitación o fijarlo en relación con concretos sectores o campos de actividad. Basta con que se de esa incidencia en la plena y efectiva participación en la sociedad.

Ello también está ligado a la idea dinámica del concepto que ya he mencionado.

e. Que ese efecto se produzca al interactuar de diversas barreras

Por supuesto que no se trata solo de las clásicas barreras físicas que limitan a las personas con limitaciones físicas de movilidad, sino que incluye también otros tipos de barreras y entre ellas, se encuentran los factores personales y ambientales (el hogar, el lugar de trabajo o la escuela, medios de transporte, etc.)⁷.

Como se ve, la definición combina lo que son las limitaciones funcionales junto a los factores sociales.⁸

Y es que no podemos olvidar que la noción de PCD que contiene la CRPD está basada huyendo del antiguo concepto médico en el abordaje de las políticas públicas en materia de discapacidad y a la vez, acogiendo en su seno la llamada nueva concepción social a la hora de afrontar tales actuaciones públicas.

⁶ La Organización Mundial de la Salud, en su Clasificación Internacional de Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, desde el año 2001, define la discapacidad como un hecho relativo y dinámico, relacionado con el nivel de actividad de una persona en un entorno y momentos concreto.

Puede consultarse el siguiente enlace:

<https://www.imsero.es/InterPresent2/groups/imsero/documents/binario/435cif.pdf>

⁷ Véase la nota número 1.

⁸ De Asís Roig, R, Palacios, A. *Derechos Humanos y situaciones de dependencia*. Editorial Dykinson, 2007.

La misma parte de que en esta materia están en juego los derechos humanos, de la idea eje y previa de que todas las personas somos iguales en tales derechos y también de la idea de que la discapacidad es uno de los frentes abiertos en el combate mundial contra la segregación de las personas. Dicho en una frase: considera que la proscripción de la segregación por discapacidad es una cuestión de derechos humanos.

Precisamente por ello, para la CRPD no importa el mayor o menor grado de la discapacidad. Se trata de combatir cualquier supuesto de discriminación por tal causa y ello partiendo de un previo expresamente asumido: que el colectivo agrupa a personas con muy diversas funcionalidades.

En función de ello, se regula la discapacidad no como un concepto estático, sino dinámico. Ya me he referido a ello.

En resumen, la CRPD asume que cada persona es igual titular del derecho a la participación plena y efectiva en la vida social que los demás, que su capacidad jurídica ha de serle reconocida en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida y que, como personas que somos, también entre las propias PCD existe la diversidad⁹. De hecho, el Preámbulo de la CRPD también dice: *“reconociendo además la diversidad de las personas con discapacidad”*.

De ahí a acudir al sistema de fijación de apoyos individual para hacer efectivo ese derecho, hay solo un pequeño paso.

Es bien relevante también resaltar una decisión estratégica: abandonar el generalizado expediente de acudir a las políticas sectoriales en esta batalla antidiscriminatoria y asumir políticas transversales que impongan el general respeto de los postulados antidiscriminatorios por tal causa mediante un solo texto que expanda sus efectos al resto de las disposiciones legales. Es la idea de transversalidad a la que he aludido en la introducción.

Al efecto, basta leer el Preámbulo de la Convención, donde se plasman tales ideas. Esencialmente en sus primeros artículos: 2, el 3 y el 12 ya citado.

⁹A colación de discriminación entre personas con discapacidad, no me resisto a citar la reciente sentencia TJUE de fecha 25 de enero de 2021 (asunto C-16/19). Puede ser localizada en este enlace: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=236963&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=269>

Y estas mismas ideas impregnan los artículos 2 y 3 LPGPCD, que son los que precisamente anteceden al artículo 4 que se trata de interpretar.

3. LA EFICACIA JURÍDICA DE LA DEFINICIÓN DE LA CONVENCIÓN

La CRPD y por tanto también esa definición, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico por dos vías.

En cuanto que ratificada por el Reino de España y publicada en el Boletín Oficial del Estado y también, en cuanto que la misma también es norma que integra el acervo normativo europeo.

Desde esta segunda perspectiva, la europea, aun y cuando el TJUE asume que la Misma forma parte del ordenamiento europeo, no la considera directamente aplicable, sino que la valora como elemento de importancia relevante para interpretar el resto de las normas europeas. Asume, eso sí, como definición de PCD en Europa, la que fija la Convención¹⁰.

Por tanto, en Europa, la definición que vale es la de la Convención y así, considerando el carácter dinámico del concepto, como ya se ha dicho más arriba, el Tribunal de Justicia de la Unión no ha dudado en aplicar la protección antidiscriminatoria por razón de discapacidad en casos en los que la persona no había sido reconocida como tal previamente por los poderes públicos¹¹.

Pero, para hacer ver esta preponderancia de la definición de la Convención, me he de centrar en la otra perspectiva, en la de su eficacia conforme el derecho español.

Desde esa primera perspectiva, la de nuestro derecho “interno”, su eficacia directa queda amparada, a su vez, en dos grupos de normas. De rango constitucional y de rango legal infraconstitucional.

¹⁰ Ello se ha planteado esencialmente a la hora de interpretar los diversos contenidos de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo Europeo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general por la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Hay varias sentencias que reflejan esas ideas. Entre ellas, por ejemplo, la ya citada sentencia TJUE de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, caso HK Danmark) luego seguida por muchas. Entre las últimas, la de 8 de marzo de 2017 (asunto C-406/15, caso Milkova). Véase la nota número 3.

¹¹ Hay que recordar que una de las dos demandantes en el caso HK Danmark no tenía reconocida la condición PCD por el gobierno danés.

De rango constitucional. Ello se impone por razón de la operativa prevista en el artículo 96, punto 1 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 para los tratados válidamente celebrados por España y publicados en el periódico oficial, con la añadida obligación constitucional de que debe ser considerada también tal Convención al interpretar el ordenamiento jurídico, conforme el artículo 10, punto 2 de la Norma Superior indicada, pues se trata de un tratado internacional sobre derechos humanos.¹²

De condición legal ordinaria. Si es interesante resaltar lo anterior, aún es más relevante es fijarnos en lo eficacia que nuestro ordenamiento jurídico legal ordinario otorga al tratado indicado.

En efecto, se ha de subrayar el contenido del artículo 31 de una Ley ordinaria, la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre).

Dice: *“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.”

Por tanto, no solo señala que el tratado, válidamente celebrado y publicado oficialmente opera como norma, sino que añade que debe de prevalecer sobre cualquier otra norma de derecho interno en caso de conflicto entre ellas, salvo que esa norma de derecho interno tenga condición constitucional.

En consecuencia, este Tratado y por tanto, su definición, no es que tenga simple valor de ley ordinaria, sino que tiene la condición de ser norma de aplicación preferente en caso de que se pueda presentar conflicto de su contenido con otra norma legal que contenga contenido divergente, salvo que esa otra norma sea de rango constitucional.

Por supuesto, prevalecerá sobre cualquier disposición reglamentaria, pues, la facultad reglamentaria queda subordinada al imperio de la Ley (artículo 97 de la Constitución).

¹² A ello ya aludía la Exposición de Motivos de la citada Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26/2011, de 1 de agosto).

En resumen, la definición de la Convención no es solo una definición que utiliza el TJUE o que tiene toda la eficacia de una ley ordinaria, sino que, además, es tal su eficacia que es de aplicación preferente a cualquier otra definición legal que fije nuestro derecho interno, a salvo que la Constitución la fije, lo que no es del caso. Mayores problemas plantearía el conflicto con una Ley Orgánica, sobre lo que no me pronuncio, pues asumo que no soy especialista en nada y menos en Derecho Constitucional.

4. LA DEFINICIÓN DE LA NORMA INTERNA, LA DE LA LGPCD

Dice el artículo 4, punto 1 de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social.

Dice: *“Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*.

Como se ve, es un concepto muy similar al de la CRPD.

Y es que ya se ha dicho que una de las finalidades confesadas de la vigente LGPCD era la de adaptar nuestro ordenamiento a los contenidos que impone la Convención¹³.

Y para ello, qué mejor que casi “calcar” las expresiones.

No es nuevo. Ya se hizo lo mismo en el año 2011, cuando se promulgó y publicó la Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26/2011, de 1 de agosto).

Entonces ya se modificó el artículo 1, apartado 2 de la entonces vigente LIONDAU del año 2003 y se estableció allí la siguiente definición: *“Son personas con discapacidad aquellas que presenten 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 los demás”*.

¹³ Hablando de la finalidad de la labor refundidora del Texto en cuestión, su Exposición de Motivos dice: “... Esta tarea ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional. Por ello, además de revisar los principios que informan la ley conforme a lo previsto en la Convención, en su estructura se dedica un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad. También se reconoce expresamente que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones...”

Vemos, pues, que parecido a la vigente definición del artículo 4, punto 1 de la LGPCD.

Por otra parte, si volvemos a la definición de la CRPD y la confrontamos con la vigente de la LGPCD, vemos que, a primera lectura, la diferencia entre ellas estriba en que, en cuanto a la duración de las limitaciones, si en la Convención se indica que han de ser a largo plazo, en la LGPCD se dice que han de ser previsiblemente definitivas.

Por tanto, parece más restrictiva nuestra norma interna que la externa. Esta última parte de que las disfunciones se presumen definitivas y en la Convención no es necesario que se de esa presunción o certeza de carácter permanente, sino que han de ser de larga duración y, por tanto, incluirá las que tengan tal nota, aunque se pueda suponer que cambien más adelante.

Esto me hace relacionar el concepto “largo plazo” con la idea de la discapacidad como concepto dinámico y no estático, algo que ya he mencionado más arriba. Ya se ha dicho también que en caso de conflicto de la definición CRPD y norma interna, ya se ha expuesto que es lo que dice la Ley (artículo 31 de la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales) y, por tanto, prevalece la definición CRPD.

Pero ojo, en nuestro derecho interno no se agota ahí lo que se ha de considerar que es una PCD.

En efecto, a ese punto 1 del artículo 4 LGPCD le sigue un punto 2 que dice: *“Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.”*

Destacar una cuestión bien relevante, cómo empieza ese punto 2: *“además de lo establecido en el párrafo anterior”*.

Por tanto, la literalidad del precepto hace ver que, siempre que se den las condiciones del artículo 4, punto 1 LGPCD estamos ante una persona con discapacidad.

Y, además, esto es lo coherente con lo que se prescribe en el artículo 2 LGPCD, precepto destinado a fijar definiciones y donde, según la letra a del mismo, la discapacidad: *“es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*

Por tanto, tenemos un concepto muy parecido al de la Convención, fijados en esos dos artículos de la LGPCD.

Es reseñable el dato de que en la definición de discapacidad para nada alude a un percentil concreto para fijar el concepto de discapacidad. Al percentil se refiere el punto 2 del artículo 4, que contiene un añadido sobre otros dos ámbitos en el que se considera que existe discapacidad.

Por tanto, en el artículo 4, punto 2 ciertamente se alude a un percentil del treinta y tres por ciento. Pero en la definición del artículo 4, punto 1 la intensidad solo tiene un ras: que la disfunción limite o impida la participación plena y efectiva en la sociedad del sujeto. Ningún percentil.

Por tanto, en el grupo, desde luego se incluye a todas las personas referidas en el punto 1 de ese artículo y “además” y “a todos los efectos”, las personas aludidas en el punto 2.

Suplementariamente, considero que esta exégesis es la armónica con las notas de “transversalidad” y “dinamicidad” que se atribuye a tal concepto de discapacidad en el previo artículo 2 LGPCD.

Por ende, entiendo que también es coherente con el llamado modelo social del abordaje de las políticas públicas en materia de discapacidad, además de ser armónica también con la definición de la Convención de Nueva York.

5. PERSONAS A LAS QUE LA ADMINISTRACIÓN RECONOCE CONDICIÓN PCD Y LA ASIMILACIÓN CON LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Pues bien, como es visto, luego de fijar una definición PCD, el artículo 4, punto 2 alude a las personas que sean reconocidas por la Administración como PCD y además, fija una equiparación con concretas situaciones prestacionales de la Seguridad Social.

El procedimiento de reconocimiento administrativo es el fijado por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Suele ser habitual indicar que en tal reglamento se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado “minusvalía”, con olvido de que el título fue expresamente modificado en este aspecto terminológico por el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre (artículo único, 1), sustituyendo expresamente esa palabra por la de discapacidad.

Y es que no cabe obviar que este tipo de denominación en términos de personas con minusvalía, minusválidos y similares fue suprimido de nuestra normativa infraconstitucional por la disposición adicional octava 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)¹⁴.

Soy muy consciente de que el artículo 49 de la Constitución sigue utilizando la expresión “disminuidos”.

Solo puedo añadir que ya en el año 2018 se elaboró un proyecto de reforma constitucional para sustituir el término por el de discapacidad.

Y, además, que actualmente está ya en las Cortes un proyecto con un contenido más amplio que el simple cambio de denominación a PCD para fijar ideas más adecuadas al vigente modelo social y que se desglosa en cuatro párrafos¹⁵.

Cambiando de tema, ya se he indicado que, desde la perspectiva legal, puede considerarse persona con discapacidad a personas a las que la Administración Pública no ha reconocido esa condición. Y ello puesto que la definición legal no incluye ese requisito de previo reconocimiento administrativo, aunque luego la Ley asume que, “a todos los efectos”, así ha de ser considerado a quien así se lo haya reconocido la Administración por presentar aquel porcentaje.

¹⁴ Dice: “Terminología. Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía» se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas”.

¹⁵ Puede consultarse este enlace de Economist&Jurist, entre otros:

<https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/primera-reforma-social-de-la-constitucion-disminuidos-por-personas-con-discapacidad/>

Y el anteproyecto en cuestión en esta página:

https://www.mpr.gob.es/precom/notas/Documents/071218_Art49Consti.pdf

No es nuevo. El Tribunal de la Unión Europea así lo asumió ya en el año 2013 en el caso HK Danmark, pues, de las dos demandantes, señoras Ring y Skouboe Werge, solo una tenía reconocida esa condición PCD por la Administración danesa. Pese a ello, el Tribunal consideró aplicable la protección antidiscriminatoria por razón de discapacidad que ofrece la normativa europea a ambas¹⁶.

Este número 2 del artículo 4 LGPCD tiene su antecedente en el artículo 1, punto 2 de la LIONDAU del 2003, si bien entonces la consideración legal de PCD no se fijaba “a todos los efectos”, sino “a los efectos de esta Ley”.

Sorprendentemente, al tratar del reconocimiento “ex lege” de tal condición PCD a los tributarios de incapacidad permanente de trabajadores y funcionarios que fija ese mismo precepto, el Tribunal Supremo no asumió la equiparación y ello con el argumento que el Gobierno, al desarrollar normativamente la autorización delegada de hacer el nuevo Texto Refundido¹⁷, había incurrido en “ultra vires”, en un exceso que, al parecer, no permitía la autorización¹⁸.

Estas sentencias se dictan en un contexto de pleitos en los que el ciudadano pretende el reconocimiento de la situación PCD ante la Administración competente y esta lo niega entendiendo que no se llega al indicado percentil de treinta y tres en la disfunción, pese a tener reconocido grado de incapacidad permanente total o superior. Para ello, la Administración hace la valoración conforme las tablas de lo que es un reglamento, el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Cuando se le plantea esa equiparación legal, se arguye que esa LGPCD incurre en el indicado vicio “ultra vires” y deniega ese reconocimiento oficial.

Se dé o no el mismo, desde luego debiera ser considerarse que, si se pasó de la expresión “a los efectos de esta ley” a la de “a todos los efectos”, el exceso legislativo

¹⁶ De entre esa normativa antidiscriminatoria, es muy relevante la Directiva 2000/78/CE, del Consejo Europeo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general por la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹⁷ Delegación contenida en la disposición final segunda de la Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26/2011, de 1 de agosto).

¹⁸ La saga empezó con tres sentencias de la misma fecha, 29 de noviembre de 2018, de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (recursos 3382/2016, 1826/2017 y 239/2018) y se prolonga todavía cuando menos hasta mediados del año pasado. Véase, por ejemplo, la sentencia de dicha Sala de 12 de mayo de 2020 (recurso 243/2018). Personalmente he manifestado mi parecer contrario a esa exégesis en varios artículos. El último: “¿No puedo trabajar y no soy persona con discapacidad? Sobre la equiparación de las situaciones de incapacidad permanente y el reconocimiento de situación de discapacidad. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 02 2020”. Revista Jurisdicción Social, número 212, junio 2020. También en revista *Ciudad del Trabajo Actualidad inlaboralista*, número 32, junio 2020.

cometido por el Gobierno incidiría en el trecho que va de “*los efectos de esta Ley*” y hasta “*todos los efectos*”, pero no por debajo de los “*efectos de esta ley*”.

Pues bien, dentro de los efectos de tal Ley, se incluye –también se incluía en la LIONDAU del año 2003– lo que son las relaciones del ciudadano con las Administraciones Públicas (artículo 5, apartado 3).

Ergo, en tal pleito, desde luego debiera operar la equiparación.

Pero y, sobre todo, es que la definición de PCD del artículo 4, punto 1 LGPCD así lo impone, puesto que se asume que existe impedimento para la participación plena y en condiciones de igualdad en la sociedad. En concreto, en un ámbito tan relevante como en el del trabajo. Y es que esa es la razón de la equiparación: que, como es asumido por la Administración Pública competente que esa persona no puede trabajar por presentar limitaciones “a largo plazo” (“definitivas”, según el artículo 193 de la vigente Ley General de la Seguridad Social) se fija ese “puente” que enlaza la discapacidad con las prestaciones de Seguridad Social. No es el único, hay otro en la disposición adicional novena de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia¹⁹.

En consecuencia, esa equiparación legal viene determinada por la lógica suposición de que, si una Administración Pública abona una pensión a una persona porque no puede realizar su trabajo o el trabajo en general de forma permanente, estamos ante un supuesto claro de discapacidad.

Es decir, se parte de la idea de que los poderes públicos ya han asumido que esa persona presenta una deficiencia, que la misma tiene la condición previsiblemente permanente y que esta y por la razón que sea, si le impide participar plena y efectivamente en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás, pues no puede hacer su trabajo habitual o no se puede dedicar al trabajo en general²⁰.

Entiendo que es una idea lógica y supone llevar a la práctica los principios de cooperación, colaboración y coordinación entre Administraciones Públicas, principios a

¹⁹ Dice: “Efectividad del reconocimiento de las situaciones vigentes de gran invalidez y de necesidad de ayuda de tercera persona. Quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia en el grado que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta ley”.

²⁰ Artículos 193 y 194 de la vigente Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 23 de octubre).

respetar en su actuar, si nos atenemos al artículo 3, número 1, letra k de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 1 de octubre).

Como ya se ha dicho, no es ese el parecer que se ha impuesto en el Tribunal Supremo²¹.

Por último, de forma un tanto difusa, existe también una parcial asimilación a la condición PCD en el punto 4 del indicado artículo 4 LGPCD, cuando dice: *“A efectos del reconocimiento del derecho a los servicios de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades se asimilan a dicha situación los estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una limitación en la actividad.”*

Cada vez que leo u oigo hablar del tema, una de las primeras palabras que surge es “esclerosis”. Se trata de intentar que, incluso en las primeras fases de enfermedades inexorablemente progresivas, se den apoyos similares a las PCD en algunos ámbitos. Pese al peculiar decir de la Ley, hemos de suponer que se trata de que tales enfermos puedan recibir esos apoyos en el ámbito de la rehabilitación, tratamientos adaptativos a la situación y similares.

En resumen, pues, en nuestra LGPCD, aparte de una definición casi idéntica de las PCD que contiene la Convención, “además”, se considera como tal también a quien así se lo reconoce la Administración en función de una concreta intensidad de la disfunción (treinta y tres por ciento o más, conforme las tablas previstas en aquel Reglamento del año 1999) y por otra parte dispone una equiparación legal para las personas a las que la Seguridad Social ha asumido que no pueden hacer el trabajo que constituye su profesión habitual o no puede trabajar en general y por último, se prevé que una concreta clase de enfermos tengan una serie de beneficios que la norma atribuye a las personas con movilidad funcional reducida y finalmente, que hay una asimilación para concretos efectos de algunos “estados previos” se supone que, enfermedades, que se sabe son progresivas y llegan a causar limitaciones “a largo plazo”.

Por último, un deseo para el lector que ha tenido la paciencia de llegar hasta el final de este artículo: alentarle a adentrarse en este gratificante mundo del Derecho y la Discapacidad.

²¹ La polémica se arrastraba desde mediados de la primera década del presente siglo, puesto que el Tribunal Supremo había denegado una equiparación similar, pero “a los efectos de esta Ley” que se contenía en la entonces vigente LIONDAU. Eso sí, con base en distintas razones y no por causa del indicado “ultra vires”. Me remito al trabajo indicado en la nota número 1.

Antonio-Luis Martínez-Pujalte

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

Director de la Cátedra de Discapacidad y Empleabilidad

(Universidad Miguel Hernández)

Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad

**MECANISMOS PARA DOTAR DE EFECTIVIDAD A LAS RESOLUCIONES DE
LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES
DE DERECHOS HUMANOS***

**MECHANISMS TO GIVE EFFECTIVENESS TO THE RESOLUTIONS OF THE
SUPERVISORY BODIES OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES**

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión. –2. Los tratados internacionales de derechos humanos y sus órganos de supervisión. –3. Posición de los tratados internacionales de derechos humanos en nuestro sistema jurídico. –4. El valor jurídico de las resoluciones de los órganos de supervisión. –5. La efectividad en España de las resoluciones de los órganos de supervisión. –6. Conclusiones. –Bibliografía.

RESUMEN

Uno de los fenómenos más importantes que se ha producido en el ámbito del Derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX es el proceso de internacionalización de los derechos humanos, que ha cristalizado en la puesta en marcha de mecanismos

* Recibido el 18 de febrero de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

internacionales de garantía de los derechos humanos superiores a los Estados. Sin embargo, ese proceso ha encontrado en los diversos sistemas jurídicos, y concretamente en el nuestro, un importante obstáculo derivado de la ausencia de cauces adecuados para lograr la plena eficacia interna de tales mecanismos internacionales de garantía. Esa es la problemática sobre la que versará el presente estudio, que pretende dar respuesta a dos preguntas fundamentales: a) cuál es el valor jurídico, en nuestro Derecho, de las resoluciones de los órganos de garantía instituidos por los tratados internacionales de derechos humanos; b) qué mecanismos deben arbitrarse –en su caso, a través de las oportunas reformas normativas– para dotar a tales resoluciones de la efectividad que corresponda a su valor jurídico.

ABSTRACT

One of the most important legal developments since the second half of the 20th century has been the process of internationalization of human rights, which has led to the implementation of international systems for the protection of human rights which are superior to the States. However, this process has found in the various legal systems, and specifically in Spain, an important obstacle derived from the lack of adequate channels to achieve the full internal effectiveness of such international protection mechanisms. This is the problem that this study will deal with, trying to answer two basic questions: a) what is the legal value, in Spanish Law, of the resolutions of the supervisory bodies established by international human rights treaties; b) what mechanisms should be arbitrated –if necessary, through the appropriate legal reforms– to give such resolutions the effectiveness that corresponds to their legal value.

Palabras clave: derechos humanos, protección internacional, Naciones Unidas.

Keywords: human rights, international protection, United Nations.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Uno de los fenómenos más importantes que se ha producido en el ámbito del Derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX es el proceso de internacionalización de los derechos humanos, que ha cristalizado en la puesta en marcha de mecanismos internacionales de garantía de los derechos humanos superiores a los Estados, y cuyo último hito relevante, ya en pleno siglo XXI, ha sido la aprobación y entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, ese proceso ha encontrado en los diversos sistemas jurídicos, y concretamente en el nuestro, un importante obstáculo derivado de la ausencia de cauces ade-

cuados para lograr la plena eficacia interna de tales mecanismos internacionales de garantía. Esa es la problemática sobre la que versará el presente estudio, que pretende dar respuesta a dos preguntas fundamentales: a) cuál es el valor jurídico, en nuestro Derecho, de las resoluciones de los órganos de garantía instituidos por los tratados internacionales de derechos humanos; b) qué mecanismos deben arbitrarse –en su caso, a través de las oportunas reformas normativas– para dotar a tales resoluciones de la efectividad que corresponda a su valor jurídico.

Para abordar esas cuestiones, los apartados iniciales del trabajo tienen básicamente un carácter introductorio: se realizará una breve presentación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y de sus órganos de supervisión (apartado 2), y se recordará cuál es la posición en nuestro sistema jurídico de los tratados internacionales de derechos humanos que instituyen tales órganos (apartado 3). Ello permitirá, a partir del apartado 4, afrontar de modo directo la respuesta a las cuestiones enunciadas, que se formulará en diálogo crítico con el tratamiento que le han venido dando la doctrina y la jurisprudencia, prestando particular atención a algunos relevantes hitos jurisprudenciales más recientes. Como conclusión del trabajo, se planteará la idoneidad de una reforma normativa que mejore la efectividad en nuestro Derecho interno de las resoluciones de los órganos de supervisión.

2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y SUS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN

Como es bien sabido, la adopción, en 1945, de la Carta fundacional de las Naciones Unidas, cuyo artículo 1.3 establece como uno de los propósitos de la nueva Organización “realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”, convirtió la protección de los derechos humanos en un cometido de la sociedad internacional y, por ende, en una materia propia del Derecho Internacional, dando lugar así al inicio de un *corpus* normativo –el Derecho Internacional de los Derechos Humanos–, que ha alcanzado desde entonces un extraordinario desarrollo¹. En el ámbito universal, este *corpus* normativo ha cristalizado en un total de nueve Tratados internacionales adoptados en el seno del sistema de Naciones Unidas: la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,

¹ Una interesante síntesis de la génesis y desarrollo histórico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede verse vg. en Pastor Ridruejo (2020, pp. 207-244).

la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención Internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. España ha ratificado todos esos instrumentos internacionales, a excepción de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios.

Por su parte, en el continente europeo fue el Consejo de Europa, organización internacional de cooperación creada en 1949, el que asumió la tarea de impulsar la protección de los derechos humanos. En efecto, de acuerdo con el artículo 1 b) del Estatuto del Consejo de Europa, uno de los cometidos del Consejo habría de ser “la salvaguardia y mayor efectividad de los derechos humanos y libertades fundamentales”. Este compromiso se materializó muy pronto en la adopción de un importante tratado, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950 –modificada o completada posteriormente por diversos protocolos–, así como en otros instrumentos normativos posteriores, de entre los que destaca la Carta Social Europea. Tanto la Convención como la Carta han sido también ratificadas por España².

Todos los tratados internacionales de derechos humanos han creado órganos de supervisión y control de su cumplimiento. Concretamente, en los tratados del sistema de Naciones Unidas se trata de comités de expertos independientes, elegidos por los Estados Parte por un mandato de cuatro años, que desarrollan principalmente las siguientes funciones:

a) Revisan los informes periódicos que deben presentar los Estados sobre la aplicación de las disposiciones del tratado, formulando a la vista de los mismos recomendaciones y sugerencias al Estado respectivo.

b) Pueden formular recomendaciones u observaciones de carácter general.

c) Pueden recibir comunicaciones individuales de personas que denuncien la vulneración de alguno de sus derechos reconocidos en el tratado, en cuyo caso, una vez

² La Carta Social Europea originaria fue aprobada el 18 de octubre de 1961, y ratificada por España en 1980. El 3 de mayo de 1996 se adoptó una nueva Carta (la denominada Carta Social Europea revisada), que se abrió nuevamente a la ratificación de los Estados; ha sido ratificada por España el 29 de abril de 2021 (BOE de 11 de junio).

examinada la comunicación, a través de un procedimiento con la participación del Estado al que se imputa esa vulneración, el Comité remite sus observaciones al Estado y al peticionario. El ejercicio de esta competencia del Comité requiere que el Estado la haya aceptado expresamente, bien mediante una declaración *ad hoc* cuando esta competencia se encuentra establecida por el propio articulado del Tratado, bien a través de la ratificación del Protocolo Facultativo cuando es este el que regula las denuncias individuales. España ha aceptado esta competencia de los Comités respecto de los ocho Tratados que ha ratificado. Es interesante reseñar, además, que algunos de los tratados (o sus Protocolos facultativos) contemplan expresamente la facultad del Comité de solicitar al Estado la adopción de medidas cautelares con el fin de evitar daños irreparables a las víctimas de la supuesta vulneración³; en los casos en los que no se contempla este instrumento en sede convencional, se encuentra no obstante previsto por los reglamentos internos de los Comités.

d) Finalmente, algunos de los tratados incluyen entre las competencias del Comité llevar a cabo una investigación acerca de violaciones graves y sistemáticas por un Estado de los derechos recogidos en el tratado, siempre y cuando reciba informaciones fidedignas que la revelen, tras la cual remitirá al Estado las conclusiones de la investigación, junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas⁴. En alguno de los protocolos facultativos, se prevé que solo es posible el ejercicio de esta competencia por el Comité si el Estado la ha aceptado expresamente (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) o al menos no la ha excluido expresamente (Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención sobre los Derechos del Niño y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

El mecanismo de garantía instituido por la Carta Social Europea es sustancialmente similar. Los Estados deben remitir informes periódicos sobre la aplicación de las disposiciones de la Carta, que son examinados por un Comité de expertos independientes –actualmente denominado Comité Europeo de Derechos Sociales–, si bien la competencia para realizar recomendaciones a los Estados, teniendo en cuenta el informe del

³ Concretamente, aparece esta facultad en los siguientes tratados (o en sus Protocolos facultativos): Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁴ No contemplan esta facultad del Comité el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial; y la Convención sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios.

Comité –y también el informe elaborado sobre esa base por el Comité Gubernamental, formado por un representante de cada Estado– reside en el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En la Carta Social Europea no se encuentran previstas las comunicaciones o denuncias individuales; sin embargo, en 1995 se aprobó un Protocolo Adicional que instituyó un procedimiento de reclamaciones colectivas, que pueden ser presentadas por organizaciones internacionales de empresarios o de trabajadores, otras organizaciones no gubernamentales con estatus consultivo ante el Consejo de Europa u organizaciones empresariales o sindicales nacionales del Estado frente al que se presenta la reclamación. Tales reclamaciones son examinadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales, a través de un procedimiento con participación del Estado y de la organización denunciante, que emite finalmente un informe sobre la base del cual el Comité de Ministros puede aprobar recomendaciones dirigidas al Estado. Con ocasión de la ratificación de la Carta Social Europea revisada, el pasado 29 de abril de 2021, España ha incorporado una declaración aceptando el procedimiento regulado en este Protocolo Adicional.

Por el contrario, la naturaleza del mecanismo de supervisión establecido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos es, sin duda, radicalmente diferente. El órgano instituido por el Convenio para garantizar su cumplimiento, tal y como dispone su actual artículo 19, es un órgano de naturaleza propiamente judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya función principal –y, en la práctica, exclusiva– es la tramitación de procedimientos contenciosos resultantes de demandas individuales presentadas por ciudadanos que aleguen la violación por alguno de los Estados Parte de derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos, que concluyen por sentencia en la que el Tribunal determina si ha existido violación del Convenio y, en su caso, establece para la víctima una satisfacción equitativa⁵. De los diversos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, es este el único que establece una institución de garantía de naturaleza jurisdiccional, cuyas sentencias deben ser acatadas por los Estados –como expresamente señala el artículo 46–, correspondiendo al Comité de Ministros del Consejo de Europa el papel de velar por su ejecución. Por su parte, la función de vigilancia general del respeto de los derechos humanos por los Estados miembros del Consejo de Europa –que no tienen obligación alguna de elaborar informes periódicos⁶– no corresponde al Tribunal, sino al Comisionado del Consejo

⁵ Cabe añadir que el Tribunal puede recibir también demandas presentadas por los Estados sobre el incumplimiento del Convenio por otro Estado, si bien de esta posibilidad se ha hecho un uso muy escaso; asimismo, conforme al Protocolo 16.º, aprobado en 2013, puede emitir a solicitud de los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados opiniones consultivas sobre “cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos” (artículo 1.1).

⁶ No obstante, el artículo 52 del Convenio establece la obligación de presentar tales informes cuando sean requeridos por el Secretario General del Consejo de Europa (“A requerimiento del Secretario General del

de Europa para los Derechos Humanos, creado por resolución del Comité de Ministros de 7 de mayo de 1999, que, en el ejercicio de esa función de vigilancia, puede emitir recomendaciones e informes.

Realizada esta sintética presentación de los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España y de sus organismos de garantía, procede ahora precisar el lugar que tales tratados ocupan en nuestro Derecho.

3. POSICIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Que los tratados internacionales de derechos humanos, como todos los demás tratados internacionales ratificados por España, forman parte de nuestro ordenamiento interno, no ofrece duda alguna. En efecto, el artículo 96.1 de la Constitución española (en adelante, CE) dispone –recogiendo una larga tradición doctrinal y jurisprudencial anterior, que por lo demás ya había encontrado reflejo en el artículo 1.5 del Código Civil– que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, es decir, consagra la recepción automática de los tratados en el Derecho español.

Por lo que se refiere a su concreta posición en el sistema de fuentes, nuestra Carta Magna no la precisa explícitamente, pero la doctrina ha afirmado de forma casi unánime⁷ su subordinación a la Constitución, que se derivaría tanto de lo ordenado en el artículo 95 CE (que prevé que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”, habilitando en su apartado segundo al Gobierno y a las Cámaras a “requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”) como del hecho de que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 27.2, incluye a los tratados internacionales entre las disposiciones susceptibles de control de constitucionalidad *a posteriori* a través de los procedimientos del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Mayores dudas ha planteado la relación entre los tratados y la ley. A veces se ha afirmado que los tratados tienen rango de ley⁸ –lo que en puridad significaría que tendrían efecto derogatorio respecto de las normas anteriores del mismo rango, pero no respecto de las posteriores–, y en otras ocasiones que los tratados

Consejo de Europa, toda Alta Parte Contratante suministrará las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de las disposiciones de este Convenio”).

⁷ Con alguna excepción: cfr. Marín López (1999).

⁸ Cfr. vg. SSTS (Sala Tercera) 3204/2005, de 18 de mayo, y 2110/2012, de 27 de marzo.

tienen rango supralegal y ocupan por tanto una posición jerárquica intermedia entre la Constitución y las leyes⁹. Pero el criterio que ha imperado en la práctica no contempla esa relación en términos de jerarquía –lo que obligaría a concluir la nulidad de las disposiciones legales, anteriores o posteriores, que no sean conformes con los tratados–, sino de *prevalencia* de los tratados respecto de las normas con rango de ley, que, como se ha sugerido, podría inferirse del segundo inciso del artículo 96.1 y del artículo 94.1.e CE¹⁰, pero se sustenta sobre todo en la propia naturaleza de los tratados como normas internacionales, que quedan por tanto sustraídas a la intervención unilateral del Estado en cuanto a su modificación o derogación¹¹; doctrina que aparece hoy recogida por el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales (en adelante, LTAI), que establece que “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”. El resultado de esta prevalencia no es la nulidad de la norma legal, sino la aplicación preferente de la norma del tratado, con exclusión de cualquier otra norma interna que se le oponga. Ahora bien, para que el efecto que se acaba de mencionar pueda producirse tiene que darse otra condición, y es que la disposición del tratado sea de aplicación directa, lo que no siempre sucede¹². Sobre esta cuestión, el artículo 30.1 LTAI indica que “los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”. A partir de este precepto, y sintetizando la jurisprudencia precedente del Tribunal Supremo, Díez-Hochleitner señala que un tratado será de aplicación directa “cuando reconozca derechos o imponga obligaciones a los particulares de forma clara, precisa e incondicional” (2015/1, pp. 542-543)¹³.

En relación con los tratados internacionales de derechos humanos, debe añadirse sin embargo que, a diferencia de todos los demás tratados internacionales, ocupan una posición singular en nuestro sistema constitucional, que les confiere el artículo 10.2

⁹ Cfr. *vg.* Iglesias Velasco (2013, especialmente pp. 98-102).

¹⁰ El segundo inciso del artículo 96.1 indica que las disposiciones de los tratados internacionales “solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Por su parte, el artículo 94.1.e exige la previa autorización de las Cortes Generales para la celebración de aquellos tratados que “supongan modificación o derogación de alguna ley”.

¹¹ Sobre las cuestiones tratadas en este párrafo, *cfr.* Díez-Hochleitner (2015/2), y la bibliografía allí citada.

¹² Es más, se ha señalado que, en la práctica, la regla general es la ausencia de aplicación directa: *cfr.* Cardona Llorens (2015, pp. 560-561).

¹³ Cfr. en este sentido, sobre todo, STS (Sala Tercera) 1613/1998, de 10 de marzo, fundamento jurídico 6.º, y STS (Sala Primera) 4270/2011, de 10 de mayo, fundamento jurídico 4.º.

CE, pues, como ordena este precepto, constituyen el parámetro interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Aunque más arriba se ha señalado que los tratados internacionales se encuentran en nuestro sistema jurídico subordinados a la Constitución, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos debe afirmarse que el artículo 10.2 CE opera una remisión, en virtud de la cual sus disposiciones son recibidas en nuestro ordenamiento como normas constitucionales, siempre y cuando se refieran a derechos fundamentales que la Constitución reconoce y no sean contrarias a las normas constitucionales explícitas. Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha insistido en que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el artículo 10.2 “no poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley”¹⁴, pero por otra parte ha afirmado que “constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución”¹⁵, lo que le ha obligado a reconocer que “configuran de alguna manera el canon de constitucionalidad, aun cuando sin carácter autónomo”¹⁶: en otras palabras, son canon de constitucionalidad –y así vienen funcionando en la práctica– en la medida en que complementan –y no contradicen– la regulación constitucional de un derecho fundamental que nuestra Constitución reconoce. Luego, si operan como canon de constitucionalidad, es forzoso concluir que las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos tienen naturaleza constitucional, siempre que cumplan las dos condiciones mencionadas: la primera condición es que se refieran a derechos fundamentales que la Constitución reconoce o se relacionen con ellos –los tratados no pueden, por el contrario, instituir nuevos derechos fundamentales distintos a los que reconoce la Constitución–, y la segunda es que la disposición del tratado no sea contraria a una disposición de la propia Constitución; debe presumirse que esta segunda condición se da siempre, pues de lo contrario la celebración del tratado habría exigido la previa reforma constitucional.

4. EL VALOR JURÍDICO DE LAS RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN

La descripción de los sistemas de garantía de los tratados de derechos humanos realizada en el apartado segundo, y la reflexión sobre la posición jurídica de esos tratados

¹⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico 3.º.

¹⁵ Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 6.º.

¹⁶ STC 50/1995, de 23 de febrero, fundamento jurídico 4.º.

formulada en el apartado tercero, nos permiten ahora abordar la primera de las cuestiones enunciadas al inicio del presente estudio: cuál es el valor jurídico de las resoluciones de los órganos de supervisión. Para ello, es preciso formular una distinción neta entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y todos los demás órganos de supervisión.

Que las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen carácter obligatorio para los Estados no ofrece duda alguna. Así resulta tanto de la configuración del Tribunal en el Convenio Europeo de Derechos Humanos –se trata de un órgano judicial, con capacidad de recibir demandas que los individuos presentan contra sus propios Estados, y de dictar sentencias tras un procedimiento contradictorio–, como, muy especialmente, de lo dispuesto por su artículo 46.1, que establece que los Estados “se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”. Ahora bien, la ejecución de las sentencias queda confiada a los Estados, bajo la vigilancia del Comité de Ministros del Consejo de Europa; como se apuntará en el epígrafe siguiente, ello ha supuesto que en España, y a pesar de la indudable obligatoriedad de estas sentencias, haya resultado muy problemática la existencia de cauces internos adecuados para asegurar su cumplimiento.

Por el contrario, tradicionalmente los Tribunales españoles han venido negando todo valor jurídico a las resoluciones de los demás órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos, en especial de los incardinados en el sistema de Naciones Unidas¹⁷. Esta posición fue incluso asumida por el Tribunal Constitucional, que, en la STC 70/2002, de 3 de abril, indica que “las observaciones que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia”; en consecuencia, el Tribunal trata la posición del Comité, según la cual el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocería en el ámbito del proceso penal “el derecho a una segunda instancia en sentido estricto, con repetición íntegra del juicio ante un Tribunal superior”, como una mera opinión del Comité que los Estados no tienen por qué seguir¹⁸. Por su parte, el Tribunal Su-

¹⁷ Ha examinado la evolución jurisprudencial *vg.* Bou Franch (2019/1, pp. 434-457).

¹⁸ *Cfr.* STC 70/2002, de 3 de abril, fundamento jurídico 7.º, referida en este caso al Comité de Derechos Humanos, que es el órgano de garantía instituido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El TC discrepa incluso de que la posición aludida en el texto sea la única interpretación posible de la doctrina del Comité; pero lo interesante es que afirma de forma explícita que, si es esa la posición del Comité, no hay por qué seguirla en absoluto.

premo ha mantenido, todavía con mayor claridad, que “los dictámenes del Comité de Derechos Humanos no tienen valor jurídico vinculante, salvo el que quiera otorgarles el Estado afectado por la condena”¹⁹; es decir, para el Tribunal Supremo se trata de resoluciones cuyo seguimiento y aplicación resulta completamente discrecional para los Estados, luego su valor y significación serían meramente políticos²⁰. Finalmente, cabe también señalar que el Consejo de Estado ha compartido esta misma tesis, entendiendo que “se trata de dictámenes en los que se recogen opiniones del Comité (y, en su caso, recomendaciones) que no tienen carácter vinculante, que no son resoluciones judiciales y que no constituyen una interpretación auténtica del pacto”²¹.

Como es bien sabido, rompe con toda esa doctrina jurisprudencial anterior la STS 1263/2018, de 17 de julio (Sala Tercera), que califica los dictámenes del Comité (en este caso, el Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer o Comité CEDAW) como “vinculantes/obligatorios” para el Estado, y entiende en consecuencia que, en este caso, en el que el Comité –en el Dictamen 46/2014, de 16 de julio– estimó que se había producido una vulneración de los derechos reconocidos en la Convención y recomendó otorgar a la víctima “una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos”, el ordenamiento jurídico español debe ofrecer un cauce para esa reparación. En consecuencia, considera que el Dictamen del Comité es presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, atendiendo de esta forma la demanda de la víctima y estimando el recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que había desestimado la demanda de responsabilidad patrimonial.

La STS 1263/2018 permanece, sin embargo, como un ejemplo aislado dentro de una trayectoria jurisprudencial que, como se ha señalado anteriormente, se ha caracterizado en líneas generales por ignorar las resoluciones de los Comités de los tratados de derechos humanos. Resulta oportuno, pues, reflexionar detenidamente sobre el valor jurídico que debe otorgarse a tales resoluciones.

En primer lugar, debe afirmarse con carácter general –y con los matices que posteriormente se añadirán– que las resoluciones de los órganos de supervisión de los tra-

¹⁹ ATS 1773/2004, de 16 de febrero (Sala Segunda), fundamento jurídico 9.º.

²⁰ En una línea parecida, la STS 141/2005 (Sala Segunda), de 11 de febrero, fundamento jurídico 2.º: “sus resoluciones o dictámenes (del Comité de Derechos Humanos) carecen de aptitud para crear una doctrina o precedente que pudiera vincular a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de modo que el efecto jurídico que puede producir queda reducido a lo expuesto: esa declaración de existencia de vulneración”.

²¹ Dictamen del Consejo de Estado 318/2015, de 11 de junio; la cursiva es nuestra. Una desarrollada crítica a la doctrina del Consejo de Estado sobre esta materia en López Martín (2019).

tados de derechos humanos no tienen carácter obligatorio para los Estados parte, pues los tratados no otorgan a los Comités competencia para dictar resoluciones obligatorias, sino tan solo para formular sugerencias y recomendaciones, siendo estos últimos los términos empleados por la casi totalidad de las disposiciones de los tratados que regulan los diversos procedimientos de supervisión y vigilancia. En este sentido, no es del todo rigurosa la calificación de los dictámenes como “obligatorios/vinculantes” que se contiene en la STS 1263/2018. Ahora bien, como se ha dicho “la ausencia de carácter vinculante u obligatorio de los dictámenes del Comité CEDAW, no puede traducirse automáticamente en la afirmación de que dichos dictámenes, como los de otros Comités del sistema internacional de derechos humanos, carecen de todo efecto jurídico. Por el contrario, afirmar que las citadas decisiones son meras recomendaciones, sugerencias u opiniones de expertos que no tienen que ser tenidas en cuenta por los poderes públicos, es tan contrario a la naturaleza de dichas decisiones como afirmar que las mismas tienen carácter vinculante equiparándolas así a decisiones judiciales” (Escobar 2019, p. 46)²².

En efecto, a la luz de las competencias que se les atribuyen, que se han examinado en el apartado primero del presente estudio, resulta claro que los Comités tienen una función esencial en el sistema de los tratados, que permite definirlos como órganos de supervisión, vigilancia y seguimiento del cumplimiento de los tratados. En el desarrollo de esa función, llevan a cabo en primer lugar una importante tarea de interpretación de los derechos reconocidos en los tratados, tarea que se plasma principalmente en las Observaciones Generales, pero también en el resto de las resoluciones e informes de los Comités, pues el cometido de examinar si los Estados respetan las disposiciones del tratado o vulneran los derechos reconocidos implica una interpretación del contenido de esas disposiciones o derechos. Como ya se ha señalado, los Tribunales españoles han negado que esa interpretación pueda calificarse como una interpretación auténtica. Atribuirle o no esa calificación no reviste, sin embargo, en mi opinión, una excesiva relevancia. Lo verdaderamente significativo es, por el contrario, que los tratados internacionales de derechos humanos son normas de nuestro ordenamiento jurídico, que además han de ser tenidas en cuenta para definir el contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española como ordena su artículo 10.2, y tales normas han creado órganos específicos a los que han atribuido implícitamente la competencia para su interpretación. Cabe concluir, por tanto, que la

²² Discrepo, en cambio, de la posición de Villán Durán (2019, p. 102) –referida concretamente a las observaciones finales–, según la cual estas son “decisiones adoptadas en Derecho por el órgano competente para interpretar y aplicar el texto del respectivo tratado, teniendo por ello el mismo valor jurídico que el propio tratado”. Entre otros argumentos que podrían aducirse, el solo hecho de que el Comité puede modificar su doctrina y formular una interpretación diferente a la sostenida anteriormente implica, en mi opinión, que el valor jurídico de sus resoluciones nunca puede equipararse al de los tratados mismos.

interpretación de los tratados formulada por los órganos de supervisión es una interpretación dotada de una particular autoridad en nuestro Derecho. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales “no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales”²³.

Por lo demás, y por lo que se refiere concretamente a los dictámenes de los Comités que ponen fin a procedimientos iniciados por comunicaciones individuales, debe afirmarse que, si el Comité determina que se ha producido una vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Tratado, la apreciación de esa vulneración sí tiene carácter vinculante para el Estado parte. Esta conclusión se deriva principalmente del hecho de que la competencia de los Comités para recibir y examinar comunicaciones individuales es una competencia expresamente aceptada por el Estado, lo que equivale a afirmar que el Estado ha delegado en el Comité la facultad para dictaminar posibles violaciones del Tratado, por lo que no puede posteriormente ignorar las resoluciones del Comité en ejercicio de esa facultad expresamente delegada, lo que supondría una violación de la buena fe –que, de acuerdo con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, es el principio esencial que debe guiar el cumplimiento de los tratados²⁴– y del principio general del Derecho que prohíbe ir contra los actos propios, denominado en Derecho Internacional principio del *estoppel*, y que constituye una aplicación particular del principio de buena fe: como explica Pastor Ridruejo (2020, p. 151), “según el Derecho Internacional un Estado está obligado por sus propios actos, habida cuenta de la obligación general de obrar de buena fe y del correspondiente derecho de otros Estados a fiarse de la conducta del primero”²⁵.

²³ Cfr. vg. STC 116/2006, de 24 de abril, fundamento jurídico 5.º. Califica también la interpretación de los tratados realizada por los Comités como una interpretación autorizada –que, en su opinión, tiene el mismo valor que la auténtica– López Martín (2019, pp. 193-198), fundando esta conclusión, entre otros argumentos, en el valor que le ha dado la Corte Internacional de Justicia: se trata de “la única jurisdicción internacional con competencia general y universal, que tiene expresamente reconocida la competencia para interpretar los tratados internacionales en el artículo 36 de su Estatuto, del que España es parte” (López Martín, 2019, p. 197). Por su parte, Macho Carro (2019) atribuye a la interpretación de los tratados realizada por los Comités un carácter “determinante” en virtud del artículo 10.2 CE, si bien limita a esta función hermenéutica el valor jurídico de las resoluciones de los Comités.

²⁴ El artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados dispone que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. El principio de buena fe aparece también en el artículo 2.2 de la Carta de Naciones Unidas (“Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”), por lo que ha sido calificado incluso como “principio estructural del ordenamiento jurídico internacional” (López Martín, 2019, p. 190).

²⁵ Aplica la doctrina del *estoppel* a la cuestión examinada en este artículo Fernández de Casadevante (2019, pp. 248-249).

En consecuencia, el ordenamiento jurídico ha de arbitrar cauces para hacer posible el cese o la reparación de tales violaciones de derechos apreciadas por los Comités, pues los Estados tienen la obligación de “adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos” por el tratado, como indica por ejemplo el artículo 4.1 a) de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y en términos análogos todos los demás tratados. En este sentido, y como ha indicado López Martín (2019, pp. 187-190), en realidad el carácter vinculante de los dictámenes en cuanto denuncian la vulneración de un derecho no se deriva del propio dictamen, sino del tratado del que dimana el Comité respectivo: lo que el dictamen hace es simplemente constatar que el Estado no ha cumplido la obligación establecida en el tratado de hacer efectivos los derechos reconocidos en el tratado y de adoptar todas las medidas pertinentes para ello; los dictámenes son pues “como una especie de *requerimiento* o exhorto de cumplimiento” (López Martín, 2019, p. 189), en relación con un caso concreto de violación de las obligaciones establecidas por el tratado. En el sentido expuesto, pues, cabría entender correctamente la afirmación de la STS 1263/2018 según la cual los dictámenes son “vinculantes/obligatorios”.

En todos los demás casos, es decir, cuando el Comité sugiere al Estado la realización de cambios legislativos o la adopción de determinadas medidas –ya sea en dictámenes que ponen fin a procedimientos iniciados por comunicaciones individuales, en las observaciones finales acerca de los informes periódicos o en los informes que concluyen un procedimiento de investigación–, el cumplimiento de tales observaciones no resulta estrictamente obligatorio para el Estado. Pero es preciso tener en cuenta que el Estado sí se encuentra obligado por los tratados de derechos humanos, por lo que no puede desconocer las recomendaciones que, para asegurar su cumplimiento, le hacen los órganos de supervisión, vigilancia y seguimiento instituidos por los propios tratados. La ignorancia de tales recomendaciones supone un incumplimiento de los compromisos internacionales del Estado –no porque las propias recomendaciones sean vinculantes, valga la insistencia, sino porque lo son los tratados que dan cobertura a las mismas– y, en el caso concreto de España, un incumplimiento de la Constitución, que en su artículo 10.2 exige interpretar los derechos fundamentales conforme a las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, lo que, como se ha señalado, requiere a su vez tener en cuenta la interpretación de tales disposiciones formulada por los órganos de garantía previstos en los tratados. Por todas estas razones, puede concluirse que las sugerencias de los Comités constituyen recomendaciones particularmente autorizadas, que revisten una presunción *iuris tantum* de obligatoriedad; es decir, deben ser seguidas por el Estado, salvo que este pueda adoptar medidas para dar cumplimiento al Tratado distintas a las sugeridas por el Comité y que tengan un efecto sustancialmente equivalente.

Respondida, pues, la primera de las cuestiones objeto del presente estudio, procede examinar seguidamente la segunda: cómo puede garantizarse la efectividad de las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos de forma coherente con el valor jurídico que se les acaba de atribuir.

5. LA EFECTIVIDAD EN ESPAÑA DE LAS RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN

Si las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos tienen valor jurídico, como se ha constatado, parece obligado establecer los mecanismos oportunos para garantizar su plena efectividad.

En este sentido, y por lo que se refiere en primer lugar a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, durante un prolongado período su cumplimiento en España ha resultado sumamente problemático, principalmente debido a la naturaleza declarativa y no ejecutiva de estas sentencias, lo que a la postre se ha convertido en una excusa para evitar llevarlas a la práctica²⁶. Sin embargo, la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ha proporcionado una solución parcial al introducir el nuevo artículo 5 bis, que abre la puerta al recurso de revisión contra las sentencias firmes cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declare que se ha producido una violación del Convenio. Aun cuando, como se verá posteriormente, se trata de una solución que puede ser perfeccionada, no cabe duda de que esta reforma supuso un gran paso adelante, pues fortalece las garantías de los derechos humanos y refuerza la sujeción de los Tribunales españoles a la autoridad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁷.

En cambio, las resoluciones de los restantes órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos continúan siendo, con muy escasas excepciones, ampliamente ignoradas. Por citar tan solo un ejemplo, resulta llamativo que, tras haber instado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus Observaciones Finales sobre el primer informe periódico de España, a llevar a cabo las modificaciones legislativas necesarias “para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan

²⁶ Hay que tener en cuenta, además, que esta naturaleza no ejecutiva de las Sentencias del Tribunal ha venido siendo matizada por su jurisprudencia más reciente: cfr. Guillén López (2018, especialmente pp. 352-359). Un interesante examen de la evolución jurisprudencial española (hasta 2005), con análisis de algunos casos relevantes, en De Juan (2005); cfr. asimismo Bou Franch (2019/1, pp. 444-449).

²⁷ Cfr. Simarro Pereira (2016).

derecho a votar” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2011, n. 48), en la Sentencia del Tribunal Supremo 1163/2016, de 17 de marzo (Sala Primera), que se ocupa de una incapacitación para el ejercicio del derecho de sufragio, se declare que la privación del derecho de sufragio es compatible con la Convención, en clara oposición con la interpretación formulada por el Comité, cuya doctrina ni siquiera aparece citada; igualmente omite toda referencia a ella el ATC 196/2016, de 28 de noviembre – que inadmite a trámite el recurso de amparo y confirma la doctrina del Tribunal Supremo –, omisión que le reprocha justamente el Voto Particular de la Magistrada Adela Asúa.

Así pues, pienso que sería oportuno, en primer lugar, reforzar la obligación de los Tribunales españoles de tener en cuenta la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos formulada por sus órganos de supervisión. Existe una sede adecuada para ello, que es el artículo 7 LOPJ. En efecto, este precepto establece las directrices para la tutela judicial de los derechos fundamentales, recogiendo sustancialmente el contenido del artículo 53 CE; es llamativo, sin embargo, que se omita en él la referencia a la directriz interpretativa establecida por el artículo 10.2 CE, que podría en consecuencia incorporarse, completándola con la doctrina del Tribunal Constitucional antes citada, en virtud de la cual la interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados ha de tener en cuenta a su vez la formulada por sus órganos de garantía.

Por su parte, en relación con las resoluciones de los órganos de supervisión que ponen fin a procedimientos iniciados por denuncias o comunicaciones individuales –incluidas, con los debidos matices, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, es preciso tener en cuenta que normalmente se produce un largo lapso de tiempo entre la violación del derecho y la resolución del órgano de garantía, entre otras razones porque todos los tratados internacionales exigen, como requisito para la admisibilidad de las demandas o comunicaciones, el previo agotamiento de todos los recursos internos. Así, por ejemplo, en el caso que dio lugar a la STS 1263/2018, los hechos constitutivos de la lesión de derechos reconocida por el Comité CEDAW se produjeron en los años 2002 y 2003, el agotamiento de los recursos internos concluye en 2011, y el Dictamen del Comité es emitido en julio de 2014, más de 11 años después de los hechos denunciados. No resulta, pues, razonable imponer a la víctima la carga de entablar, después de tanto tiempo, un nuevo proceso judicial en España para exigir el cumplimiento de la resolución del órgano de garantía, sobre todo si se tiene en cuenta que, como se ha señalado en el apartado anterior, la declaración de la violación tiene carácter vinculante para el Estado, que ha de arbitrar los cauces para su cese o reparación. Sería más lógico instituir un procedimiento administrativo que, iniciado de oficio, sin necesidad de una petición expresa de la víctima, permita, en los casos en que resulte

posible, asegurar un rápido cumplimiento de la resolución del órgano de garantía y una inmediata reparación de la lesión.

Esta es, en efecto, la opción seguida por la Ley colombiana 288/1996, de 5 de julio, por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos. En síntesis, esta Ley instituye un Comité de Ministros –compuesto por los Ministros de Defensa, Interior, Justicia y Relaciones Exteriores–, que en el plazo de 45 días contados a partir de la notificación oficial de la resolución del órgano internacional debe acordar el cumplimiento de la resolución, instando a continuación ante el Ministerio Fiscal la celebración de un acto de conciliación para la determinación, con presencia de las partes, del importe de la indemnización; en caso de que no se alcance acuerdo, las víctimas de la vulneración denunciada han de plantear un incidente de liquidación de perjuicios ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta norma puede servir como fuente de inspiración para instituir en nuestro Derecho un procedimiento análogo, que podría establecerse sobre las siguientes bases:

a) La creación de un órgano semejante al previsto por la citada Ley colombiana, que en nuestro caso podría tener la naturaleza de una Comisión Delegada del Gobierno, a la que se atribuiría la competencia para adoptar o impulsar las decisiones necesarias para dar cumplimiento a las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos.

b) En los casos en que la resolución de un órgano internacional obligue a España a satisfacer una reparación, y establezca la cuantía de esta, como es la regla en el caso de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta reparación será directamente acordada por la Comisión Delegada del Gobierno.

c) En los casos en que la resolución de un órgano internacional obligue a España a satisfacer una reparación, y no establezca su cuantía, como sucede en los dictámenes de los restantes órganos de tratados, la Comisión Delegada ordenará a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, u órgano directivo que la sustituya, la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo para fijar el importe de la reparación, que deberá concluir en el plazo máximo de seis meses. La propuesta de resolución del titular de la citada Dirección General será elevada a la Comisión Delegada del Gobierno, que acordará la reparación.

d) En los casos en que la violación de un derecho humano reconocido por uno de los tratados haya tenido su origen en una actuación de la Administración del Estado, la Comisión Delegada adoptará las medidas necesarias para corregir esa actuación, incluida, en su caso, la declaración de nulidad de pleno derecho del acto administrativo que haya originado la lesión. En los casos en que la lesión del derecho haya tenido su origen en la actuación de una Administración diferente –de una Comunidad Autónoma o de una Entidad local–, el respeto al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas y al principio de autonomía local (artículo 140 CE) impide por supuesto que un órgano de la Administración del Estado pueda emitir directriz alguna, pero al menos podría formular recomendaciones a la Administración respectiva.

e) En los casos en que nos encontremos ante lo que se ha llamado una “violación estructural”, es decir, “cuando la agresión a un derecho tutelado no dimana de una concreta actuación judicial o administrativa, sino del sistema jurídico, o de una determinada práctica administrativa, *modus operandi* o forma de funcionamiento de la Administración Pública, cuya reparación exige la adopción de medidas legislativas, presupuestarias o de otra naturaleza similar” (De Juan, 2005, p. 100), la función de la Comisión Delegada del Gobierno consistirá en proponer e impulsar las medidas correspondientes. Esta función de propuesta e impulso corresponderá a la Comisión no solo en relación con las Sentencias del TEDH o dictámenes sobre comunicaciones individuales, sino en relación con las restantes resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados relativas a nuestro país: observaciones finales sobre los informes periódicos, conclusiones de procedimientos de investigación, informes del Comisionado del Consejo de Europa para los Derechos Humanos, etc. Parece oportuno, por lo demás, que en el ejercicio de esta función la Comisión cuente con la participación de la sociedad civil organizada, en particular de aquellas entidades o asociaciones reconocidas por la ley que tengan como finalidad la defensa y promoción de los derechos humanos, o que hayan sido designadas como mecanismos independientes de seguimiento de alguno de los tratados internacionales de derechos humanos, instituyendo de este modo un nuevo cauce de democracia participativa en relación con la protección de los derechos humanos y la aplicación en España de los tratados internacionales²⁸.

Como puede advertirse, el procedimiento esbozado en las letras c) y d) anteriores permitiría otorgar una reparación inmediata a la víctima, y hacerlo además de oficio, sin necesidad de una nueva petición expresa de esta. Naturalmente, si la víctima no se encuentra satisfecha con la reparación acordada, quedará abierta la vía del recurso con-

²⁸ Cfr. al respecto Navarro Yáñez (2000).

tencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión Delegada. Por otra parte, de acuerdo con la propuesta que se acaba de diseñar las funciones de la Comisión Delegada del Gobierno serían más amplias que las del Comité de Ministros a que se refiere la ley colombiana que nos ha servido de pauta de inspiración, que se limitan a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, pues en nuestro caso parece oportuno instituir un auténtico órgano de vigilancia del cumplimiento en España de las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos.

Ahora bien, las competencias de la citada Comisión, y las virtualidades del procedimiento que se acaba de esbozar, tienen un evidente límite, pues no podrían extenderse a aquellos supuestos en que la lesión del derecho tiene su origen directo en una actuación de la Administración de Justicia, como sucede por ejemplo en el caso que fue examinado por el Comité de Derechos Humanos en Dictamen de 25 de julio de 2007 –que continúa una larga trayectoria jurisprudencial del Comité acerca de la vulneración en España del derecho a la doble instancia penal–, y que daría origen más tarde a la STS 401/2020, de 12 de febrero. El autor de la comunicación individual examinada por el Comité había sido absuelto por la Audiencia Nacional de un delito de apropiación indebida por entender que el delito había prescrito; apelada la sentencia por el Ministerio Fiscal, fue condenado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que consideró que se había interrumpido la prescripción. El autor interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional frente a la sentencia condenatoria, que fue desestimado. Pues bien, el Comité entiende que “la ausencia del derecho a revisión por un tribunal superior de la condena impuesta por un tribunal de apelación, después que una persona haya sido absuelta por un tribunal inferior, constituye una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”, y, aunque admite que el Tribunal Constitucional consideró los hechos del caso en el contexto de la revisión de las cuestiones constitucionales planteadas “no puede concluir que esta consideración alcanzara el nivel exigido por el párrafo 5 del artículo 14 para una revisión de la condena”, por lo que exige a España “proporcionar al autor un recurso efectivo que permita la revisión del fallo condenatorio y la pena por un tribunal superior”²⁹.

²⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Dictamen respecto de la Comunicación 1381/2005, 25 de julio de 2007 (CCPR/C/90/D/1381/2005), n.º 7.2 y 9.

Como ha tenido ocasión de examinar Bou Franch (2019/2, especialmente pp. 40-43 y 56-62), 15 de los 23 dictámenes condenatorios contra España del Comité de Derechos Humanos tienen precisamente como objeto la vulneración del derecho a la doble instancia penal; cuestión esta respecto a la que España “ha cumplido muy tardíamente y de manera incompleta las resoluciones del Comité” (Bou, 2019/2, p. 59), pues la doble instancia penal no se ha generalizado hasta la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías proce-

Naturalmente, el único cauce para el cumplimiento del dictamen del Comité en este caso habría de ser el recurso de revisión, que de hecho fue la vía intentada por la víctima. Sin embargo, en la STS 401/2020, el Tribunal Supremo desestima esta pretensión, habida cuenta de que “la ley española solo atribuye a las sentencias del TEDH la condición de título habilitante para un recurso de revisión contra una resolución judicial firme”³⁰.

Ahora bien, si en el apartado anterior del presente estudio hemos concluido que los dictámenes de los Comités, en la medida en que aprecian la violación de un derecho reconocido en el correspondiente tratado internacional, tienen carácter obligatorio para el Estado –es decir, en este aspecto tienen el mismo valor jurídico que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, y en consecuencia el Estado ha de arbitrar los cauces oportunos para el cese o reparación de esa violación, se encuentra plenamente justificado extender el motivo del recurso de revisión instituido por el artículo 5 bis LOPJ a los dictámenes de los Comités³¹. Naturalmente, esta extensión no puede ser decidida por vía jurisprudencial, pues el recurso de revisión es un recurso extraordinario limitado a motivos tasados, que deben ser objeto de interpretación restrictiva, sino que exigiría una reforma legislativa, tanto del artículo 5 bis LOPJ como de las leyes procesales de los diferentes órdenes jurisdiccionales. Se debería aprovechar además esta reforma legislativa para subsanar una importante deficiencia en la actual regulación de este motivo del recurso de revisión, que ha sido observada por la doctrina, concretamente la restricción de la legitimación activa a quien haya sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “déficit este contrario a las normas internacionales de derechos humanos que obligan al Estado causante de la violación de derechos a enmendarla rectificando todas las situaciones que la causen... Por último, el procedimiento se hace gravoso para quien ha visto vulnerados sus derechos fundamentales al tener que ser el propio perjudicado el que promueva la revisión” (Simarro, 2016, pp. 51-52). Sería lógico, pues, extender la legitimación activa para la interposición de este recurso al Ministerio Fiscal. Asimismo, podría reconocerse la legitimación activa del Defensor del Pueblo, que no resulta extraña a la naturaleza de esta institución, pues su cometido es la defensa de los derechos reconocidos por la Constitución (artículo 54 CE), en cumplimiento del cual ya cuenta con legitimación

sales, y además de forma muy limitada, pues “sigue sin haber segunda instancia penal para las personas aforadas que sean condenadas en primera instancia, así como tampoco para los supuestos de condena en segunda instancia después de absolución en primera o de agravamiento de condena en segunda instancia” (Bou, 2019/2, p. 62).

³⁰ STS 401/2020, de 12 de febrero (Sala Especial artículo 61 LOPJ), fundamento jurídico 6.º.

³¹ Así lo ha propuesto ya Villán Durán (2019, pp. 122-123).

activa, reconocida por la propia Constitución (artículo 162), para la interposición de los recursos de amparo e inconstitucionalidad.

6. CONCLUSIONES

En el presente estudio se ha intentado reflexionar acerca del valor jurídico, en nuestro ordenamiento, de las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos. Constatado el carácter indiscutiblemente obligatorio de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la argumentación acerca de las resoluciones de los restantes órganos de supervisión de los tratados, expuesta sobre todo en el apartado cuarto, puede resumirse en las siguientes conclusiones:

a) La interpretación de los tratados que formulan los órganos de supervisión es una interpretación particularmente autorizada, que ha de ser tomada en cuenta a su vez al interpretar conforme a los tratados las disposiciones relativas a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, como ordena su artículo 10.2.

b) Los dictámenes de los órganos de supervisión que ponen fin a procedimientos iniciados por comunicaciones individuales en los que se constata la vulneración de un derecho reconocido por alguno de los tratados tienen, en cuanto a la constatación de esa vulneración, carácter obligatorio, por lo que el ordenamiento jurídico ha de arbitrar los cauces para el cese o reparación de esa violación.

c) En todos los demás casos, las resoluciones de los órganos de supervisión, aunque no puedan calificarse en sentido estricto como obligatorias o vinculantes, constituyen recomendaciones particularmente autorizadas, por lo que puede afirmarse que revisten una presunción *iuris tantum* de obligatoriedad.

Resulta necesario, pues, que el ordenamiento jurídico ofrezca los cauces adecuados para dotar a tales resoluciones de la efectividad que corresponde a su valor jurídico. En este sentido, el presente estudio formula una propuesta que puede sintetizarse en los siguientes aspectos:

a) Reforzar la obligación de los Jueces y Tribunales de interpretar los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales de derechos humanos, teniendo en cuenta a su vez la interpretación de esos tratados formulada por sus órganos de garantía.

b) Crear un órgano, concretamente una Comisión Delegada del Gobierno, para el seguimiento y vigilancia, con carácter general, del cumplimiento de las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados.

c) Instituir un procedimiento para la inmediata reparación, de oficio, de las vulneraciones de los derechos humanos declaradas por los órganos de supervisión.

d) Incorporar los dictámenes de los órganos de supervisión de los tratados como título habilitante para el recurso de revisión contra resoluciones judiciales firmes, al modo que ya lo son las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y extender la legitimación activa para este recurso de revisión al Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo.

Estas son las sugerencias que se formulan para el debate, y que se recogen en la Proposición de Ley Orgánica propuesta por el CERMI, que se publica en este mismo número de *Anales de Derecho y Discapacidad*.

BIBLIOGRAFÍA

BOU FRANCH, Valentín. “El cumplimiento en España de las sentencias y dictámenes de los órganos de control del cumplimiento de los derechos humanos establecidos en Tratados Internacionales. Comentario a la STS núm. 2747/2018, de 17 de julio”, *Revista Boliviana de Derecho*, 27, 2019, pp. 434-457.

BOU FRANCH, Valentín. “Las comunicaciones individuales contra España presentadas en el Comité de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho español”, *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, pp. 17-64. Madrid: Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, 2019.

CARDONA LLORENS, Jorge. “Artículo 30.2 y 3. Ejecución”, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, pp. 561-573. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2015.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Observaciones finales sobre el informe inicial de España*, 19 de octubre de 2011.

DE JUAN CASADEVALL, Jorge. “La problemática ejecución de Sentencias del TEDH en el Derecho español”, *Revista de las Cortes Generales*, 66, 2005, pp. 93-136.

- DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. “Artículo 30.1. Ejecución”, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, pp. 531-560. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2015.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. “Artículo 31. Prevalencia de los Tratados”, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, pp. 575-589. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2015.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los dictámenes adoptados por Comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 71, 2019, pp. 241-250.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. “La obligación del Estado de reconocer y aceptar los efectos jurídicos de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos”, *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, pp. 237-277. Madrid: Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, 2019.
- GUILLEN LÓPEZ, Enrique. “Ejecutar en España las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho Constitucional Europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 2018, pp. 335-370.
- IGLESIAS VELASCO, Alfonso. “Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 29, 2013, pp. 165-216.
- LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. “La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los Dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, pp. 171-200. Madrid: Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, 2019.
- MACHO CARRO, Alberto Javier. “Reflexiones en torno a la naturaleza y ejecutoriedad de los dictámenes emitidos por los Comités de Supervisión de Tratados de Derechos Humanos en el ordenamiento español: la STS 1263/2018, de 17 de julio”, *Revista Justicia y Derecho*, 2, 2019, pp. 131-140.

MARÍN LÓPEZ, Antonio. “Orden jurídico internacional y Constitución española”, *Revista de Derecho Político*, 45, 1999, pp. 35-67.

NAVARRO YÁÑEZ, Clemente Jesús. “El sesgo participativo: introducción a la teoría empírica de la democracia participativa”, *Papers. Revista de Sociología*, 61, 2000, pp. 11-37.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 24.^a ed., 2020.

SIMARRO PEDREIRA, Margarita. “El nuevo motivo del recurso de revisión (especial referencia en el orden jurisdiccional penal)”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 3, 2016, pp. 27-49.

VILLÁN DURÁN, Carlos. “El valor jurídico de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos”, *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, pp. 99-123. Madrid: Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, 2019.

Gloria Álvarez Ramírez

Doctora en Derecho

Especialista en Derecho de la Discapacidad

////////////////////
**EFFECTIVIDAD EN ESPAÑA DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS DE SE-
GUIMIENTO DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMA-
NOS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS DECISIONES DEL COMITÉ SOBRE
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD***

**EFFECTIVENESS IN SPAIN OF THE DECISIONS OF THE MONITORING BO-
DIES OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES. SPECIAL REFE-
RENCE TO THE DECISIONS OF THE COMMITTEE ON THE RIGHTS OF
PERSONS WITH DISABILITIES**

SUMARIO: 1. Introducción. –2. La discapacidad en un tratado internacional de derechos humanos. –3. La aplicación de las decisiones de los Comités de tratados internacionales de derechos humanos firmados por España (referencia al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). –4. La acción judicial en el cumplimiento y aplicación de las decisiones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. –Bibliografía.

* Recibido 31 de marzo de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

El ejercicio reflexivo que se registra en estas líneas proviene de la invitación a participar en el seminario “Aportación de materiales para la confección de una propuesta de modificación normativa para otorgar efectividad en el derecho interno a las decisiones de órganos de seguimiento de tratados internacionales de derechos humanos” organizado por el CERMI y la Fundación Derecho y Discapacidad coincidiendo con la celebración del Día Internacional de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 2020).

RESUMEN

Las decisiones de los órganos de seguimiento de tratados internacionales de derechos humanos vienen siendo sistemáticamente ignoradas por el Estado español, incumpliendo, por tanto, sus obligaciones con los imperativos legales recogidos en los tratados de derechos humanos que voluntaria y expresamente aceptó. Factores que van desde las limitaciones institucionales hasta los cánones interpretativos restrictivos e incoherentes sobre la ejecución de estas decisiones internacionales impiden su aplicación. Aunque cualquier estrategia para lograr la implementación de estas decisiones es válida, no se debería esperar a una reforma legislativa o a la creación de un mecanismo gubernamental para tal fin, sino que la voluntad decidida de los órganos del Estado apoyados por la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución debería bastar para acatar estas decisiones.

ABSTRACT

The decisions of the monitoring bodies of international human rights treaties have been systematically ignored by the Spanish State, thus failing to comply with its obligations to the legal imperatives contained in the human rights treaties that it voluntarily and expressly accepted. Factors ranging from institutional limitations to restrictive and incoherent interpretative canons on the execution of these international decisions impede their application. Although any strategy to achieve the implementation of these decisions is valid, one must not wait for a legislative reform or the creation of a governmental mechanism for this purpose. The determined will of the State organs supported by the interpretation of Article 10.2 of the Constitution should be enough to comply with these decisions.

Palabras clave: Decisiones internacionales de derechos humanos, estrategias para implementar, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Keywords: International Human Rights Decisions, Strategies for implementing, The Committee on the Rights of Persons with Disabilities.

1. INTRODUCCIÓN

España viene incumpliendo de manera sistemática las decisiones de los órganos de seguimiento de tratados internacionales de derechos humanos¹, cuestión alimentada

¹ Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos son comités de expertos independientes que han recibido un mandato para supervisar la aplicación de los principales tratados internacionales de derechos humanos.

por la falta de voluntad (algunos dirán que por la inexistencia de estructuras efectivas) para ejecutarlas.

Si bien el Estado español reconoce la competencia de los distintos Comités de tratados de derechos humanos² y, por tanto, todos los órganos del Estado vienen obligados conforme al artículo 10.2 de la Constitución a interpretar las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Estado español, el acatamiento de las decisiones de los distintos Comités de tratados Internacionales de derechos humanos no se está garantizado. En cambio, la ejecución es, en gran parte, un proceso ad hoc impulsado por la sociedad civil que mediante una litigación estratégica está tratando de poner de manifiesto que estas decisiones son parte del ordenamiento jurídico interno y, por tanto, de aplicación directa y obligada.

Para remediar la falta de cumplimiento de las decisiones de los órganos de tratados internacionales de derechos humanos se viene planteando, desde hace algún tiempo, el desarrollo de diversas estrategias/enfoques, como, por ejemplo, la promulgación de legislación habilitante, la creación de estructuras internas de cumplimiento, o la ejecución directa de las decisiones a través de los tribunales internos y de los actores políticos. Nos alineamos con este último enfoque, sin que por ello descartemos los demás, pues consideramos que los desafíos para la ejecución exitosa de las decisiones de los órganos de tratados internacionales parten de una voluntad y un compromiso genuino de los diversos actores del Estado con los derechos humanos. La mera existencia de legislación o estructuras internas de ejecución –incluso la más sofisticada– sobre la ejecución de este tipo de decisiones internacionales no garantizan por sí solas su acatamiento y pueden correr el riesgo de crear la ilusión de cumplimiento. Sin embargo, una voluntad férrea con los derechos humanos, ajena a intereses políticos o de competencias³, es el factor más importante para predecir la efectividad de cumplimiento en el derecho interno de las decisiones de los mencionados órganos de seguimiento.

² Hay nueve órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos que supervisan la aplicación de los principales tratados internacionales de derechos humanos: Comité de Derechos Humanos (CCPR), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Comité contra la Tortura (CAT), Comité de los Derechos del Niño (CRC), Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (CMW), Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) y el Comité contra la Desaparición Forzada (CED).

³ En un Estado como el español, con régimen autonómico, la legalidad se encuentra fragmentada y está generando descompensaciones en el tratamiento de los ciudadanos con discapacidad.

A sabiendas de que la discapacidad es todavía un tema para descubrir por los operadores jurídicos, y que la vinculación a los tratados internacionales no es una práctica habitual entre los juristas que ven estas normas lejanas y ajenas a su quehacer profesional, se ha estructurado este documento en tres apartados.

El primero de ellos esboza brevemente el lugar de la discapacidad en el entramado de los derechos humanos y el papel del Comité internacional de Naciones Unidas para tales efectos. El segundo apartado reflexiona sobre la efectividad en el derecho interno de las decisiones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como órgano de seguimiento y vigilancia a nivel internacional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Un tercer apartado cierra con unas consideraciones sobre el decisivo papel que puede desempeñar el poder judicial en la implementación y cumplimiento de las decisiones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2. LA DISCAPACIDAD EN UN TRATADO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

El deseo de que la discapacidad fuera situada allí donde le corresponde, en el ámbito de los derechos humanos, de que las personas con discapacidad se hicieran visibles dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, y de que dispusieran de una herramienta jurídica vinculante para hacer valer sus derechos se cristalizó con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2008, para que coincidiese su entrada en vigor en nuestro ordenamiento con el de la vigencia internacional, concretamente el 3 de mayo de 2008. Es a partir de esta fecha que las normas contenidas en el Tratado obligan a España conforme a la literalidad del artículo 96 de nuestra Constitución “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. En el mismo sentido el artículo 1.5 del Código Civil: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”.

El Protocolo Facultativo⁴ de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad aprobado junto con la Convención el 13 de diciembre del 2006, por la

⁴ Un Protocolo Facultativo es un instrumento jurídico que complementa y añade derechos y obligaciones adicionales respecto de un Tratado. Puede versar sobre un tema relacionado con el tratado original y se

Asamblea General de la ONU, e igualmente ratificado por España y, por tanto, de obligado cumplimiento, amplía la protección concedida a los titulares de derechos y posibilita ciertos procedimientos para fomentar la aplicación de las disposiciones de la Convención. En su artículo 1 reconoce la competencia del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (“el Comité”) para recibir y tramitar quejas o denuncias individuales, y de personas o grupos de personas, conocidas como comunicaciones, por la violación de cualquiera de las disposiciones de la Convención por parte de un Estado que haya ratificado el Protocolo Facultativo.

Si bien el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se crea en virtud del artículo 34 de la Convención como mecanismo específico de vigilancia del Tratado a escala internacional, las funciones más importantes del mismo fueron extraídas de la Convención e incluidas en el Protocolo Facultativo. Así, además de la función recogida en el artículo 1, el Protocolo Facultativo confiere al Comité la facultad de realizar investigaciones en los Estados partes si recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas de la Convención (artículo 6).

Otras funciones del Comité son: Celebrar jornadas de debate abiertas al público durante las cuales examina cuestiones de interés general que se derivan de la Convención; participar, sobre la base de los informes periódicos recibidos de los Estados y otras partes interesadas, como los mecanismos de vigilancia nacionales y organizaciones de la sociedad civil, en un diálogo constructivo con los Estados sobre la aplicación de la Convención, publicando observaciones finales y recomendaciones de medidas de seguimiento encaminadas a mejorar y fortalecer la aplicación; y hacer declaraciones con fuerza legal, denominadas observaciones generales, para aclarar disposiciones específicas de la Convención o cuestiones que se planteen en la aplicación de la misma.

El artículo 33 de la Convención recoge tres mecanismos que son pertinentes para la aplicación y la vigilancia del Tratado a escala nacional. En primer lugar, los Estados designarán a uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación; en segundo lugar, los Estados considerarán debidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles; y por úl-

utiliza para profundizar sobre cuestiones que aparecían en el Tratado original, abordar una preocupación nueva o añadir un procedimiento para la aplicación y puesta en marcha del Tratado, como por ejemplo incluir un procedimiento para la presentación individual de quejas. Un Protocolo es “Facultativo” cuando no vincula automáticamente a los Estados que ya han ratificado la Convención original. Estas obligaciones en el protocolo son adicionales y pueden ser más exigentes que las que aparecían en el Tratado original.

timo, los Estados establecerán o designarán un marco que constará de uno o varios mecanismos independientes para promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención. En España, como mecanismo independiente para el seguimiento de la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue designado oficialmente por el Estado español en 2011 el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), el cual es considerado por Naciones Unidas como institución nacional de derechos humanos en el ámbito de las personas con discapacidad y reconocido como entidad consultiva especial.

Si bien las disposiciones contenidas en la Convención obligan a España desde su entrada en vigor y son fuentes directas y plenamente eficaces en el Derecho interno y, por tanto, susceptibles de crear por sí mismas derechos y obligaciones directamente exigibles por los particulares e invocables ante los órganos judiciales y administrativos, lo cierto es que se aprecia una actitud lenta y reacia de las instancias legislativas y gubernamentales para aplicar la Convención. Aunque celebramos tanto la reciente aprobación de la gran reforma del derecho civil en materia de discapacidad⁵, así como la reforma en aspectos relevantes dentro del derecho penal⁶, todavía existen situaciones contrarias a los derechos humanos como la institucionalización de las personas con discapacidad en residencias o centros de vida colectiva. Tampoco las instancias judiciales se desmarcan de este derrotero renuente y son pocas las sentencias de nuestros tribunales en las que se invoca explícita y adrede la Convención y, mucho menos, las que fundamentan su resolución en sus disposiciones haciendo así una aplicación directa de la misma, sino que, generalmente, se hace como norma de contraste con la legislación interna. Una actitud que, además, en el Tribunal Supremo⁷ y el Tribunal Constitucional⁸, no solo es refractaria, sino confusa en cuanto a la aplicación de los Dictámenes de los distintos Comités de Tratados Internacionales de Derechos humanos que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos.

⁵ Nos referimos a 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).

⁶ En este ámbito, 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 (BOE núm. 328 de 17 de diciembre de 2017).

⁷ Véase, STS 401/2020, 17 de julio de 2020.

⁸ SSTC 64/1991, de 22 de marzo (fundamento jurídico 4), 372/1993, de 13 de diciembre, (fundamento jurídico 7), 41/2002, de 25 de febrero (fundamento jurídico 2).

3. LA APLICACIÓN DE LAS DECISIONES DE LOS COMITÉS DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS FIRMADOS POR ESPAÑA (REFERENCIA AL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD)

Es precisamente esta reluctante y confusa doctrina judicial la que origina este escrito. El espinoso asunto de la vinculatoriedad de las decisiones⁹ de los comités de tratados internacionales de derechos humanos firmados por España.

La sentencia del Tribunal Supremo 1263/2018, del 17 de julio, reconoce la aplicación en España del dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) creado en el marco de un tratado internacional de derechos humanos del que España es parte. De manera expresa el Estado español aceptó la competencia de tal Comité para examinar y pronunciarse sobre reclamaciones particulares. El Alto Tribunal, acorde con el dictamen del Comité, condena al Estado al pago de una indemnización como reparación de los daños morales causados a la recurrente. Con esta sentencia, el Tribunal Supremo, se separa de la posición mantenida en jurisprudencia anterior y acepta la preeminencia en el ordenamiento jurídico doméstico de los compromisos internacionales asumidos por España en materia de derechos humanos.

Sin embargo, a principios del 2020, el Tribunal Supremo mediante sentencia 401/2020, de 12 de febrero, vuelve a manifestar su criterio interpretativo sobre la vinculatoriedad de las decisiones emitidas por un Comité internacional (en este caso el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas) y en el Fundamento n.º 6 de la sentencia dice: “Resulta conveniente añadir que no procede equiparar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos –TEDH– con las recomendaciones o Dictámenes de los distintos Comités de las variadas organizaciones internacionales que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos. La ley española solo atribuye a las sentencias del TEDH, y en determinadas condiciones, la condición de título habilitante para un recurso de revisión contra una resolución judicial firme (artículo 102 LJCA, artículo 954. 3 LE-Crim, 510.2 LEC)”.

⁹ Adviértase que en esta confusión jurisprudencial se habla de Dictamen, es decir, aquella decisión de los órganos de tratados (Los diferentes Comités) que, en un caso concreto, determina si ha habido violación del correspondiente Tratado. Sin embargo, la terminología al respecto implica concepciones difusas en los diferentes lenguajes que usan los juristas, los internacionalistas, las organizaciones no gubernamentales, los jueces, pues se habla de decisiones, resoluciones, emanaciones (expresión usada en alguna ocasión por el Tribunal Supremo), productos, compromisos de los órganos de los Comités, incluyendo, por tanto, en estas locuciones tanto dictámenes, recomendaciones, medidas provisionales etc., que emanan de los Comités.

Si bien esta sentencia es merecedora de muchas otras observaciones de alcance más general, nos interesa resaltar el valor jurídico tan restringido que nuestro ordenamiento jurídico le da a los Dictámenes de los Comités creados en virtud de marcos de tratados de derechos humanos y los que España expresamente aceptó.

Sobre este asunto, esta ha sido, hasta el momento, la interpretación imperante: Los Dictámenes de los Comités de Derechos humanos de la ONU –y, entre ellos, los del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad– no tienen carácter vinculante, no son resoluciones judiciales, ni constituyen una interpretación auténtica del Pacto en cuya virtud se constituyen. La argumentación jurídica para esto, extraída de los pronunciamientos de distintos organismos¹⁰, es la imposibilidad de revisar un acto administrativo cuando el mismo ha sido ratificado judicialmente por sentencia firme, debiéndose acudir en ese caso al procedimiento de revisión de sentencias firmes¹¹. La modificación de la Ley del Poder Judicial de 2015 “ha dispuesto que solo las sentencias del TEDH sean título habilitante para la revisión de las sentencias en que se produjo la vulneración del derecho fundamental, sin extender esa clase de eficacia a otras sentencias o Dictámenes”.

Este argumento choca con la lógica de que un Protocolo Facultativo exija agotar las vías internas¹² cuando esas vías internas, precisamente por haberse agotado y haber recaído sentencias firmes, son inatacables por lo que resuelva el respectivo Comité. La perplejidad que produce este atolladero jurídico resulta primordialmente indignante para aquellos que tras años de periplo en reclamo de sus derechos con ello se tropiezan; desquiciante para quienes nos preocupamos por la protección y la promoción de los derechos humanos; pero debería revestir especial interés y ser un tema acuciante de resolver para quienes tienen el deber de encontrar mayores niveles de certeza jurídica en la relación entre el derecho público interno y el derecho internacional de derechos humanos.

Pero ¿es realmente necesaria una modificación normativa que establezca un procedimiento que permita otorgar efectividad en el derecho interno a las decisiones de órganos de seguimiento de tratados Internacionales de derechos humanos? ¿No bastaría con una interpretación correctora que partiría de la interpretación del artículo 10.2

¹⁰ Con referencia explícita al Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Consejo de Estado.

¹¹ Argumento que se extrae de la sentencia 401/2020, de 12 de febrero el Tribunal Supremo ya aludida.

¹² En el caso del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se establece en el artículo 2 d): “El Comité considerará inadmisibile una comunicación cuando: (...) No se hayan agotado todos los recursos internos disponibles, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o sea improbable que con ellos se logre un remedio efectivo”.

de la Constitución española que establece que los órganos del Estado (todos ellos, judiciales o no): “(...) interpretarán las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con (...) los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España”? Si históricamente España se ha adherido con fuerza al principio de honrar sus compromisos internacionales, ¿por qué el Estado español ratifica un Protocolo Facultativo que otorga competencia al Comité respectivo, si posteriormente va a desatender sus recomendaciones?

Los Comités establecidos por los tratados sobre derechos humanos se conforman como órganos técnicos, constituidos por expertos independientes quienes no pueden recibir ningún tipo de pautas o preceptos de sus gobiernos, ni de ningún otro órgano u organización ya sea nacional o internacional.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Artículo 34. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

3. Los miembros del Comité desempeñarán sus funciones a título personal y serán personas de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia en los temas a que se refiere la presente Convención.

Los Comités disponen de garantías para salvaguardar la objetividad e imparcialidad de sus integrantes en todas las actuaciones que realicen (sesiones, procedimientos, análisis de informes y quejas individuales...),

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Artículo 3

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 del presente Protocolo, el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba con arreglo al presente Protocolo.

Artículo 4

2. El ejercicio por el Comité de sus facultades discrecionales en virtud del párrafo 1 del presente artículo, no implicará juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.

Una de sus funciones es hacer recomendaciones generales respecto de los informes que deben enviar los Estados miembros del tratado correspondiente. Estas recomendaciones (Observaciones generales) son declaraciones autorizadas del Comité sobre temas o artículos concretos del Tratado que operan en la práctica como un Dictamen jurídico general pues orientan a los Estados partes en la aplicación del Tratado ya que en ellas se indica con especial detalle lo que significan determinadas disposiciones, condicionando así la actuación de los intérpretes nacionales.

Observaciones Generales adoptadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, la cuales complementan, precisan o interpretan preceptos de especial relevancia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

1. Observación general núm. 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.
2. Observación general núm. 2 (2014). Artículo 9: Accesibilidad.
3. Observación general núm. 3 (2016). Artículo 6: Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad.
4. Observación general núm. 4 (2016). Artículo 24: Sobre el derecho a la educación inclusiva.
5. Observación general núm. 5 (2017). Artículo 19: Sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.
6. Observación general núm. 6 (2018). Artículo 5: Sobre la igualdad y la no discriminación.
7. Observación general núm. 7 (2018): 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.

Asimismo, los Dictámenes que responden a las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a la jurisdicción del Estado parte que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de las disposiciones de la Convención, son el resultado de un procedimiento en donde el Comité actúa de cierta manera como un órgano cuasi-judicial puesto que debe acatar los principios de contradicción, motivación de sus decisiones y publicidad de las mismas; y lo que es más importante, como ya se ha indicado en líneas precedentes, el Comité únicamente puede conocer de comunicaciones de personas físicas o jurídicas que estén bajo la jurisdicción del Estado que sea parte en el Tratado y que ha aceptado manifiestamente la competencia del Comité para realizar esa función.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Artículo 1

1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo (“Estado Parte”) reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“el Comité”) para recibir y considerar las comunicaciones 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, o en nombre de esas personas o grupos de personas.

2. El Comité no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte en el presente Protocolo.

Si los Comités de las Naciones Unidas tienen la función de interpretar los instrumentos internacionales de derechos humanos, bien cuando aclaran el contenido de los tratados (en las Observaciones) o bien cuando reciben comunicaciones individuales (en sus Dictámenes) podemos afirmar que sus decisiones contienen la interpretación genuina y autorizada del contenido en cuestión de los derechos reconocidos en el Tratado y de cuál es el sentido de cada una de las obligaciones que se impone a los Estados partes. Entonces, ¿puede esperarse algo diferente que no sea que el Estado asuma las interpretaciones del Comité pertinente conforme a los compromisos que ha adquirido formal, expresa y libremente cuando suscribió el respectivo Tratado?

La idea de que después de la aprobación de un Tratado de derechos humanos se añadan Protocolos Facultativos es usarlos para aumentar los instrumentos de derechos humanos. Los Protocolos Facultativos deben interpretarse siempre a la luz del tratado original como un todo y, precisamente, lo que pretenden los Estados partes que ratifican estos Protocolos es encontrar mecanismos jurídicos que complementen y profundicen en las previsiones del tratado original. Y hay que apuntalar que estos mecanismos contienen obligaciones adicionales que pueden ser más exigentes que las que aparecían en la Convención original, por lo que los Estados deben escoger de manera independiente si quieren vincularse o no al Protocolo.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Artículo 8

Todo Estado Parte podrá, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 6 y 7.

Así que, más allá de la naturaleza jurídicamente vinculante o no de las decisiones de los Comités de derechos humanos, no se puede perder de vista que España se ha obligado internacionalmente a cumplir y hacer efectivos los derechos humanos de los tratados de los que es parte. En materia de los derechos humanos de las personas con discapacidad, el Tratado es meridianamente claro en su tenor literal. Así reza el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

“1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;

d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;

e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;

f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;

g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;

h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;

i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida”.

5. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.

El alcance del artículo 10.2 de la Constitución debería bastar como fundamento jurídico específico para acatar las decisiones de los Comités de derechos humanos, según la cual los órganos del Estado (todos) deberán utilizar como elementos interpretativos de los derechos y libertades que nuestro sistema jurídico reconoce (en particular los de la Carta Magna) los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos firmados por España.

Cuando el Estado español se suma a un tratado internacional de derechos humanos adquiere la obligación de cumplir sus disposiciones desde el momento que entre en vigor y debe adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivo en su Derecho interno el pleno respeto de los derechos y libertades consagrados en dicho Tratado y en sus respectivos Protocolos Facultativos si han sido igualmente ratificados por el Estado¹³.

La indiscutible relevancia de los mandatos establecidos en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución española no solo tiene que ver con la asunción de los compromisos internacionales por parte de España, sino que, primordialmente, pone a la persona y el respeto de su dignidad como el vector axiológico sobre el cual pivota el conjunto del sistema jurídico.

A lo anterior habría que añadir, de manera breve pero dicente, que algunos de los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas de que habla el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuya jurisdicción es reconocida como obligatoria por España, son los principios de *buena fe* y la norma *pacta sunt servanda*. También ellos aparecen en el propio Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas, y en ciertas Resoluciones de la Asamblea General que refiere:

Resolución 2625 (XXV) (Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas):

“Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones que ha contraído en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidas. Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos”.

En consecuencia, la inaplicación por los órganos españoles de las decisiones de los Comités que han sido creados en virtud de estos tratados internacionales y cuya competencia ha sido expresamente aceptada por el Estado español, implicaría la violación de los tratados en cuestión y, por tanto, de las normas constitucionales pertinentes.

¹³ España, se reitera, ha ratificado tanto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como su Protocolo Facultativo, estando en vigor en nuestro país desde el 3 de mayo de 2008.

Esta interpretación correctora a la luz del artículo 10.2 de la Constitución para otorgar efectividad en el derecho interno a las decisiones de órganos de seguimiento de tratados internacionales de derechos humanos, según nuestro criterio, no debería esperar a una reforma legislativa, a un pronunciamiento constitucional o a la creación de mecanismo gubernamental alguno, como se solicita desde algunas instancias. Esta interpretación para lograr la ejecución de las decisiones internacionales en cuestión es acogida por Cuenca Gómez (2012, pp. 21-23) y Gutiérrez Espada (2018, p. 845), entre otros estudiosos del tema. En estricto sentido, todos los órganos del Estado vienen obligados a emplearla ya que es una aplicación respetuosa de los valores de derechos y libertades fundamentales que sustenta un Estado que se dice democrático y cumplidor de sus compromisos internacionales como el español. Para este cometido es indispensable una actitud innovadora de jueces y tribunales que faciliten la eficacia real de estos tratados, un talante, por cierto, no necesariamente nuevo en los derechos humanos o en el derecho en general, ya que de muchos tribunales de otros países se han extraído numerosas lecciones sobre la ejecución de sentencias revolucionarias sobre estos derechos.

No obstante, en la búsqueda para otorgar efectividad en el derecho interno a las decisiones de órganos de seguimiento de tratados internacionales de derechos humanos, otras voces consideran que esta aplicación directa de la interpretación del artículo 10.2 CE plantearía muchos problemas en el ordenamiento jurídico español, constatable en la actualidad con una jurisprudencia con cierta indefinición al respecto. Abogan, en cambio, por una ley específica o reforma normativa que regule la ejecución de las decisiones de los Comités de las Naciones Unidas; por la creación de un órgano dependiente de la Administración que en caso de que la decisión del órgano de Tratado sea Dictamen¹⁴, fije la reparación y haga las convenientes sugerencias de modificaciones normativas o administrativas que fueran necesarios; o por otros mecanismos que establezcan protocolos o prácticas para el seguimiento de los Tratados¹⁵, entre otros.

¹⁴ Esta es una de las propuestas del profesor Jorge Cardona Lloréns, sugerencia realizada en el seminario “Aportación de materiales para la confección de una propuesta de modificación normativa para otorgar efectividad en el derecho interno a las decisiones de órganos de seguimiento de Tratados Internacionales de Derechos humanos” organizado por el CERMI y la Fundación Derecho y Discapacidad. Disponible en: <https://galeriavideos.cermi.es/player.php?id=/videos/489762622> (Minuto: 48:04).

¹⁵ A modo de ejemplo de estos mecanismos, la jurista Sonia Olea, en el Seminario aludido señala -si bien indica que son cambios formales-, el Departamento de seguimiento de los Tratados de Derechos humanos del Ministerio de Justicia y una especie de protocolo que determina una cierta forma de trabajar en la misión de España en Naciones Unidas que recibe las reclamaciones de vulneración de derechos humanos. Seminario ídem: Minuto (1:04:55).

No cabe duda de que todos los esfuerzos que haga el Estado para tomar en serio su compromiso con los derechos humanos son bienvenidos si ello se traduce en el desarrollo de estructuras domésticas que ayuden a incorporar las normas internacionales de derechos humanos en la práctica nacional, que permitan nutrir y mantener su cumplimiento y, en general, que faciliten el proceso de aplicación de las decisiones de los órganos de tratados. Cualquier estructura –legislativa, política, técnica– juega un papel fundamental para construir una cultura más receptiva a los derechos humanos y a las autoridades supranacionales. Sin embargo, acostumbrados como estamos a un excesivo positivismo; a que aun contando con leyes, estas no se aplican por los jueces o que el contenido de las mismas sea el que estos quieran darles; a la vista de tantas experiencias que demuestran que las estructuras organizativas se montan y desmontan de acuerdo a intereses, arreglos o desacuerdos políticos internos o de competencia que se usan como excusa de incumplimiento, creemos que estos mecanismos o estructuras no garantizan por sí mismas el acatamiento de las decisiones de órganos internacionales y pueden generar una visión ilusoria de cumplimiento. La verdadera cuestión, no son los mecanismos, estructuras, enfoques, interpretaciones sobre el valor jurídico vinculante, o efectividad de las decisiones de órganos de seguimiento de tratados de derechos humanos. Todo esto es secundario de lo esencial. Lo esencial es la actitud que adoptan los diferentes actores del Estado que deben acatar este tipo de tratados, que, aunque siendo obvio hay que recordar, no son simples tratados multilaterales, sino tratados de derechos humanos voluntariamente firmados por el Estado español que ha aceptado la competencia de sus órganos de cumplimiento.

4. LA ACCIÓN JUDICIAL EN EL CUMPLIMIENTO Y APLICACIÓN DE LAS DECISIONES DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Aunque como ya se indicó, todos los órganos del Estado deben acatar el cumplimiento del artículo 10.2 CE, lo que significa que además de la acción judicial se requiere de una razonable gestión política del gobierno; y de una intervención decidida del legislador para ser coherentes con la misma norma constitucional que ofrece el fundamento jurídico concreto para otorgar efectividad en el derecho interno a las decisiones de órganos de seguimiento de tratados internacionales de derechos humanos, este apartado dedicará unas someras reflexiones sobre la labor judicial para el cumplimiento e implementación de las decisiones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El papel del poder judicial no solo es importante para el cumplimiento efectivo de las decisiones de los Comités de tratados internacionales de derechos humanos firmados por España cuando estos resuelven reclamaciones particulares, sino que también lo es en términos de implementación de los propios tratados de derechos humanos.

Circunscribiéndonos a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las intervenciones judiciales podrían contribuir a la lucha contra la inequidad y la injusticia social que sistemática y estructuralmente padecen las personas con discapacidad adoptando resoluciones que, además de invocar la Convención, se fundamenten directamente en sus preceptos¹⁶.

Como ya se señaló, otra función del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es hacer observaciones generales con el fin de aclarar disposiciones concretas de la Convención o cuestiones que se planteen en la aplicación de la misma. En sus observaciones generales, el Comité trata de transmitir la experiencia y conocimiento adquirido en el examen de los informes a todos los Estados partes, lo que supone un arsenal interpretativo de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de un valor jurídico incalculable que deber ser utilizado para desarrollar argumentaciones judiciales creativas y comprometidas con la transformación social de la discapacidad¹⁷.

Las sentencias judiciales no solamente generan cambios cuando alteran directamente el comportamiento del sujeto del litigio, sino también cuando se modifica la percepción pública o se crean nuevas alianzas en la sociedad civil. Por lo tanto, aunque una sentencia no haya sido aplicada en el sentido material, puede influir favorablemente en el problema de los grupos afectados (población con discapacidad), puesto

¹⁶ Es de mencionar algunas sentencias que realizan los Dictámenes del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como lo es la sentencia fechada 16 de noviembre de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Barcelona que determinó que el Ayuntamiento de Barcelona deberá cumplir con el Dictamen del Comité de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad en el caso de Vicente Flores contra España.

¹⁷ El informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fechado 4 de junio titulado “Informe de la investigación relacionada con España bajo el artículo 6 del Protocolo Facultativo”, es el resultado de una investigación llevada a cabo a partir de las denuncias recibidas por este organismo para examinar las presuntas violaciones graves y sistemáticas del artículo 24 de la Convención sobre el derecho a la educación inclusiva, y que, tras examinar in situ el caso de España, establece que nuestro país viola la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad al no asegurar ni en su legislación ni en sus políticas ni en sus prácticas educativas el derecho a la inclusión educativa del alumnado con discapacidad, manteniendo estructuras y dispositivos discriminatorios y segregadores, incompatibles con el tratado internacional. Este pronunciamiento del Comité de Naciones Unidas se produce en el marco de un procedimiento de examen al Estado parte, en este supuesto, España, al haber recibido el Comité información fidedigna que revela violaciones graves o sistemáticas de los derechos recogidos en la Convención. Ante la inacción del gobierno y del legislador para adaptar nuestro sistema educativo a los mandatos del Tratado internacional firmado y ratificado por España, el CERMI elevó denuncia ante el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, que, junto con otras recibidas, desencadenó la actuación de este órgano, de acuerdo con el artículo 6 del Protocolo Facultativo de la Convención, siendo el resultado el Informe aludido.

que puede generar movilización social para presionar en el tema de la sentencia, incidir en posteriores reformas legislativas o diseño de nuevas políticas de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia; contribuye a visibilizar situaciones discriminatorias y a transformar la opinión pública acerca de sus necesidades, definiendo y percibiendo el problema como una violación de derechos.

Si bien este cambio no es automático, las sentencias en este sentido pueden contribuir a redefinir los términos de las acciones litigiosas en materia de discapacidad, tanto en el corto como en el largo plazo y, además, tener profundos efectos simbólicos que son muy importantes para avanzar en el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas con discapacidad al modificar la percepción de la discapacidad y de las alternativas de solución que pueden tener tanto la propia población con discapacidad como los distintos actores sociales (administración pública, organizaciones representativas de la discapacidad, operadores jurídicos...) en esta materia.

Aunque las decisiones judiciales sean contrarias a las pretensiones de quienes buscan el reconocimiento o protección de un(os) derecho(s) humano(s) de la persona con discapacidad, el proceso judicial puede generar efectos transformadores al darle visibilidad al problema en los medios de comunicación o crear lazos perdurables entre organizaciones de discapacidad que pueden sobrevivir al fallo y derivar en acciones políticas colectivas a favor de la misma causa en escenarios distintos de los tribunales.

El poder judicial debe exhibir una gran apertura al derecho internacional, y en particular al derecho internacional de los derechos humanos, apoyándose tanto en la Constitución que contiene procedimientos expresos de incorporación de los tratados; y en otras fuentes del derecho internacional como la costumbre y los principios generales del derecho. Es crucial que jueces y magistrados adapten sus decisiones a los cambios históricos y a las nuevas realidades sociales y políticas al interpretar de manera dinámica la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NACIONES UNIDAS (2017): *Informe de la investigación relacionada con España bajo el artículo 6 del Protocolo Facultativo*. CRPD/C/20/3.

CUENCA GÓMEZ, P. (2012) “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12/2012 (Segunda Época), versión electrónica: www.rej.ujaen.es, pp. 1-24 (pp. 21-23).

GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2018) “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”. En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2018, Vol. 10, N.º 2, pp. 836-851. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4406>

NACIONES UNIDAS: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas:
<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx>

_____ Resolución 2625 (XXV), Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1970. D24 de octubre de 1970. Disponible en:
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/352/86/IMG/NR035286.pdf?OpenElement>.

Sentencias

Tribunal Supremo, Sentencia 1263/2018 de 17 de julio (núm. de recurso 1002/2017), y Sentencia 401/2020, de 12 de febrero (núm. de recurso 11/2019).

Carmen Márquez Vázquez

Profesora de la Facultad de Formación del Profesorado

Universidad Autónoma de Madrid

**EL COMPROMISO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS ESPAÑOLAS CON
LA INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD***

**THE COMMITMENT OF SPANISH PUBLIC UNIVERSITIES TO THE LABOR
MARKET INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES**

SUMARIO: 1. Introducción. –2. El acceso a la función docente e investigadora. –3. Medidas de acción positiva a favor del PDI con discapacidad. –4. Metodología; 4.1. Participantes; 4.1. Instrumentos; 4.2. Procedimiento. –5. Resultados; 5.1. Aplicación de la cuota de reserva para PDI con discapacidad; 5.2. Compromiso de las instituciones universitarias con la reserva de plaza; 5.3. Otras oportunidades de acceso a la función docente e investigadora. –6. Discusión y conclusiones. –Bibliografía.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar la aplicación de la cuota de reserva para personas con discapacidad en las plazas de Personal Docente e Investigador (PDI) aprobadas y convocadas por las universidades públicas en España desde 2017 a 2020.

* Recibido el 4 de mayo de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

Desde un diseño de investigación mixto se analiza la normativa vigente, se realiza un seguimiento de concursos públicos de acceso a las plazas de PDI y se facilita participación de los y las responsables de los vicerrectorados de profesorado mediante una encuesta en línea. Los resultados destacan que las universidades no están cumpliendo con la normativa vigente y solo una cuarta parte han implementado este cupo como medida para facilitar la igualdad de oportunidades. Asimismo, se comprueba que existe un uso sesgado de esta medida de acción positiva que está siendo usada básicamente para facilitar la promoción de PDI que ya pertenece al sistema universitario. Se concluye que las universidades españolas mantienen un compromiso débil, discontinuo y sesgado con el PDI con discapacidad.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyse the implementation of the quota of reserved places for academics with disabilities (PDI) in public universities in Spain from 2017 to 2020. Using a mixed research design, the current regulations are analysed, public competitions for accessing to teaching and research staff positions are monitored and the participation of the heads of the vice-rectorates for teaching staff is facilitated by means of an online survey. The results show that the universities are not complying with the current regulations and only a quarter have implemented this quota as a measure to facilitate equal opportunities. It also shows that there is a biased use of this affirmative action measure, which is basically being used to facilitate the promotion of teaching and research staff who already belongs to the university system. It is concluded that Spanish universities maintain a weak, discontinuous and biased commitment to teaching and research staff with disabilities.

Palabras clave: Discriminación positiva, discapacidad, profesorado, universidad, inclusión.

Keywords: Positive discrimination, disability, faculty members, university, inclusion.

1. INTRODUCCIÓN

La participación social de las personas con discapacidad avanza progresivamente, aunque su evolución es más lenta de lo esperado y este grupo continúa estando infrarepresentado en el ámbito universitario (CERMI, 2020). Particularmente, las universidades son espacios cerrados para aquellas personas con discapacidad que desean formar parte de la comunidad universitaria como Personal Docente e Investigador (en adelante PDI) (Márquez *et al.*, 2020).

Tras algunos años de tímido incremento, los últimos datos publicados por Fundación Universia (2021) subrayan que la presencia de PDI con discapacidad en el sistema universitario español es cada vez más anecdótica. En los dos últimos años, el porcentaje de personas con discapacidad que forman parte del conjunto de PDI universitario descendió hasta el 0,6 % en universidades públicas y hasta el 0,2 % del total en las universidades privadas. Estas cifras contrastan con el incremento progresivo de la participación que las personas con discapacidad vienen registrando en otros sectores de actividad laboral (Laborda *et al.*, 2021). En términos generales, las personas con discapacidad en edad de trabajar representan el 6,19 % del total de trabajadores/as en activo (SEPE, 2020). Además del descenso continuado de la participación de personas con discapacidad en el ámbito universitario, estos inquietantes datos ponen de manifiesto que las instituciones universitarias no están asegurando que el 2 % de PDI sean personas con discapacidad. Este precepto normativo fue establecido por 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 hace casi una década. Esta ley reconoce la existencia de diferentes condiciones estructurales que impiden el desarrollo personal y la contribución social de las personas con discapacidad. Con la finalidad de corregir estas situaciones de discriminación, la ley dota a las instituciones públicas y privadas de diferentes estrategias y herramientas. Entre las posibles medidas que los organismos pueden adoptar en el ámbito laboral, destaca la *cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad*. Esta medida de acción positiva tiene como finalidad compensar las desventajas de acceso y promoción en el mercado laboral de las personas con discapacidad y ofrecer una posibilidad de participación en el mismo a este colectivo históricamente discriminado.

Este trabajo tiene como objetivo analizar en qué medida las universidades públicas están aplicando la cuota de reserva para personas con discapacidad en los concursos de acceso y promoción a plazas de PDI universitario. Con este propósito, se plantea un diseño de investigación mixta que se ocupa de analizar la normativa vigente, de realizar un seguimiento de concursos públicos de acceso y promoción a la función docente e investigadora desde 2017 a 2020 y de recoger la opinión de los y las responsables de los vicerrectorados universitarios de profesorado mediante una encuesta online. Se trata de dar respuesta a las siguientes preguntas de investigación: *¿están las universidades públicas aplicando las medidas de acción positiva reconocidas por la normativa para garantizar la igualdad de oportunidades de acceso y promoción del PDI con discapacidad? ¿Qué uso están haciendo las universidades públicas de la cuota de reserva? ¿Quiénes se están pudiendo beneficiar de esta medida de acción positiva?*

2. EL ACCESO A LA FUNCIÓN DOCENTE E INVESTIGADORA

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (United Nations, 2006) reconoció el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles (artículo 27). Para garantizar el cumplimiento de este acuerdo firmado y ratificado por España en 2008, las universidades públicas y privadas poseen el fundamento jurídico necesario para remover los obstáculos que impiden una participación equitativa de personas con discapacidad en la función docente e investigadora (De Lorenzo, 2017). En nuestro caso, estas instituciones educativas cuentan con el amparo normativo para reservar un porcentaje determinado de puestos de trabajo a profesionales académicos con discapacidad. E, igualmente, estas instituciones universitarias poseen plena autonomía para seleccionar a su personal académico (Mora, 2000). No obstante, para que un candidato/a con discapacidad o no, se incorpore al sistema universitario deben darse algunas condiciones previas. En primer lugar, el candidato/a, en cuestión, debe obtener la evaluación positiva por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) a la categoría profesional a la que aspira. Este organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Universidades, tiene como objetivo contribuir a la mejora de la calidad del sistema de educación superior mediante la evaluación, certificación y acreditación de enseñanzas, profesorado e instituciones universitarias. Mediante el Programa de Evaluación del Profesorado (PEP), la ANECA evalúa la formación académica y las actividades docentes e investigadoras de las personas solicitantes que concurren a algunas de las plazas de PDI contratado (profesor/a ayudante doctor, contratado/a doctor y profesor/a de universidad privada). Mediante el programa ACADEMIA, esta entidad evalúa y otorga la acreditación a los cuerpos de PDI funcionario (profesor/a titular y catedrático/a de universidad). En segundo lugar, una vez obtenida la correspondiente acreditación por parte de la ANECA, aquellos candidatos/as que lo deseen concurrirán a los procesos de selección de PDI convocados por las diferentes universidades en igualdad de mérito y capacidad. Según recoge el 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), las plazas de carácter permanente de PDI (contratado/a doctor, profesor/a titular y catedrático/a) serán aprobadas por Consejo de Gobierno e incluidas en la correspondiente Oferta de Empleo Público (en adelante OEP). La OEP se publicará en el Boletín o Diario Oficial autonómico, detallándose el número de plazas aprobadas, la categoría profesional a la que adscriben y la modalidad de acceso correspondiente (turno de acceso libre, promoción interna o reserva específica). En este sentido, los cupos especiales de reserva de plaza previstos por la normativa son dos, la reserva de plaza para candidatos/as del programa Ramón y Cajal con certificado I3 y la reserva de plaza a favor de personas con discapacidad que se aborda en el siguiente epígrafe. En cuanto a la reserva de plaza destinada a candidatos/as del

programa Ramón y Cajal con certificado I3, la normativa establece que, dentro del límite de la tasa de reposición correspondiente a los cuerpos de catedráticos/as, profesores/as titulares y profesores/as contratados/as doctores/as, las universidades deberán destinar un mínimo del 15 % del total de plazas a la incorporación de personal investigador doctor que haya finalizado el programa Ramón y Cajal y haya obtenido el certificado I3.

3. MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA A FAVOR DEL PDI CON DISCAPACIDAD

Las medidas de acción positiva son consideradas como instrumentos para hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de los grupos infrarrepresentados por sus orígenes o necesidades específicas (Rotem *et al.*, 2021). En este contexto, la histórica infrarrepresentación de personas con discapacidad como parte del personal universitario ha motivado que la normativa de regulación de los derechos de personas con discapacidad, de acceso al empleo público y de gestión del sistema universitario hayan reconocido la necesidad de adoptar medidas de acción positiva tendentes a asegurar el derecho de personas con discapacidad a formar parte del grupo de trabajadores universitarios en condiciones de igualdad. En esta línea, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades prohíbe cualquier forma de discriminación y legitima la adopción de las necesarias medidas de acción positiva para asegurar la plena y efectiva participación de las personas con discapacidad en el ámbito universitario (disposición adicional vigésimocuarta, apartado 1). Complementariamente, la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social reconoció la necesidad de contar con medidas positivas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo. Entre las posibles medidas, esta ley estableció que la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad debía ser aplicada por todas las empresas públicas y privadas, con más de 50 trabajadores, hasta garantizar que, al menos, el 2 % de sus trabajadores sean trabajadores con discapacidad. Posteriormente, el EBEP dispuso que la cuota de reserva de puesto debería incorporarse en todas las OEP, de manera que un cupo no inferior al 7 % de las vacantes pudieran ser cubiertas por personas con discapacidad y que, al menos, el 2 % de estas plazas fueran cubiertas por personas que acreditaran una discapacidad intelectual (artículo 59.1). De esta manera, el sistema jurídico español ha legitimado la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad como una medida de acción positiva destinada a compensar las desiguales sociales que impiden el acceso al empleo de las personas con discapacidad y a facilitar su inclusión laboral en las instituciones públicas y privadas, incluidas las universidades.

A pesar del requerimiento normativo citado, los escasos trabajos realizados hasta el momento coinciden en señalar que el sistema universitario es el único ámbito profesional donde las personas con discapacidad no cuentan con la garantía de la reserva de puesto en el acceso a la función docente e investigadora (CERMI 2020; De Lorenzo, 2017; Márquez *et al.*, 2020). Con la intención de corregir esta situación, en 2017, la Conferencia de Rectores de Universidades Españolas (CRUE) aprobó en su Asamblea General de 9 de mayo una serie de recomendaciones para el establecimiento de la reserva de plazas de personal docente e investigador a favor de personas con discapacidad en el sistema universitario español. En este marco, los rectores y las rectoras universitarias pactaron no contemplar la cuota de 2 % relativo a personas con discapacidad intelectual y fijar la cuota de reserva para PDI con discapacidad en el 5 % del total de plazas ofertadas. Asimismo, para ajustar las plantillas a los mínimos establecidos por la legislación vigente, la CRUE recomendó a las universidades examinar la estructura y composición de su plantilla de PDI para determinar cuántas personas con discapacidad la integraban. Y precisó que, en el momento de la planificación del curso, debían realizar las previsiones relativas a las plazas que integrarían la cuota del 5 % de la reserva en función de: a) Identificación de las áreas de conocimiento, centros universitarios y departamentos donde fuera preciso reforzar el personal PDI en atención a sus propios criterios sobre déficit de profesorado; b) Información sobre posibles aspirantes con discapacidad y su adecuación a las plazas concretas a cubrir, en atención a los/as profesores/as con discapacidad pertenecientes a la propia universidad. Finalmente, señaló que la convocatoria y provisión de las plazas reservadas para personas con discapacidad debía realizarse mediante concurso público entre aquellos/as candidatos/as que acreditasen una discapacidad igual o superior al 33 % y la compatibilidad con el desempeño de las tareas. En caso de no presentarse candidatos/as o de no ser cubiertas, estas plazas podrían ser revertidas a la oferta de empleo general (CRUE, 2017).

Cuatro años después de la adopción de estos acuerdos por parte de los máximos responsables del sistema universitario, el 75 % de las universidades públicas nunca han aplicado la cuota de reserva de plazas para personas con discapacidad en sus respectivas OEP a PDI (Márquez *et al.*, 2020). Se pone así de manifiesto que el compromiso universitario con la inclusión ha quedado reducido a la incorporación de los principios de equidad e inclusión en la legislación universitaria, pero las universidades no están alineando su cultura, políticas y prácticas con los principios de la educación inclusiva (Márquez y Melero-Aguilar, 2020).

4. METODOLOGÍA

Esta investigación forma parte de un proyecto de investigación más amplio sobre *Estrategias universitarias a favor del PDI con discapacidad* financiado por II Edición

del Programa de Fomento de la Transferencia del Conocimiento de la Universidad Autónoma de Madrid, Fundación ONCE y Fundación Derecho y Discapacidad. La investigación cuenta con los permisos del Comité de Ética de la UAM y el consentimiento informado de los participantes.

4.1. Participantes

La muestra participante estuvo compuesta por 20 vicerrectores/as que accedieron a participar tras ser contactados telefónicamente y mediante correo electrónico desde mayo a diciembre 2020. Aunque se requirió a todos los/as vicerrectores/as de las universidades públicas españolas, 30 vicerrectores/as de profesorado no respondieron a nuestra invitación a pesar de insistir en múltiples ocasiones. Los participantes pertenecían a 12 comunidades autónomas: Comunidad Valenciana (2), Canarias (1), Asturias (1), Galicia (1), Islas Baleares (1), Aragón (1), Madrid (4), Castilla-La Mancha (1), Cataluña (2), Andalucía (3), Rioja (1), Navarra (1). Del total, el 95 % eran presenciales y el 5 % no presencial. El 62,5 % fueron creadas con anterioridad a la descentralización de la gestión universitaria, en 1985, y el 37,5 % posteriormente. El número de estudiantes matriculados en estas instituciones osciló entre 4.573 y 138.488 estudiantes. Y el número de PDI entre 398 y 5.825 en total.

4.2. Instrumentos

El cuestionario elaborado para la recogida de información estuvo constituido por 20 ítems clasificados en cuatro dimensiones: (a) Características de la institución; (b) Aplicación de la cuota de plazas a favor de PDI con discapacidad; (c) Otras medidas de apoyo al PDI con discapacidad; (d) Compromiso institucional con el PDI con discapacidad. La validación de contenido estuvo a cargo de 8 expertos/as en inclusión, gestión universitaria y en derecho laboral. Durante el proceso de validación realizaron modificaciones de contenido incorporadas en la versión definitiva del instrumento. La fiabilidad de consistencia interna quedó comprobada por un Alpha de Cronbach de 0.831.

4.3. Procedimiento

Con un diseño metodológico mixto, se realizó un análisis de contenido cualitativo de fuentes primarias y una encuesta online dirigida a vicerrectores/as con competencias en la planificación y gestión docente de universidades públicas. En este caso, el análisis de contenido cualitativo no buscaba solo ciertos contenidos dentro de un corpus, sino que pretendía analizar su sentido en los contextos donde se desarrollaban (Díaz, 2018). Igualmente, la encuesta a vicerrectores/as de profesorado tuvo como finalidad obtener

información sobre la implementación efectiva de la cuota de reserva dirigida a PDI con discapacidad y el resultado de su puesta en marcha.

En un primer momento, se realizó una revisión de la normativa estatal, autonómica y universitaria en materia de inclusión, empleo y discapacidad desde que la CRUE recomendara a las universidades públicas la implementación de la cuota de reserva hasta la fecha de publicación de la última OEP, es decir, desde 2017 a 2020. Del mismo modo, se revisaron los sitios web de cada institución, el Boletín Oficial del Estados (BOE), los Boletines y Diarios Oficiales Autonómicos y Resoluciones y Acuerdos de Gobierno aprobados por cada universidad. Como descriptores de búsqueda se usaron: “personal docente e investigador”, “discapacidad”, “medidas de acción positiva” y “cupos reserva” utilizando “AND” y “OR” para conectar dos términos (Villegas, 2003). Como resultado se hallaron 156 documentos (3 Reales Decretos, 16 Leyes Autonómicas y 137 Resoluciones Universitarias), de los cuales 15 documentos fueron excluidos por no aportar información relevante para la investigación. Paralelamente, se remitió a los correos institucionales de los vicerrectorados de profesorado el cuestionario online a través de Google Forms. Toda la información resultante fue recogida y sometida a un análisis descriptivo mediante el software estadístico SPSS v. 25.0.

5. RESULTADOS

5.1. Aplicación de la cuota de reserva para PDI con discapacidad

El análisis pormenorizado de las OEP de PDI aprobadas por las universidades públicas informó que, desde 2017 a 2020, fueron aprobadas un total de 17.299 plazas.

En 2017 se aprobaron 3.424 plazas de las que el 34,1 % se destinaron al cuerpo de catedráticos/as, el 42,3 % a profesores/as titulares y el 23,5 % a contratados/as doctor. La mayor parte de estas plazas fueron convocadas para ser cubiertas mediante promoción interna y acceso libre. En menor medida, se incluyeron plazas destinadas a candidatos/as del programa Ramón y Cajal con certificado I3, el 3,6 % y a personas con discapacidad el 0,5 %.

En 2018, el número de plazas aprobadas en OEP se incrementó hasta 4.711 plazas. Del total, el 31,3 % fueron destinadas al cuerpo de catedráticos/as, el 39 % a profesores/as titulares y el 29,7 % a contratados/as doctor. Como en el año anterior, la mayoría de plazas se convocaron para ser cubiertas mediante promoción interna y acceso libre. En menor proporción se reservaron plazas para candidatos/as del programa Ramón y Cajal con certificado I3, el 9 % y para personas con discapacidad el 0,5 % del total.

En 2019, el número total de plazas volvió a incrementarse por segundo año consecutivo hasta alcanzar 4.979 plazas. Del ellas, el 25 % fueron para catedráticos/as, el 36 % para profesores/as titulares y el 39 % para contratados/as doctor. Aunque la mayoría de plazas fueron convocadas por promoción interna y acceso libre, también se produjo un incremento en las plazas reservadas para candidatos/as del programa Ramón y Cajal con certificado I3. Se asignó a este cupo el 10,4 % de las plazas y el 0,6 % para personas con discapacidad.

Esta progresión se invirtió en 2020, cuando el número de plazas aprobadas descendió a 4.192 plazas. Entonces, el 22,7 % se destinaron al cuerpo de catedráticos/as, el 37,8 % a profesores/as titulares y el 39,5 % a contratados/as doctor. La mayor parte de plazas volvieron a ser convocadas mediante promoción interna y acceso libre y descendieron las plazas destinadas a candidatos/as del programa Ramón y Cajal con certificado I3, el 10,4 % y, sobre todo, a personas con discapacidad con el 0,6 % del total.

Durante los cuatro años analizados, fueron destinadas a la reserva a favor de PDI con discapacidad un total de 88 plazas (Tabla 1), lo que supuso el 0,5 % del total de plazas aprobadas para PDI. De ellas, 39 plazas se aprobaron para profesor/a titular, 28 plazas para contratado/a doctor y 21 plazas para catedrático/a universitario.

Tabla 1. *Plazas aprobadas en OEP por categoría y modalidad de acceso*

Cuerpo	Modalidad de acceso	2017		2018		2019		2020	
		Total	%	Total	%	Total	%	Total	%
Catedrático/a	P. Interna/ A. Libre	1164	99,6	1462	99,4	1236	99	941	99
	Ramón y Cajal I3	2	0,2	2	0,1	5	0,4	4	0,4
	R. Discapacidad	2	0,2	7	0,5	7	0,6	5	0,5
Profesor/a Titular	P. Interna/ A. Libre	1397	96	1635	88,8	1584	88,3	1389	87,6
	Ramón y Cajal I3	49	3,4	196	10,5	194	10,8	191	12
	R. Discapacidad	8	0,6	9	0,5	15	0,9	7	0,4
Contratado/a Doctor	P. Interna/ A. Libre	725	90,4	1171	83,7	1614	83,3	1429	86,3
	Ramón y Cajal I3	72	9	219	15,7	314	16,2	223	13,5
	R. Discapacidad	5	0,6	10	0,6	10	0,5	3	0,2

La promoción interna y acceso libre fueron las dos modalidades preferentes del total de plazas aprobadas por las universidades. En contraposición, las universidades apenas destinaron el 10,4 % de las plazas a la reserva del Programa Ramón y Cajal con certificado I3. Y el porcentaje de plazas destinadas a personas con discapacidad nunca superó el 0,6 % del total, descendiendo en 2020 hasta el 0,4 % del total de plazas aprobadas (Figura 1).

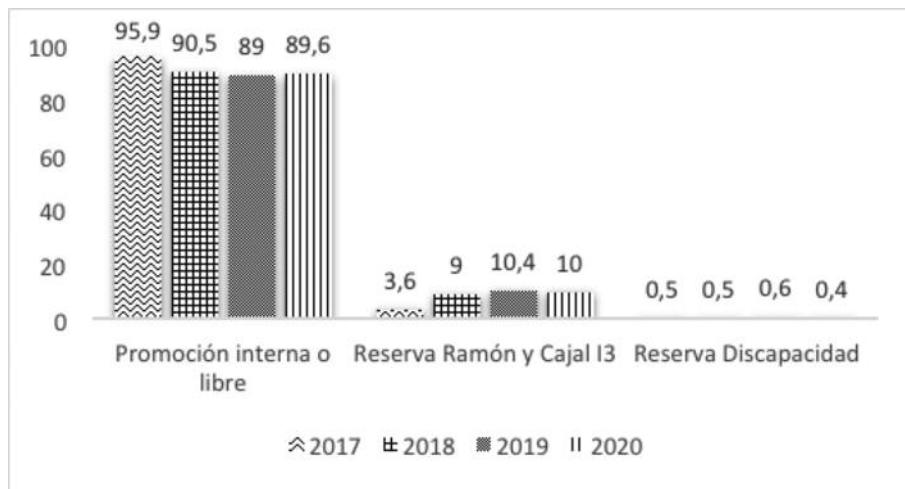


Figura 1. Porcentaje de plazas aprobadas en OPE por tipo de acceso

5.2. Compromiso de las instituciones universitarias con la reserva de plaza

Los resultados recogidos también señalaron que el compromiso institucional con el cupo de reserva a favor del PDI con discapacidad es muy minoritario y, tan solo, el 27 % de las universidades públicas han incluido esta medida en sus respectivas OEP. Entre este pequeño conjunto de instituciones, se observó que el nivel de compromiso mostrado con la cuota de reserva para PDI con discapacidad también era muy variable o discontinuo. Solo la Universidad de Oviedo y UNED aprobaron plazas de reserva a favor del PDI con discapacidad durante los cuatro años analizados. En menor medida, la Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Valencia, Universidad de Granada, Universidad de Sevilla y Universidad de León lo hicieron durante tres años. Le siguieron la Universidad de Málaga y Universidad de La Laguna que aplicaron esta

medida durante dos años. Y la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Universidad de Alicante, Universidad Miguel Hernández y Universidad Autónoma de Madrid que lo hicieron de forma temporal durante solo un año.

En cuanto al estado actual de las plazas destinadas a la reserva para personas con discapacidad, el seguimiento de los procesos de selección confirmó que el 15,4 % de las plazas aprobadas desde 2017 continúan pendientes de convocar, mientras que el 84,6 % restante han sido convocadas y resueltas. En el 98,4 % de estos procedimientos de selección celebrados se solicitaron tres requisitos obligatorios a cumplir por los candidatos/as: a) Poseer certificado oficial de reconocimiento de una discapacidad igual o superior al 33 %; b) Disponer acreditación positiva ANECA a la categoría correspondiente; c) Acreditar compatibilidad con el desempeño de tareas. Se apreció algunas irregularidades en estos procedimientos como que en el 1,6 % de estos concursos, concretamente los convocados por la Universidad Pablo de Olavide, no se incluyó como requisito obligatorio ni preferente estar en posesión del certificado discapacidad igual o superior al 33 %. Esto suponía que a estas plazas podrían haber concurrido “legalmente” cualquier candidato/a con y sin discapacidad. El seguimiento exhaustivo de los procesos de selección constató que el 100 % de las plazas destinadas a la reserva fueron ocupadas por personas con discapacidad.

5.3. Otras oportunidades de acceso a la función docente e investigadora

Los resultados también informaron que, además de las 88 plazas aprobadas en OEP desde 2017 a 2020, fueron convocadas por diferentes universidades 36 plazas al cuerpo de ayudante doctor con discapacidad (Tabla 2). En este sentido, destacaron la Universidad de Málaga que, en 2019, reservó en su convocatoria de plazas a ayudante doctor un total de 13 plazas destinadas a personas con discapacidad. Y, la Universidad de Sevilla que, en 2020, ofreció un total de 22 plazas de ayudante doctor con discapacidad.

Tabla 2. *Plazas convocadas en 2017, 2018, 2019 y 2020 a favor de personas con discapacidad*

Universidad	2017				2018				2019				2020			
	C	PT	CD	AD	C	PT	CD	AD	C	PT	CT	AD	C	PT	CT	AD
Universidad de Granada		1			1	2				1						
Universidad de Málaga											1	13				
Universidad de Sevilla							3									22
Universidad Pablo Olavide										1	1					
Universidad de Oviedo	1	2	4		1	2	6		4	3	2	1	4	2	2	
Universidad de Castilla-La Mancha	1	1			1	1				1						
Universidad de León					1	1			1	1			1	1		
UNED		1					1		1	5				2		
Universidad Miguel Hernández											1					
Universidad de Alicante		1														
Universidad de Valencia					3	3				1	5			2	1	
Universidad Autónoma de Madrid									1	1						
Universidad de La Laguna			1							1						

Nota: C: Catedrático/a; PT: Profesor/a Titular; CD: Contratado/a Doctor; AD: Ayudante Doctor

Esto supone que, desde 2017 a 2020, el 70,9 % de las plazas adscritas a la cuota de reserva para personas con discapacidad han constituido una oportunidad de promoción para el PDI con discapacidad que ya formaba parte del sistema universitario. Mientras que el 29,1 % de estas plazas posibilitaron el acceso de personas con discapacidad al mundo académico. Debe destacarse en este sentido, que esta posibilidad solo ha sido ofrecida por tres universidades públicas que han incorporado en sus convocatorias de ayudante doctor plazas reservadas para personas con discapacidad (Figura 2).

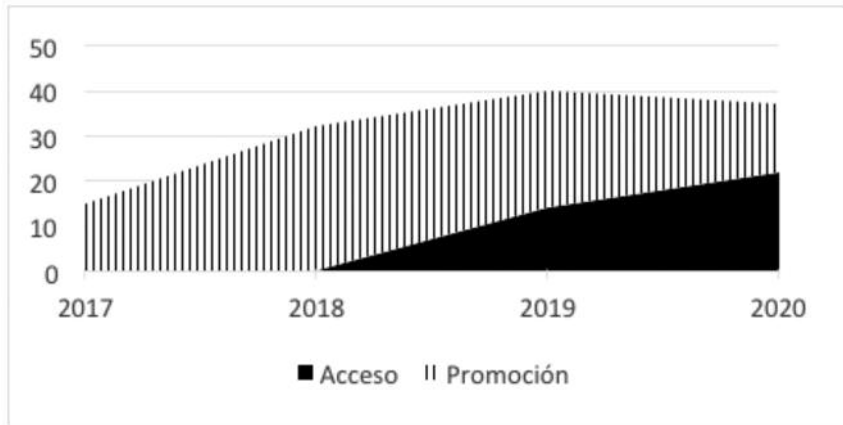


Figura 2. Modalidad de plazas convocadas a favor del PDI con discapacidad

6. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

La mayor parte de los trabajos realizados en España sobre inclusión universitaria de personas con discapacidad están centrados en estudiantes con discapacidad. Este trabajo supone un avance al permitir conocer en qué medida las universidades públicas están facilitando el acceso de personas con discapacidad a la función docente e investigadora.

A escala internacional, uno de los instrumentos reconocidos para compensar las desigualdades que sufren las personas con discapacidad en el acceso al empleo es la llamada cuota de reserva de puestos de trabajo (Mellifont, 2019). En España, esta medida de acción positiva ha sido legitimada por el marco jurídico y por los representantes institucionales de las universidades como un instrumento necesario para facilitar la plena inclusión de personas con discapacidad entre el personal docente e investigador universitario. Por encima de este reconocimiento formal, se ha advertido que existe una profunda brecha entre el marco normativo y las políticas de ordenación docente

(De Lorenzo, 2017; Márquez *et al.*, 2020). Esta investigación confirma estos hechos y muestra la magnitud de esta fisura del compromiso universitario con la inclusión del PDI con discapacidad.

La primera de nuestras conclusiones hace referencia al débil compromiso que las universidades públicas españolas mantienen con la inclusión del PDI con discapacidad. En concurrencia con De Lorenzo (2017), se constata que, a pesar de contar con suficiente el amparo legislativo y las herramientas para ello, el porcentaje de plazas aprobadas por las universidades para ser cubiertas por personas con discapacidad no ha superado el 0,6 % del total. Esta cifra se aleja mucho del 7 % requerido por el EBEP o del 5 % acordado posteriormente por la CRUE (2017) como medida para garantizar que el 2 % del PDI universitario sean personas con discapacidad. Igualmente, se ha constatado que las universidades aplican de manera desigual las dos reservas de plazas para PDI aprobadas por la normativa. En este sentido, aunque la cuota de reserva para candidatos/as del Programa Ramón y Cajal y la cuota de reserva para personas con discapacidad se acordaron en un periodo similar, nuestros hallazgos confirman que existe un desigual crecimiento en la evolución positiva de ambos cupos. Así, mientras que el porcentaje de plazas reservadas para candidatos del Programa Ramón y Cajal con certificado I3 ha crecido en los últimos años hasta casi 7 puntos porcentuales, el incremento en la cuota de reserva para PDI con discapacidad apenas se ha incrementado en un 0,2 %. Se pone de esta forma de manifiesto la necesidad de que las universidades públicas equiparen la implementación de la cuota de reserva para personas con discapacidad como lo vienen haciendo con cuota de reserva para candidatos/a el Programa Ramón y Cajal con certificado I3.

La segunda conclusión hace referencia a la aplicación residual y no generalizada de la cuota de reserva para personas con discapacidad por parte del sistema universitario público español. Los hallazgos informaron que, de las cincuenta universidades públicas con las que cuenta el sistema universitario, solo trece instituciones han aplicado esta medida en alguna de las OEP para PDI. Esto significa que el 75 % de universidades públicas nunca han implementado esta medida de acción positiva, manteniendo sus puertas cerradas a las personas con discapacidad con intención de acceder a la función docente investigadora (Márquez *et al.*, 2020). Igualmente, se ha hecho evidente que este compromiso es muy discontinuo y solo dos universidades aplicaron la normativa de reserva para PDI durante los cuatro años analizados. Esto evidencia lo alejadas que se hallan las políticas de profesorado y ordenación docente que rigen el sistema universitario español de los principios de equidad e inclusión.

La tercera conclusión se refiere al uso que están haciendo de esta medida de acción positiva concebida para compensar las desigualdades de acceso y promoción de las

personas con discapacidad a la función docente en investigadora. En este sentido, los hallazgos obtenidos concluyen que la cuota de reserva está siendo utilizada básicamente para promocionar de categoría profesional al PDI con discapacidad que ya forma de la institución universitaria. En estos casos, esta medida está permitiendo mejorar la estabilidad laboral y estatus profesional del PDI con discapacidad. En cambio, la cuota de reserva no está siendo usada para facilitar el acceso de las personas con discapacidad a la función docente e investigadora debido a que las universidades permanecen muy reacias a aplicarla en los concursos a plazas de ayudante doctor. La continuidad de esta reticencia institucional a la aplicación de la cuota de reserva en los concursos de la categorías de ayudante doctor supone una importante discriminación para los estudiantes de doctorado con discapacidad, 631 estudiantes según Fundación Universia (2021), y para aquellos estudiantes con discapacidad becados con ayudas de Formación de Profesorado (FPU) o con ayuda de Formación Personal Investigador (FPI) a los que no se les va a permitir un acceso equitativo a la carrera docente e investigadora. Se produce con ello, una devaluación de la naturaleza de esta medida, que no solo debe considerarse como un instrumento para la mejora de las condiciones de un colectivo que está en situación de desventaja (Moses, 2010), sino que también debe ser usada para garantizar la primera de las condiciones para que la inclusión sea efectiva, el acceso equitativo.

La cuarta conclusión hace referencia a una de las directrices señaladas por la CRUE (2017) cuando solicita a las universidades que examinen la composición de sus plantillas de PDI para determinar cuántas personas con discapacidad oficialmente reconocida la integran para la aplicación de la cuota de reserva. En este sentido, nuestros hallazgos concluyen que esta medida es insuficiente y que el verdadero compromiso universitario con la inclusión del PDI con discapacidad pasa porque las universidades no sigan obviando su responsabilidad legal ni aplacen por más tiempo la implementación de la reserva del 5 % del total de plazas convocadas a todos los cuerpos docentes e investigadores para personas con discapacidad.

La quinta conclusión constata la persistencia del modelo médico de la discapacidad (Oliver, 2013) en el sistema universitario público español. Las dificultades observadas en el acceso de las personas con discapacidad a la función docente e investigadora y el escaso número de plazas convocadas para este grupo ponen de manifiesto que la diversidad no es un valor apreciado por los líderes universitarios. Esto supone una verdadera barrera ante el derecho inalienable, no sujeto a disquisiciones técnicas, que poseen las personas con discapacidad de estar presentes, desarrollarse y participar en igualdad de condiciones en cualquier espacio educativo (Echeíta, 2013). En esta línea, también cabe destacarse que no es suficiente con facilitar que algunas personas con discapacidad ingresen al cuerpo docente e investigador si, posteriormente, se espera

que actúen como réplicas exactas de académicos sin discapacidades. Los líderes universitarios, con competencias en políticas de personal y planificación docente, están llamados a reconocer la significativa aportación que las personas con discapacidad hacen al conjunto de la comunidad universitaria y promover con todos los medios a su alcance, su inclusión en las instituciones universitarias.

Queda mucho camino por recorrer para la consolidación de un sistema universitario inclusivo, pero no podremos avanzar en este proceso si las instituciones universitarias continúan cerrando a las puertas a las personas con discapacidad que desean dedicarse a la función docente e investigadora. Las universidades no pueden limitarse a adoptar el lenguaje de la inclusión sin comprometer sus políticas y prácticas docentes (O'Shea *et al.*, 2016). Por el contrario, deben asumir y cumplir de forma proactiva su responsabilidad social con las personas con discapacidad adoptando los cambios necesarios para que estas personas formen parte de la comunidad universitaria en todos los niveles.

Nota: Las últimas palabras de este trabajo quieren ser de agradecimiento a mis queridos compañeros de la Universidad Autónoma de Madrid, el Dr. Gerardo Echeíta Sarrionandía y la Dra. Marta Sandoval Mena. Durante el transcurso de esta investigación, ambos han compartido generosamente conmigo su tiempo y conocimientos en la reflexión sobre las implicaciones resultantes de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

CERMI. *Universidad y Discapacidad. La inclusión de las personas con discapacidad en la Universidad española*. Madrid: CERMI, 2020.

CRUE. *Recomendaciones para el establecimiento de una reserva de plazas de personal docente e investigador a favor de las personas con discapacidad*. Madrid: CRUE, 2017.

https://www.crue.org/Boletin_SG/2017/03.%20Marzo/Recomendaciones%20para%20el%20establecimiento%20de%20una%20reserva%20de%20plazas%20PDI%20personas%20con%20discapacidad.pdf

DE LORENZO, R. "Las personas con discapacidad como personal docente investigador en la universidad: cuota de reserva y otras medidas de acción positiva". *Anales de Derecho y Discapacidad*, 2, 2017, 87-106.

DÍAZ, C. "Investigación cualitativa y análisis de contenido temático". *Revista General de Información y Documentación*, 28 (1), 2018, 119-142.

- ECHEÍTA, G. “Inclusión y exclusión educativa. De nuevo «Voz y Quebranto»”. REICE, *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 11(2), 2013,100-118.
- FUNDACIÓN UNIVERSIA. *VI Estudio sobre el grado de inclusión del sistema universitario español respecto a la realidad de la discapacidad*. Madrid: Fundación Universia, 2021.
- LABORDA, C., JARIOT, M. y GONZÁLEZ, H. “Calidad de vida y competencias de empleabilidad en personas trabajadoras en centros especiales de empleo”. *Educación XXI*, 24(1), 2021, 117-139. <https://doi.org/10.5944/educXXI.26570>
- LEY ORGÁNICA 4/2007, de 12 de abril (BOE de 13 de abril), por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.
- LEY ORGÁNICA 6/2001, de 21 de diciembre (BOE 24 de diciembre), de Universidades.
- MÁRQUEZ, C. y MELERO-AGUILAR, N. “What are their thoughts about inclusion? Beliefs of faculty members about inclusive education”. *Higher Education*, 2021. <https://doi.org/10.1007/s10734-021-00706-7>
- MÁRQUEZ, C., DE LORENZO, R. y DE MIGUEL, B. *Inclusión del Personal Docente e Investigador con discapacidad en el sistema universitario en España. I Informe de Resultados y Recomendaciones*. Fundación ONCE, Fundación Universidad Autónoma de Madrid, Fundación Derecho y Discapacidad y CERMI, 2020. Disponible en: <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/INCLUSION.pdf>
- MOSES, M. “Moral and instrumental rationales for affirmative action in five national contexts”. *Educational Researcher*, 39 (3), 2010, 211–228.
- MORA, J. G. “El gobierno y la gestión de las universidades bajo criterios de eficacia y servicio a la sociedad”. *Papeles de economía española*, 86, 2000, 213-224.
- OLIVER, M. “The social model of disability: Thirty years on”. *Disability & Society*, 28 (7), 2013, 1024-1026.

O'SHEA, S., LYSAGHT, P., ROBERTS, J., & HARWOOD, V. "Shifting the blame in higher education – Social inclusion and deficit discourses". *Higher Education Research & Development*, 35(2), 2016, 322-336.

REAL DECRETO 1312/2007, de 5 de octubre, (BOE de 6 de octubre) por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios.

ROTEM, N., YAIR, G. & SHUSTAK, E. "Open the gates wider: affirmative action and dropping out". *Higher Education* 81, 2021, 551-566.
<https://doi.org/10.1007/s10734-020-00556-9>

SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL. *Observatorio de las Ocupaciones, Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Estatal. Datos 2019*. Madrid: Servicio Público de Empleo Estatal, 2020

UNITED NATIONS. *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. New York: Naciones Unidas, 2006.

VILLEGAS, B. "Rápida y pertinente búsqueda por Internet mediante operadores Booleanos". *Universitas Scientiarum*, 8, 2003, 51-54.

Miguel Ángel Cabra de Luna

Director del Área de Alianzas, Relaciones Sociales e Internacionales

Fundación ONCE

Consejero del Comité Económico y Social Europeo (CESE)

en representación de CEPES

Doctor en Derecho

////////////////////
VACUNACIÓN FRENTE A LA COVID-19 DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA COMO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA: EXPERIENCIAS Y ENSEÑANZAS*

VACCINATION AGAINST COVID-19 OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN SPAIN AS A MEMBER STATE OF THE EUROPEAN UNION: EXPERIENCES AND LESSONS

RESUMEN

El autor analiza a fecha 15 de julio de 2021 (fecha de cierre de la publicación) la situación de la vacunación de las personas con discapacidad en España estudia las experiencias que se han producido y extrae las pertinentes enseñanzas, tanto desde una perspectiva española como comunitaria.

ABSTRACT

As of 15 July 2021 (the closing date of the publication), the author analyses the situation of vaccination of persons with disabilities in Spain, studies the experiences

* Recibido el 5 de abril de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

that have taken place and draws the relevant lessons, both from a Spanish and EU perspective.

Palabras clave: Vacuna COVID-19. Personas con discapacidad y sus familias. Envejecimiento. Entorno con el que interactúan las personas con discapacidad. Accesibilidad. Certificado Covid Digital.

Keywords: COVID-19 vaccine. People with disabilities and their families. Ageing. Environment with which people with disabilities interact. Accessibility. Covid Digital Certificate.

Desde el comienzo de la pandemia, nuestros gobiernos y sociedades se han centrado en abordar y minimizar el impacto de esta. Pero la crisis sanitaria no ha afectado a todos por igual. De hecho, los retos a los que se ha tenido que enfrentar la ciudadanía en este periodo varían para cada uno de los distintos grupos sociodemográficos, y las personas en riesgo de exclusión, como las personas mayores o las personas con discapacidad, se han encontrado y se encuentran todavía a día de hoy en una situación de particular indefensión. Este artículo está cerrado a fecha 15 de julio por cuestiones de fecha de cierre de la publicación.

La Unión Europea ha planteado el tema de la vacunación simplemente como una central de compras, obviando la necesaria soberanía de vacunación. Se ha limitado a privatizar un servicio estratégico y como consecuencia estamos sufriendo las consecuencias de la feroz competencia entre multinacionales con el objetivo de ganar más y más dinero.

Es fácil decirlo ahora, pero la Unión Europea tiene y tenía capacidad tecnológica y económica para crear su propia vacuna, como han hecho todas las grandes potencias, incluso nuestros antiguos socios, Reino Unido. Ahora estamos pagando las consecuencias de administrar la miseria y no de ser dueños de nuestro destino. Esta situación ralentiza el ritmo de vacunación y empeora la situación de los grupos vulnerables como son por ejemplo las personas con discapacidad, como se pone de manifiesto en este artículo.

La estrategia española de vacunación contra la COVID-19 se ha desarrollado con el objetivo principal de “reducir la morbilidad y la mortalidad causada por esta enfermedad, en un contexto de disponibilidad progresiva de dosis, y protegiendo a los grupos más vulnerables”. En ella se encuentra incluido un epígrafe conclusivo referido a

las personas con condiciones de riesgo y en el cual se les define como “personas con enfermedades crónicas y con algunas otras condiciones deben tenerse en cuenta de forma especial para la vacunación por su especial vulnerabilidad de sufrir COVID-19, debido al riesgo de complicaciones graves e incluso de fallecimiento, por la posible diferente respuesta inmunitaria a la vacunación y por el importante porcentaje de la población que suponen”. Por tanto, el propio plan prioriza desde un primer momento la vacunación a determinados sectores sociales que sufran con mayor virulencia el azote de la enfermedad, entre los que sin duda se encuentran las personas con discapacidad.

Para ponernos en contexto sobre la actual situación de despliegue de la estrategia de vacunación en España haré un comentario general. Desde el mes de febrero, España se encuentra en la fase 3 de su Estrategia de vacunación, la cual se está llevando a cabo desde junio. En esta etapa, además de los grupos prioritarios como las personas mayores de 80 años, el personal sanitario y sociosanitario menor de 55 años o los trabajadores con una función esencial para la sociedad menores de 55 años, se terminará de cubrir al resto de la ciudadanía. Al cierre de este artículo, en España 21.789.996 personas han recibido la pauta completa de la vacuna contra el coronavirus, mientras que ascienden a 25.987.320 las personas a las que se les ha inoculado al menos una dosis de la misma. Además, cabe mencionar que la vacunación en España no es obligatoria.

Durante la pandemia, las personas con discapacidad han sufrido en toda Europa la carencia de accesibilidad en múltiples entornos y servicios, afectando de modo negativo a su derecho a la información, a la preservación de su salud y a recibir servicios públicos no discriminatorios y de calidad. El grupo de la discapacidad se ve enfrentado a un mayor riesgo en la lucha contra la enfermedad, por supuesto por las propias patologías que causan discapacidad, pero también por otros elementos que vienen de la mano de la misma, como las inmunodepresiones, los trasplantes, los tratamientos con inmunomoduladores y otros fármacos.

Sin embargo, la Estrategia de vacunación española, que ha sido actualizada de acuerdo con la evolución de la pandemia en múltiples ocasiones, aún no incluye de forma explícita a las personas con discapacidad física y orgánica que no están institucionalizadas ni tienen una valoración de dependencia dentro de los grupos prioritarios a inmunizar. Así, dicho grupo sigue esperando que se defina si la patología que genera su discapacidad le hace estar en el grupo de personas priorizadas, desconociendo su puesto en el ranking de prioridad de la vacuna.

Esta incertidumbre y falta de concreción es simplemente inaceptable. Si bien es perfectamente comprensible que la edad sea un factor clave a la hora de definir la inmunización, es imprescindible combinarlo con otras situaciones y comorbilidades que aumentan el riesgo ante un posible contagio, como es la discapacidad.

En la actual Estrategia de vacunación, las personas con discapacidad han sido consideradas como prioritarias si estaban en los siguientes casos:

- residentes en instituciones de vida colectiva (residencias, viviendas tuteladas y de apoyo, etc.);
- personas con grandes necesidades de apoyo (grado III de dependencia) que residen en su propio domicilio, y sus cuidadores y asistentes; o
- receptores de prestaciones y atenciones sociales intensivas en espacios colectivos (centros de día, centros ocupacionales, etc.).

Sin embargo, al no existir provisión suficiente de vacunas para todos los potenciales demandantes, incluidos los grupos prioritarios, se han establecido por la Administración prelación en la estrategia, con algunas de las cuales no estamos conformes y planteamos se replanteen. Así, sería necesario vacunar a la mayor brevedad a las personas con discapacidad consideradas de riesgo (no incluidas en grupos anteriores), en las que por su discapacidad o en concurrencia con ella, aumenta la morbilidad. De acuerdo con la Estrategia vigente, estas personas estarían englobadas en el actual grupo 7, y, por tanto, lejos de la prioridad que entendemos merecen.

De manera similar, los factores concurrentes que impactan directamente en la calidad de vida y la salud de las personas con discapacidad física y orgánica en general y aumentan el riesgo de contagio y de enfermedad en particular deberían ser también considerados a la hora de valorar la necesidad de la recepción de la vacuna.

Asimismo, es necesario tener en cuenta que el riesgo que sufren las personas con discapacidad no lo marcan de forma exclusiva las patologías o tratamientos, sino también el entorno con el que interactúan, dado que requieren de mayores apoyos de terceras personas (que en la mayor parte de los casos no pueden ser proporcionados por vía telemática), y de una frecuencia elevada de visita a hospitales y centros sociosanitarios, donde el riesgo de contagio es mayor. Por ello, las personas con discapacidad que objetivamente lo requieran por sus condiciones previas de salud o debido a su contexto social o de convivencia (residentes en instituciones colectivas, etc.), que las expongan más intensamente a los efectos de la enfermedad, así como a su personal de apoyo, han de ser considerados entre los grupos preferenciales para la administración de la vacuna.

De igual modo, se debe priorizar a las personas con gran dependencia o con incapacidades absolutas, que necesiten ayuda de terceras personas y no tienen valorado o reconocido el grado de dependencia III y a los profesionales que les atienden. Actualmente, tanto las personas que proporcionan cuidados no profesionales a personas con discapacidad como los progenitores de menores con discapacidad no se encuentran entre los grupos priorizados en la Estrategia de vacunación. A la elevada dificultad que representa la distancia física en el ámbito del hogar se agrega el hecho de que muchas personas cuidadoras familiares presentan edades avanzadas e integran un grupo de riesgo. Por tanto, resulta fundamental que la Estrategia preste especial atención al caso de las personas cuidadoras profesionales y asistentes personales, dado que su posible contagio y las medidas preventivas de aislamiento impactan directamente en el cuidado de las personas que requieren este servicio, existiendo dificultad de cubrir esas bajas.

Otro aspecto esencial que ha de ser tomado en consideración es que determinadas personas con discapacidad, por esta circunstancia, ven acelerado su proceso de envejecimiento. El envejecimiento prematuro es uno de los síntomas que pueden sufrir las personas con discapacidad, siendo uno de los casos más representativos el de las personas con síndrome de Down. En este sentido, la prioridad debe asignarse de forma general a los grupos de edad no cronológica sino real, hecho que deberá ser considerado a la hora de prescribir los grupos de edad a los que se recomienda el acceso prioritario a la vacuna.

Asimismo, otra de las problemáticas identificadas es la falta de homogenización en el despliegue de la Estrategia entre las diferentes Comunidades Autónomas, que se ha traducido en una clara desigualdad entre los habitantes de los diferentes territorios. Esta disparidad tanto en la obtención de vacunas como en la rapidez de su suministro debe ser solventada lo antes posible para lograr una mayor armonización en el grado de protección de la sociedad española en su conjunto.

Por otra parte, resulta a su vez vital asegurar que otros aspectos transversales de la atención sanitaria nunca resueltos se aborden de una vez por todas, en especial en materia de accesibilidad. En este sentido, es indispensable garantizar la accesibilidad de los mensajes y comunicaciones (a través de subtítulo, lengua de signos, lectura fácil, etc.), de la interacción de los procesos (obtención y expresión del consentimiento, etc.) y del lugar de vacunación y del transporte al mismo.

En relación con esta materia, conviene mencionar el caso del Certificado COVID Digital, comúnmente conocido como Pasaporte de Vacunación, que si bien no está relacionado de forma directa con la Estrategia de vacunación, si lo está de forma indirecta, pues su obtención depende de la recepción de la vacuna. Este Certificado fue

propuesto por la Comisión Europea como una acreditación de que una persona ha sido vacunada contra la COVID-19, se ha recuperado de dicha enfermedad o se ha realizado una prueba cuyo resultado ha sido negativo. Es indispensable garantizar que dicho Certificado sea accesible para las personas con discapacidad y los mayores. Para ello, ha de diseñarse y materializarse desde el inicio considerando la accesibilidad universal, de modo que las personas con discapacidad y mayores puedan utilizarlo sin ningún tipo de restricciones o limitaciones. Sin embargo, el Certificado tiene problemas de accesibilidad en sus canales de petición.

Finalmente, es necesario recordar que, a fin de garantizar que la implementación de la Estrategia de vacunación priorice a las personas con discapacidad y tenga en cuenta sus necesidades particulares, es fundamental que las actualizaciones de dicha Estrategia se decidan y desplieguen en estrechas consultas y con diálogo permanente de las autoridades sanitarias con el CERMI, organización representativa de la discapacidad. Sólo así conseguiremos un proceso de vacunación efectivo y equitativo que ayude a doblegar el virus de forma definitiva.

En este punto, el CERMI reivindica la necesidad de hacer hincapié en el grupo de personas con discapacidad que aún no están vacunadas por criterio de edad. Por ello, defienden que “su situación de discapacidad debe ser considerada” puesto que supone “una desventaja acusada en términos de salud y sociales que los poderes públicos, y los sanitarios, deben atender y responder con decisiones para ajustarse a la realidad de partida”.

De esta manera, “se repararía así una omisión dolorosa que genera malestar y desafección en miles de personas y de familias” puesto que han sido las que “más devastadoramente han sufrido el impacto de la pandemia”, sobre todo en la primera ola, tanto en pérdida de vidas como en secuelas una vez contagiadas.

Por todo ello, desde el CERMI se demanda que se adopte la resolución de que todas las personas con un grado de discapacidad superior al 33% sean “incorporadas con la máxima urgencia a esta estrategia”.

BIBLIOGRAFÍA

UNITED NATIONS (UN). *Una respuesta inclusiva para la discapacidad al COVID-19*. Inter-Agency Working Group on Disability-Inclusive COVID-19 Response and Recovery. July 2020. Disponible en: <https://www.un.org/en/coronavirus/disability-inclusion>

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO): *Disability Considerations During the COVID-19 Outbreak*. World Health Organization (WHO). April 2020. Disponible en:
<https://g3ict.org/publication/world-health-organization-who-disability-considerations-during-the-covid-19-outbreak>

_____. *Guidance on developing a national deployment and vaccination plan for COVID-19 vaccines*. November 2020. Disponible en: https://www.who.int/publications-detail-redirect/WHO-2019-nCoV-Vaccine_deployment-2020.1

_____. *Coronavirus disease (COVID-19) pandemic*. Press conferences on COVID-19. Julio 2021. Disponible en:
<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>

María de los Ángeles Blanco Díaz
Responsable de Derechos y Asesoría Jurídica
Confederación ASPACE
Clara Isabel Delgado Santos
Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales
UNED
Logopeda del CEAPAT

EL RECONOCIMIENTO DE LA COMUNICACIÓN AUMENTATIVA – ALTERNATIVA EN LAS LEYES PROCESALES COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON PARÁLISIS CEREBRAL*

THE RECOGNITION OF AUGMENTATIVE – ALTERNATIVE COMMUNICATION IN PROCEDURAL LAWS AS A GUARANTEE OF ACCESS TO JUSTICE FOR PERSONS WITH CEREBRAL PALSY

SUMARIO: 1. Objetivo y metodología. –2. El acceso a la justicia como pilar del Estado social y democrático de Derecho. –3. La Comunicación Aumentativa – Alternativa en el acceso a la justicia; 3.1. La Comunicación Aumentativa – Alternativa y las personas con parálisis cerebral; 3.2. Los productos y tecnología de apoyo para la Comunicación Aumentativa – Alternativa; 3.3. Comunicación Aumentativa – Alternativa. Posición jurídica formal y material adoptada por España. –4. La conculcación de derechos en las personas con parálisis cerebral usuarias de Sistemas de Comunicación Aumentativa – Alternativa: implicaciones

* Recibido el 12 de abril de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

prácticas en el acceso a la justicia. –5. La Comunicación Aumentativa – Alternativa en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la LECrim: propuesta de incorporación como una oportunidad de justicia social. –6. Conclusiones. –Bibliografía.

RESUMEN

Este artículo expone el imperativo reconocimiento explícito en nuestro ordenamiento jurídico interno de la Comunicación Aumentativa – Alternativa, en cualquiera de sus medios, modos y sistemas, para dar respuesta al actual vacío normativo existente, garantizando así el valor supremo de igualdad en el acceso efectivo a la justicia de las personas usuarias de esta forma comunicativa.

Desde una perspectiva holística y comparada, se expondrá cómo es reconocida por la Organización Mundial de la Salud, la normativa técnica y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sobre este paraguas argumentativo, a partir de la experiencia en la práctica judicial de Confederación ASPACE con personas con parálisis cerebral, y en consonancia con los valores superiores del Estado social y democrático, se plantea un postulado de inclusión jurídica de la Comunicación Aumentativa – Alternativa en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la LECrim, como avance legislativo inicial a su plena integración formal en el derecho procesal y sustantivo de nuestro ordenamiento jurídico interno.

ABSTRACT

This article exposes the imperative recognition of Augmentative and Alternative Communication in our domestic legal order. This recognition must be extended to any means, mode or system in order to get back to our current legal vacuum and, thus, to ensure the highest value of equity in access to justice for persons with cerebral palsy, users of these means of communication.

From an holistic and comparative approach, this article will expose how these means of communication are recognized by the World Health Organization, the technical standards and the Committee on the Rights of Persons with Disabilities

On this argumentative basis, considering the legal practice of Spanish cerebral palsy Association (Confederación ASPACE) and in accordance with the highest value of the social and democratic rule of law, the authors will propose a legal inclusion of Augmentative and Alternative Communication in the draft of constitutional law about criminal proceedings. All over, it would be a major legislative step towards the full integration in procedure law and substantive law of our domestic legal order.

Palabras clave: Comunicación Aumentativa Alternativa, Sistemas Aumentativos y Alternativos de la Comunicación, justicia, igualdad, parálisis cerebral.

Keywords: Augmentative and Alternative Communication, Augmentative and Alternative Communication Systems, justice, equity, cerebral palsy.

1. OBJETIVO Y METODOLOGÍA

El presente artículo tiene como objetivo mostrar cómo la Comunicación Aumentativa - Alternativa (en adelante, CAA), es un mecanismo inclusivo de acceso a la justicia para personas con discapacidad y limitaciones en la comunicación.

Para ello, se realiza una revisión y análisis bibliográfico que permite exponer el marco teórico que fundamenta el acceso a la justicia, como pilar del Estado social y democrático de Derecho, para posteriormente, y sobre esta base, evidenciar su relación recíproca con la CAA así como su significativa implicación en el acceso efectivo y garantista de las personas con discapacidad.

La lectura crítica de la bibliografía, unida al conocimiento profesional de las autoras, permite progresivamente desarrollar el objetivo planteado, exponiendo en primer lugar, cómo se concibe la CAA desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) y cuáles son los medios de comunicación más habituales utilizados por personas con parálisis cerebral. A partir de esta descripción, y conforme al marco teórico argumentado, se expone la posición jurídica adoptada formal y materialmente por España a este respecto.

A fin de visibilizar las implicaciones prácticas del acceso a la justicia por personas usuarias de estos medios de comunicación, y contribuir al logro del objetivo planteado, se expondrá la experiencia en la práctica jurídica del servicio ASPACE por tus Derechos de la Confederación ASPACE, en funcionamiento desde el año 2019.

El artículo concluye con propuestas prácticas de incorporación de la CAA en nuestro ordenamiento jurídico interno, y de forma concreta, aunque no exclusiva, en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la LECrim.

A través de la propuesta de inclusión regulatoria, se invita a reflexionar sobre la relevancia de reconocer y respetar la diversidad de medios de CAA, así como en su visibilización y toma de conciencia en todas las esferas sociales y, en particular, en sede judicial.

2. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO PILAR DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El acceso a la justicia constituye la definición jurídica del Estado social y democrático de derecho asumido por el constitucionalismo moderno. Así, mientras el constitucionalismo clásico integraba la justicia como principio de aplicación transversal, la asunción de la igualdad como valor supremo del Estado moderno supone la legitimación de la justicia como andamiaje de la democracia en sí misma. La justicia se sitúa así en el frontispicio de nuestro sistema y su naturaleza superior no hace sino legitimar las demandas de las minorías como elemento ineludible a la igualdad formal de todas las personas sin distinción.

Históricamente, el derecho romano contenía una máxima jurídica referida al acceso a la justicia. “Tanto da no probar como no tener el derecho” (*idem est non esse aut non probari*) no hacía si no constatar la esencialidad de las garantías procesales para la eficacia del derecho sustantivo. El constitucionalismo moderado restablece sus raíces e integra la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

La justicia se erige como cualidad inherente al propio derecho y a tal fin el jurista Forero Salcedo (2014, p.107) sintetiza que “la tutela judicial y el debido proceso han de ser entendidas (...) como verdaderos principios supralegales”. Ese carácter supralegal es definitorio para Diaouardi, (2005, p. 251) para quien “el acceso a la justicia es pilar fundamental de los estados modernos”. Un hecho que conduce necesariamente a su positivización no solo como garantía sino también como seguridad jurídica. “La organización y el procedimiento pueden acreditarse como medios directos para la realización y garantía de los derechos fundamentales” (Conrado Hesse citado por Forero Salcedo, 2005, p.103).

La Declaración Universal de Derechos Humanos impregna con sus presupuestos jurídicos el constitucionalismo occidental sobre la base de que la justicia permanecerá en el debido frontispicio en tanto el proceso judicial posibilite el ejercicio de derechos. Tal aproximación es recogida también por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al referir no solo la justicia como valor superior de los Estados miembros, sino como elemento catalizador de la igualdad de oportunidades. En este sentido, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6 del, en adelante, CEDH) el derecho a ser oído ocupa en el plano central de las garantías procesales. Da carta de naturaleza a la posición de parte en el proceso (art 6.1 CEDH). Y en esa medida ha de ser auspiciado mediante el empleo de fórmulas garantistas como la interpretación en lengua extranjera recogida en el apartado (art. 6.3.e. CEDH). Lo recogido en el CEDH se incorpora a nuestra Constitución Española mediante reconocimiento de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental (art. 24 CE).

Nuestra CE, en sentido intencionadamente positivizador, recoge la tutela judicial efectiva en la sección 1.^a del capítulo segundo del título I. Así pues, el apartado primero del artículo 24 (Forero, Salcedo, 2014) establece las garantías previas al proceso, mientras que el apartado segundo determina las garantías procesales como vía de realización del derecho. Y es en esa vía de realización del derecho donde la doctrina constitucional ha adherido las garantías procesales del CEDH (SSTC 109/1989, 78/1992, 74/1993, 105/1993, 202/1993 y 308/1993). “El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular observancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la Ley”, subraya el órgano garante de nuestra constitución en por todas STC 72/1996, de 24 de abril.

Así pues, nuestra CE no solo ha recogido la Justicia como valor superior definitorio del Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE), sino que ha imbuido su doctrina en los planteamientos jurídicos del Estado moderno. La tutela judicial efectiva no se circunscribe exclusivamente al acceso a la justicia, sino a un proceso con todas las garantías, donde el principio de contradicción asume como propio, entre otros, el derecho a ser oído en sede judicial (Calderón Cuadrado, 2000).

De este modo, la Norma Suprema otorga al procedimiento plena virtualidad para con el ejercicio material del derecho sobre la base del derecho a ser oído como elemento fundamental del proceso judicial. Y a tal fin ha de configurarse la Ley Orgánica del Poder Judicial y, con ella, todas y cada una de las leyes procesales en los distintos órdenes jurisdiccionales. Solo así la Justicia ostentará su carácter de pilar. Y solo así se integrará la igualdad como principio formal y efectivo en una sociedad de y para todas las personas.

3. LA COMUNICACIÓN AUMENTATIVA – ALTERNATIVA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad determina que la comunicación (art. 2 Definiciones) “incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso”.

Entendida así la comunicación, Delgado Santos, (2021, p. 4) define la CAA como “el medio a través del cual, una persona con dificultades en la comunicación oral se expresa, interactúa y se relaciona de forma efectiva en cualquier entorno social, utilizando los apoyos necesarios y adecuados a sus capacidades y compartiendo dicho medio con el interlocutor con quien conversa”.

Un medio de CAA puede implementarse mediante gestos o signos manuales¹, a través de imágenes (p.ej. pictogramas) y/o contenido escrito (p.ej. alfabeto) ubicados en un producto de apoyo, mediante la conjunción de todos o algunos de estos elementos, o por cualquier forma comunicativa elegida por la persona (art. 21 CDPD).

En general, suelen utilizar medios gestuales – signados aquellas personas con discapacidad que no presentan dificultades en la movilidad de miembros superiores, y usan productos de apoyo aquellas personas con dificultades de movilidad.

La comunicación cumple un objetivo “aumentativo”, cuando la persona complementa su expresión oral utilizando alguno de estos medios. Como ejemplo puede mencionarse a personas con parálisis cerebral y dificultades de articulación del habla que, aun siendo esta inteligible para su entorno más cercano, puede resultar incomprensible para interlocutores menos familiarizados. La persona utiliza entonces un medio de comunicación aumentativa (p.ej. un tablero en el que señala secuencialmente letras hasta formar una palabra) como apoyo para asegurar la comprensión de su mensaje a interlocutores menos habituados a escucharla. Muchas personas con parálisis cerebral, debido a estas dificultades en el habla, requieren necesariamente emplear comunicación aumentativa para su inclusión efectiva en todos los entornos sociales.

La comunicación cumple con un objetivo “alternativo”, cuando la persona con parálisis cerebral no presenta expresión oral y requiere utilizar, para comunicarse, un producto de apoyo, por ejemplo, un programa de comunicación mediante pictogramas. El 25 % de las personas con parálisis cerebral no tiene comunicación oral, por lo que su desenvolvimiento social conduce ineludiblemente al empleo de comunicación alternativa (Asociación Australiana de Parálisis Cerebral, 2016).

¹ Hay que indicar que, en esta clasificación no se incluiría, como tal, la lengua de signos, puesto que está reconocida en España como lengua por la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Entre los medios gestuales – signados a los que se hace referencia está, por ejemplo, el sistema bimodal.

Podría considerarse entonces que, en el proceso comunicativo, sea aumentativo o alternativo, una persona con parálisis cerebral puede utilizar cualquier medio accesible y de su elección, adecuado a sus necesidades y demandas comunicativas, que le permite relacionarse de manera expresiva y comprensiva en cualquier entorno social y con distintos interlocutores, exteriorizando mediante su utilización, sus pensamientos, opiniones, deseos, decisiones y proyectos de vida.

3.1. La Comunicación Aumentativa – Alternativa y las personas con parálisis cerebral

En el caso que nos ocupa, cabe indicar que el 80 % de las personas con parálisis cerebral presenta grandes necesidades de apoyo, ya sea en el plano físico, cognitivo, comunicacional o por una combinación de 2 o más factores, por lo que una gran mayoría suele utilizar productos y tecnología de apoyo para la CAA.

Además, debido a las dificultades en la movilidad, algunas personas con parálisis cerebral pueden requerir, a su vez, otro producto de apoyo que les permita el acceso de forma independiente al recurso tecnológico utilizado para su comunicación (p.ej. un programa de comunicación con pictogramas al que la persona accede mediante un lector ocular). Ambos, en asociación, conformarían su medio comunicativo.

Como se comentaba con anterioridad, cuando la persona utiliza un producto de apoyo para la CAA, puede emplear, como elementos comunicativos, imágenes y/o contenido escrito. Por lo general, si presenta dificultades en la lectura/escritura utilizará imágenes para comunicarse, y si la persona sabe leer y escribir, utilizará elementos escritos (alfabeto, palabras escritas).

En este sentido, es importante diferenciar entre las dificultades para el aprendizaje de la lectura y la escritura y, en consecuencia, el uso imágenes o pictogramas para la comunicación, de la discapacidad intelectual.

Según el informe de registro de la Asociación Australiana de Parálisis Cerebral, refrendado y aplicado por la Asociación Internacional de Parálisis Cerebral, solo el 50 % de este sector presenta discapacidad intelectual asociada. Una situación que, por contraposición, significa que el 50 % de las personas con parálisis cerebral preserva sus capacidades intelectuales. En este entramado, por tanto, no debe presuponerse que las dificultades en el habla/lenguaje implican, necesariamente, una discapacidad intelectual asociada a la parálisis cerebral. En todo caso, este grupo sí presentará grandes necesidades de apoyo en lo comunicacional, un hecho que conduce, inexorablemente, al apoyo de profesionales de la Logopedia para que su manifestación comunicativa en

todos los ámbitos de su vida, incluida en sede judicial, se reconozca, respete y, además en esta última, ostente plenas garantías.

3.2. Los productos y tecnología de apoyo para la Comunicación Aumentativa – Alternativa

A continuación, se introduce una breve descripción sobre qué tipo de productos de apoyo suelen utilizar las personas con parálisis cerebral y, lo más significativo, su esencialidad para dar respuesta a las limitaciones comunicativas.

En primer lugar, destacar que los productos y tecnología de apoyo para la comunicación (y el acceso), se encuentran recogidos en la norma UNE EN ISO 9999:2017 Productos de apoyo para personas con discapacidad. Clasificación y terminología (ISO 9999:2016).

Las personas con parálisis cerebral suelen utilizar, entre otros, los siguientes productos y tecnología de apoyo para la comunicación, bien mediante imágenes, contenido escrito o mixtos: cuadernos o libros de comunicación, tableros de comunicación, tarjetas comunicativas, comunicadores, programas y aplicaciones móviles de comunicación y emuladores de teclado con conversión texto a voz sintetizada. Estos productos, por su parte, se individualizan en contenido y acceso para ajustarse al uso comunicativo de la persona.

A su vez, tal como se indicaba, debido a las dificultades de movilidad, algunas personas con parálisis cerebral utilizan, además, otro tipo de productos que aseguren su acceso independiente al recurso comunicativo. Incorporados también como productos de apoyo dentro de la norma UNE mencionada, entre los que habitualmente utilizan están, los ratones tipo *joystick*, ratones de bola, emuladores de ratón controlados con los movimientos de la cabeza, emuladores de ratón controlados con el seguimiento de la mirada (lectores oculares), o el acceso mediante pulsador y sistema de barrido.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud, OMS (2016, p. 1) publicó un listado de los 50 productos de apoyo prioritarios, entendidos estos como los “absolutamente esenciales e imprescindibles para mantener o mejorar el funcionamiento de las personas, que se deben ofrecer a precios asequibles para los servicios públicos o los ciudadanos”. Dentro de este listado pueden encontrarse, entre otros, la gran mayoría de los productos para la comunicación y el acceso habitualmente utilizados por personas con parálisis cerebral.

Asimismo, en el año 2021, y con el título *Especificaciones sobre productos de apoyo y cómo usarlas*, la OMS ha publicado un conjunto de especificaciones sobre 26

de los 50 productos de apoyo prioritarios, concretamente de aquellos que ha considerado ampliamente utilizados por la ciudadanía. Entre estos 26 productos, se incluyen los cuadernos y tableros de comunicación.

Es importante aclarar que, un producto o tecnología de apoyo no es un Sistema Aumentativo – Alternativo de Comunicación (en adelante SAAC). Un SAAC está conformado por el conjunto de elementos que, con igual protagonismo en la comunicación multimodal establecida con la persona con limitaciones en la comunicación, se retroalimentan e influyen entre sí para obtener el máximo potencial comunicativo en cada interacción social.

Esta visión holística implica que cada elemento de cada sistema individualizado de comunicación (p.ej. la propia persona con parálisis cerebral y su idiosincrasia, su producto de apoyo para la CAA y para el acceso, el entorno comunicacional en el que transcurre la interacción y la implicación, actitudes y compromiso comunicativo de cada interlocutor), ha de actuar de manera colaborativa y en armonía, ajustándose y adaptándose a cada momento de la conversación como emisores y/o receptores que comparten un diálogo en común.

Un SAAC es conocer cómo se expresa la persona para poder interactuar con ella, porque a través de esta forma comunicativa hace ver a los demás cómo es, cómo piensa y cuáles son sus decisiones. Cada sistema comunicación es distinto, porque las personas usuarias también lo son.

Por último, se quiere destacar aquí la mención que realiza, en su informe del año 2016, la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas-Aguilar (2019, p.p. 16-17), en relación con la tecnología de apoyo (productos de apoyo). En el apartado 44 de dicho informe determina que:

“la finalidad principal de los dispositivos y tecnologías de apoyo es permitir que las personas realicen actividades que, de lo contrario, no podrían realizar, o mejorar la comodidad y seguridad con que se realizan esas actividades (La OMS y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia utilizan «tecnología de apoyo» como término general para referirse tanto a los dispositivos de ayuda como a los servicios). (...) Como ejemplos típicos de dispositivos de apoyo cabe mencionar: (...) interruptores adaptados para las personas con deficiencias físicas; (...) tableros de comunicación y sintetizadores de voz para las personas con necesidades de comunicación; (...)”.

Resumiendo lo planteado, los productos de apoyo representan, para la persona con parálisis cerebral, un soporte físico y/o tecnológico en el que disponer los elementos necesarios para comunicarse, de acuerdo a sus demandas, intereses e inquietudes, y que usará para, en su interacción social, expresar sus ideas, pensamientos y decisiones.

3.3. Comunicación Aumentativa – Alternativa. Posición jurídica formal y material adoptada por España

En primer lugar, cabe recordar que la CDPD fue ratificada por el Estado español, entrando en vigor en el año 2008. Con el fin de ayudar a los Estados parte a comprender mejor los artículos que contiene, y contribuir así a que se realice una adecuada interpretación de los mismos, una de las atribuciones del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, el Comité) es la elaboración de un conjunto de Observaciones generales sobre los artículos que componen el tratado.

Dentro de las Observaciones elaboradas hasta la fecha, y concretamente en la Observación número 6 sobre la igualdad y la no discriminación, el Comité aborda la significativa importancia que adquieren los medios de CAA en el acceso a la justicia. Concretamente, en el apartado 51, y como ejemplo de ajustes procesales, el Comité incluye “el reconocimiento de los distintos métodos de comunicación de las personas con discapacidad en los juzgados y tribunales. (...)” (2018, p. 14).

Ahondando aún más en la trascendencia de reconocer, en sede judicial, los diferentes medios de comunicación, en su apartado 52 determina que “a fin de garantizar el acceso efectivo a la justicia, los procesos deben permitir la participación y ser transparentes. Entre las medidas que permiten la participación cabe mencionar las siguientes: a) Transmisión de información de manera comprensible y accesible; b) Reconocimiento de distintas formas de comunicación y adaptación a su uso (...)” (2018, p.14).

Por último, el Comité recuerda, en el apartado 73c) que, a fin de garantizar la igualdad y no discriminación hacia las personas con discapacidad, los Estados deberían “velar por que la legislación contra la discriminación se extienda a las esferas pública y privada; (...) y aborde la discriminación específica por motivos de discapacidad, como (...) la denegación de comunicación en braille u otros modos, medios y formatos alternativos o aumentativos de comunicación;” (2018, p. 20).

Los medios aumentativos – alternativos de comunicación también aparecen destacados en la Observación número 1 sobre el artículo 12, igual reconocimiento como persona ante la ley. Así, en su apartado 16, el Comité determina que “los Estados parte

no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos” (2014, p. 5).

El siguiente apartado 17 explica algunos ejemplos de apoyos, “por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo (...) o la asistencia para comunicarse. (...) El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias” (2014, p. 5).

El Comité también expone en el apartado 29c) que, “el modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas” (2014, p. 8).

En su apartado 39, dedicado al acceso a la justicia, el Comité estima que “(...) el artículo 12 de la Convención garantiza el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluida la capacidad de testificar en las actuaciones judiciales y administrativas y otras actuaciones jurídicas. Ese apoyo puede adoptar formas diversas, como “el reconocimiento de distintos métodos de comunicación (...)” (2014, p. 11).

En este sentido, y como puede observarse por las menciones reseñadas, el Comité destaca la significativa importancia del medio de comunicación utilizado por la persona (y, en consecuencia, del grupo que nos ocupa, las personas con parálisis cerebral), para exteriorizar sus decisiones, destacando que, a pesar de existir diversidad de modos comunicativos, todos deben ser igualmente reconocidos si mediante su utilización la persona manifiesta sus voluntades y preferencias.

Sobre el paraguas interpretativo adoptado por el Comité, en tanto que órgano garante para el cumplimiento de la CDPD, resulta necesario concretar la posición jurídica adoptada formal y materialmente por España.

La Constitución Española (en adelante, CE) dispone una igualdad ilimitada y no condicionada. “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 14 CE). Nuestra igualdad constitucional, por tanto, no puede resultar ajena a las “circunstancias personales y sociales” y, con ello, a la situación de discapacidad. Una igualdad como principio y derecho fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. Una igualdad eje de nuestro sistema de-

mocrático y un elemento catalizador de la justicia como valor superior de nuestro Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, ¿se encuentran las personas usuarias de SAAC en posición de igualdad formal y material?

Dada la naturaleza suprema del principio constitucional de igualdad, tanto el derecho sustantivo como el derecho procesal han de incorporar necesariamente los formatos de comunicación alternativa y aumentativa. Una realidad que no se ha materializado plenamente en la regulación específica de discapacidad. En este sentido, el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social incorpora explícitamente los SAAC en la regulación de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación (art. 23.e. LGD). Sin embargo, la definición de accesibilidad universal en tanto que principio transversal (art. 2 LGD) aplicable a todo nuestro ordenamiento jurídico relega a un segundo plano la CAA, aún a pesar de que, la toma en consideración de criterios de accesibilidad universal aumenta la potencialidad de uso de los SAAC en variedad de entornos, espacios y servicios. Por ejemplo, la inclusión de accesibilidad en el espacio digital facilita que una persona con parálisis cerebral, usuaria de tecnología de apoyo, pueda hacer compatible su acceso e interacción web mediante su producto, a fin de participar en igualdad en la Sociedad de la Información y la Comunicación. O, por ejemplo, la eliminación de las barreras físicas y arquitectónicas maximiza las oportunidades comunicativas de la persona usuaria de SAAC, ya que podrá participar en cualquier lugar de su interés y preferencia, aumentando con ello sus experiencias sociales y comunicacionales.

Por su parte, las leyes procesales de los distintos órdenes jurisdiccionales tampoco han introducido la CAA como una herramienta comunicativa más.

En el ámbito civil, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) no incorpora la CAA en ningún punto de su articulado, incluidos los presupuestos relativos a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. ¿Puede un proceso de incapacitación judicial otorgar presunta protección a una persona sin escuchar su voz?

Por su parte, en el orden jurisdiccional penal, el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LE-Crim) tampoco incorpora la CAA ni en su articulado inicial ni en las sucesivas y múltiples reformas de dotación de garantías al proceso y a la justicia penal. ¿Es posible juzgar un delito sin oír a una de las partes? ¿Será esta una resolución adecuada a derecho?

Como se puede observar, el presente artículo nace de un vacío normativo. La realidad jurídica no da respuesta a la realidad comunicativa de las personas con parálisis cerebral usuarias de SAAC que, en un ámbito privado e individual, utilizan estos medios para relacionarse con su entorno y participar en actividades comunitarias. Y esta situación acontece tanto a escala nacional como internacional. Esto es, pese a los avances interpretativos del Comité de la CDPD, tampoco el derecho sustantivo internacional ha prestado la debida atención regulatoria a la CAA.

Las referencias de la CDPD a la CAA son jurídicamente insuficientes. “Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público” (art. 9.e CDPD). ¿En qué consiste esa asistencia humana en personas usuarias de SAAC? ¿Nos referimos a profesionales de Logopedia?

El derecho como instrumento social responde a las necesidades de la ciudadanía y, en ese sentido, no puede sino incorporar las de toda ella en sus planteamientos regulatorios. A tal fin y con el propósito de sumar un enfoque práctico a la producción académica, máxime cuando esta nace y emerge en un entorno de innovación jurídica y social, en el siguiente apartado detallaremos la experiencia de práctica jurídica del servicio de Asesoría Jurídica de Confederación ASPACE.

4. LA CONCULCACIÓN DE DERECHOS EN LAS PERSONAS CON PARÁLISIS CEREBRAL USUARIAS DE SISTEMAS DE COMUNICACIÓN AUMENTATIVA – ALTERNATIVA: IMPLICACIONES PRÁCTICAS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

La esencialidad del derecho a ser oído como garantía procesal ha de extenderse necesaria e ineludiblemente a todas las personas sin distinción, incluidas las personas con parálisis cerebral con dificultades de comunicación o con ausencia de comunicación oral. Para ellas, su SAAC es el mecanismo bidireccional de comunicación.

Sin embargo, actualmente su acceso a la justicia se encuentra mediatizado por la discrecionalidad de los operadores jurídicos. Esto es así en la medida en que los SAAC no se han integrado como sistema válido de comunicación en el proceso judicial, con independencia de su naturaleza y tipología. Esa falta de integración y de reconocimiento formal no solo conduce a la no provisión de servicios de Logopedia en sede judicial, sino a pronunciamientos judiciales en situación de normalizada indefensión por acaecer sin oír a la parte usuaria de SAAC sea cual sea su posición procesal.

La invisibilidad social de la CAA provoca que las personas interlocutoras, ajenas a este medio de comunicación, no sepan cómo hablar e interactuar con este grupo de personas. Por ese motivo estrictamente capacitista, en muchas ocasiones las personas con parálisis cerebral usuarias de SAAC no son escuchadas y, en otras, sus voces se atienden de manera insuficiente; resquebrajando, con ello, los presupuestos jurídicos de la igualdad de oportunidades.

Pero el hecho de que no sean oídas en juicio reviste si cabe mayor gravedad. Y lo hace no solo porque se aleja del valor supremo de nuestro sistema democrático, sino porque este hecho acontece en el momento en el que nuestro sistema ha fallado en primera instancia. El acceso a la justicia se produce como amparo a una primera vulneración de derechos. Y si ese amparo tampoco resulta garantista para con ellas, las personas usuarias de SAAC serían excluidas sistemáticamente del sistema.

La administración de justicia ha de incluir inexcusablemente a las personas con parálisis cerebral usuarias de SAAC, posibilitando el ejercicio material de sus derechos y evitando, con ello, las indeseables consecuencias de la máxima romana de “tanto no da probar como no tener el derecho”. Si la Justicia es el valor supremo de nuestro Estado moderno ha de ser la Justicia la primera en articular un sistema garantista para todas las personas sin distinción.

La práctica del servicio de Asesoría Jurídica de Confederación ASPACE ha evidenciado la vulneración de derechos en sede judicial, aun cuando esta debiera ser soporte a la ejecución del amparo judicial. En los últimos años se han formalizado incapacitaciones judiciales sobre personas con parálisis cerebral usuarias de SAAC, pese a contar incluso con la oposición de la familia y con informe desfavorable de profesionales de las entidades ASPACE. En el ámbito penal se han archivado causas de violencia contra mujeres con parálisis cerebral usuarias de SAAC en manifestaciones tan graves como agresión sexual múltiple o continuada en el tiempo. La crudeza e indefensión de las personas con parálisis cerebral usuarias de SAAC hace indispensable el replanteamiento de su situación de indefensión procesal. En caso contrario, seguiremos asistiendo a la impunidad de agresores que se prevalen de la situación de especial vulnerabilidad descrita para trazar un círculo vicioso con indisoluble sesgo de género.

La tutela judicial efectiva en su vertiente de garantías procesales no ampara las necesidades comunicativas de las personas con parálisis cerebral que presentan dificultades de comunicación oral o ausencia de comunicación oral. La justicia real y efectiva no es igual para todas las personas. No lo es para aquellas personas que emplean SAAC para comunicarse y ven cercenado su derecho a ser oídas en juicio como elemento vertebrador de la realización material de sus derechos en pie de igualdad al resto de la

ciudadanía. Sin reconocimiento formal de la CAA en el proceso judicial, las personas con parálisis cerebral usuarias de SAAC no pueden hacer valer su derecho, no pueden testificar en calidad de víctima o de testigo, y la resolución judicial emanante no podrá ser, por tanto, garantista a sus pretensiones.

Y es que tal y como explica Lorenzetti, (2000) el Estado moderno ha dejado atrás la libertad como principio esencial de acceso a la justicia para amparar la igualdad como mecanismo ineludible al pragmatismo real y efectivo. La libertad está vinculada a la autoresponsabilidad y a la capacidad jurídica plena, mientras que la igualdad incluye a todas las personas y otorga visibilidad a “los y las débiles jurídicos”. Se trata de un proceso inclusivo en el que globalmente se encuentra inmersa la sociedad, gracias, entre otros, a la promulgación y ratificación de la CDPD y a la labor de seguimiento del Comité de Naciones Unidas. En particular aquí, lo recogido en el apartado 31 de la Observación General número 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, que establece que, como ejemplos de violencia, explotación y/o abuso contra las mujeres con discapacidad y que vulneran el artículo 16 de la CDPD, cabe citar los siguientes: “(...) la eliminación o el control de apoyos para la comunicación y la denegación de asistencia en la comunicación” (2016, p. 9).

Este viraje normativo permite positivizar en el entramado de garantías procesales los intereses individuales homogéneos de las minorías. Un hecho que, en opinión de Blasco Aznar, (2013), ha de conducir necesariamente a la moralización del Estado social y democrático de Derecho en aras de la consecución de ese ideal de Estado de Justicia inacabado. “La justicia siempre funcionará como un ideal al que la legalidad debe aspirar” (Eusebio Fernández García citado por Blasco Aznar, 2013, p. 222). Y esa aspiración precisa de incidencia política y requiere, para ello, de las demandas de las personas con discapacidad como minoría organizada y evidenciadora de la vulneración de derechos en la diversidad humana. Solo así el Estado alcanzará el ideal de Justicia como pilar y frontispicio de su definición misma y, en tanto ello, con necesaria inclusión de todas las personas sin distinción.

“Requiere la existencia de unas minorías que den conciencia, ilustración y moción política a las masas. Requiere, en fin, la voluntad moral de la democracia” (Aranguren citado por Blasco Aznar, 2013, p. 213).

Y a tal fin, coadyuvan los Criterios de Verificación del Estado de Derecho promulgados por el Consejo de Europa el 11 de octubre de 2017 mediante Resolución 2187 (2017). En ellas se dictamina que la Ley ha de “prevenir o compensar las desventajas que sufren personas por razón (de pertenecer a un determinado grupo)”. Así, bajo incorporación de la discriminación positiva, han de transitar las garantías procesales de las personas con parálisis cerebral usuarias de SAAC.

Y todo ello con el propósito de que la CAA impida esa segunda conculcación de derechos, que acontecen cuando ellas, las personas usuarias de SAAC no son oídas en sede judicial. Sus pretensiones mediatizadas por profesionales de la Abogacía y Ministerio Fiscal son insuficientes al principio de contradicción, en el que las partes procesales se hayan en el centro del procedimiento, y sin la cuáles su prosecución resulta inasumible. ¿Por qué habría de bastar para las personas con parálisis cerebral usuarias de SAAC? ¿Por qué cabe en la práctica jurídica la admisión discrecional de su sistema de comunicación? ¿Por qué se excluyen testificales de víctima como única prueba de cargo cuando son pronunciadas mediante SAAC? La sola interrogación basta en sí misma como respuesta.

El sistema procesal debe reparar en la realidad social y jurídica de las personas usuarias de SAAC y, en consecuencia, ser reformulado con el fin de la incorporación procesal de la CAA en todas las leyes procesales de los distintos órdenes jurisdiccionales.

A tal aproximación contribuyen también los principios y directrices internacionales para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad elaborados por la Asamblea General de Naciones Unidas en agosto de 2020. En ellos se recoge la accesibilidad universal como principio informador del acceso a la justicia de todas las personas sin distinción. La inclusión social que no será universal en tanto no conozca y reconozca en su seno los SAAC como formatos y medios válidos de comunicación en todos los contextos sociales y, en particular, en la esfera judicial.

Y todo ello a fin de salvaguardar los postulados de la doctrina del Tribunal Constitucional, quien en postura precedente asumió la carencia de interpretación de lengua extranjera como situación de indefensión. Y es que la falta de comunicación con la parte procesal sea cual sea su posición jurídica, conduce inexorablemente a indefensión. En referencia a la indefensión, la paradigmática STC 14/1999, de 22 de febrero define que “para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados”.

La provisión de servicios de Logopedia, imprescindibles para el apoyo en la comunicación a personas usuarias de SAAC, así como la admisión de la concurrencia de profesionales de Logopedia vía periciales, supondría una garantía en la defensa y protección de derechos de este grupo de personas con pluridiscapacidad.

La falta de garantías procesales y la inseguridad jurídica subyacente a la falta de reconocimiento formal de la CAA en las leyes procesales, podría resquebrajar, no solo las legítimas pretensiones jurídicas las personas usuarias de estos medios, sino que pondría en evidencia las grietas de nuestro frontispicio jurídico y desequilibraría inequitativamente la justicia y la posibilidad de acontecer una impunidad legal de la contraparte no usuaria de estos medios comunicativos.

Del mismo modo que la normativa procesal progresó con la incorporación de la interpretación a lengua extranjera o a la lengua de signos, la integración de los medios de CAA supondría un paso más en el reconocimiento de la diversidad de diferentes medios comunicativos sin distinción, de manera que dicha positivización permitiría que la legalidad aproxime sus presupuestos a la Justicia como valor superior de nuestro Estado social y democrático de derecho.

5. LA COMUNICACIÓN AUMENTATIVA – ALTERNATIVA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE LA LECRIM: PROPUESTA DE INCORPORACIÓN COMO UNA OPORTUNIDAD DE JUSTICIA SOCIAL

El reconocimiento jurídico de la CAA constituye una garantía judicial tanto en términos de derecho sustantivo como de derecho procesal, habida cuenta de que vertebraba el derecho a ser oído, y posibilita la participación en el proceso judicial en calidad de parte y en igualdad de oportunidades.

Por ese motivo, la CAA como mecanismo de comunicación plenamente válido y su instrumentalización material en las diferentes modalidades de SAAC, ha de incorporarse tanto en el derecho sustantivo como en el derecho procesal y, con ello, en las leyes procesales de los distintos órdenes jurisdiccionales. En el ámbito civil ha de integrarse transversalmente en la LEC, pero también en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV). En el orden social y administrativo ha de incluirse, respectivamente, en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS) y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA). Se trata, por tanto, de una transformación sustantiva de nuestro sistema procesal.

La Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica introduce en su exposición de motivos los formatos aumentativos y alternativos de la comunicación. Se trata de una mención sumamente necesaria que, en términos de seguridad jurídica y garantía procesal, habría de trasladarse ineludible, explícita y detalladamente a la LEC. Asimismo, la norma, que entra en vigor el 3 de septiembre de 2021, introduce certe-

ramente la CAA en el derecho sustantivo. Concretamente, en las comunicaciones con Notaría. Su referencia, no obstante, resulta insuficiente, en la medida en que no contempla a las profesionales de Logopedia como agentes facilitadoras de la comunicación bidireccional. Un hecho, que podría conducir a inaplicabilidad práctica, ya que no solo se necesita contemplar al profesional de Logopedia, sino hacerlo casuística e individualmente, de manera que se otorgue garantía jurídica a la expresión comunicativa personalizada a cada SAAC empleado por cada persona con parálisis cerebral.

Asimismo, dado el contexto normativo, y en la medida de que las mayores y más graves vulneraciones de derechos han acaecido en el ámbito penal, la incorporación de la CAA en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la LECrim constituye una oportunidad realista para la cristalización jurídica.

En este sentido, la mera referencia realizada por el Anteproyecto de “apoyos a personas con dificultades de la comunicación” supone la inclusión de un concepto jurídico indeterminado que, por su propia naturaleza, carece de la seguridad jurídica necesaria al ejercicio de derechos. Esto es, conservaría la situación precedente, caracterizada por discrecionalidad e inequidad aplicativa, haciendo subsistir un sistema procesal capacitista ajeno a la inclusión democrática de todas las personas sin distinción.

Las personas con parálisis cerebral usuarias de SAAC son cuestionadas en la manifestación de su expresión comunicativa. Generalmente, el empleo de SAAC se asocia a la concurrencia de discapacidad intelectual asociada a la parálisis cerebral. Una asimilación jurídica que carece de virtualidad. Hasta la fecha, la discrecionalidad jurídica práctica se ha vinculado a la tipología de comunicación utilizada por la persona. Así pues, si la persona utiliza tecnología de conversión de texto escrito a voz sintetizada, se le otorga una mayor credibilidad, dado su carácter netamente asimilable a la comunicación oral normativa. Esa verosimilitud se extiende, en ocasiones, cuando la comunicación se produce como resultado de la señalización directa en tableros o cuadernos con contenido escrito (p. ej. tableros alfabéticos o silábicos). Esto es, si existe posibilidad de lectoescritura, el cuestionamiento disminuye o tiende a desaparecer.

Sin embargo, para las personas que carecen de lectoescritura y utilizan imágenes para comunicarse, como fotografías y/o pictogramas, la situación se recrudece exponencialmente. En ocasiones, el mensaje conformado por la combinación de fotografías y/o pictogramas, y audible mediante el uso de la síntesis de voz de su producto de apoyo (p.ej. un programa de comunicación), resulta telegráfico para el interlocutor y le hace presuponer, erróneamente, que la persona no tiene capacidad para expresarse.

Aún más compleja se vuelve la situación para personas que utilizan cuadernos o tableros de comunicación con fotografías y/o pictogramas. En este último caso, además del resultado telegráfico del mensaje, si a consecuencia de las dificultades en la movilidad de miembros superiores la persona no puede señalar directamente con su dedo sobre las páginas, requiere el apoyo del interlocutor para, mediante preguntas cerradas y respuesta sí/no, ir progresivamente indicando qué elemento de su cuaderno o tablero desea comunicar. Estas técnicas profesionales cuentan con plena rigurosidad y son fruto del trabajo constante y permanente de profesionales de Logopedia, pero en muchas ocasiones, y de forma nuevamente prejuiciosa, llevan a la conclusión equivocada de que la persona no tiene capacidad para comunicar.

La realización de presunciones erróneas sobre la capacidad de la persona en base a las dificultades en el habla y lenguaje percibidas por el interlocutor es lo Hargie (2019, p. 588) define como “*horn effect*”, explicado como aquel que surge “cuando un defecto en un área se asume cómo representativo de defectos en otra. (...) A su vez, nos sentimos obligados a centrar nuestra atención en esos aspectos negativos en lugar de en los positivos. Además, somos especialmente sensibles a la información negativa sobre otras personas. Esto significa que es difícil dejar de lado una impresión negativa, una vez que se forma”.

Para revertir la situación y otorgar seguridad jurídica a las personas que utilizan SAAC, esta ha de incorporarse formalmente en el articulado de la LECrim y en todas sus modalidades, medios y modos comunicacionales, desde cuadernos y tableros de contenido escrito, la conversión de texto escrito a voz sintetizada, cuadernos, tableros, tarjetas, software o aplicaciones móviles de comunicación con imágenes, contenido escrito o mixto, o cualquier otro medio, modo, formato, producto o tecnología de elección de la persona con análogo fin comunicativo.

Este reconocimiento ha de producirse de forma transversal en todo el Anteproyecto de la LECrim, con independencia de la cualidad de parte ostentada por la persona con parálisis cerebral. En particular ha de recogerse en el Capítulo II del Título II dedicado a la persona encausada con discapacidad, en el Capítulo V del Título II relativo al Estatuto de la Víctima en el proceso penal y en el Capítulo I del Título IV sobre declaración testifical.

Junto a ello, la administración de justicia ha de reconocer y proveer recursos de Logopedia que, mediante el abordaje profesionalizado, garanticen la comunicación con las personas usuarias de SAAC a fin de asegurar su acceso a la justicia como ciudadanía en pie de igualdad.

6. CONCLUSIONES

Los SAAC permiten a la persona con parálisis cerebral expresarse con el medio comunicativo de su elección, lo que facilita su participación en igualdad de oportunidades en cualquier contexto social. El reconocimiento explícito de los SAAC en el ordenamiento jurídico posibilita el ejercicio efectivo de derechos y el acceso a la justicia de las personas usuarias. Este último extremo evita en sí mismo la doble conculcación de derechos que acontecería como consecuencia y suma de la vulneración inicial del derecho en el contexto social dado y la conculcación de su defensa activa por imposibilidad fáctica de amparo judicial.

La admisión de estos sistemas comunicativos es un elemento ineludible a la garantía procesal a ser oídas en juicio para, con ello, catalizar el principio de contradicción, evitar indefensión, y dar lugar, en última instancia, a una resolución judicial garantista para con las legítimas pretensiones de las personas con parálisis cerebral usuarias de estos sistemas. A tal fin, la provisión de servicios de Logopedia coadyuva esencialmente al aseguramiento del intercambio comunicativo en sede judicial y garantiza, con ello, el desarrollo procedimental en términos de seguridad jurídica.

Todo ello porque comunicarse mediante el uso de un SAAC proporciona a la persona un medio para exteriorizar su identidad personal, autodeterminarse y desarrollar su proyecto vital. Sin el reconocimiento formal de estos medios, modos, formatos o sistemas de comunicación, las personas con parálisis cerebral usuarias de SAAC se encuentran en una posición de desigualdad social e indefensión judicial, contravinando los valores superiores del Estado social y democrático de derecho y atentando directamente contra la igualdad de oportunidades y la inclusión social efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

ASOCIACIÓN AUSTRALIANA DE PARÁLISIS CEREBRAL. Australian Cerebral Palsy Register Report [en línea]. 2013. [consulta: 7 de abril de 2021]. Disponible en: https://cpregister.com/wp-content/uploads/2018/05/ACPR-Report_Web_2013.pdf

_____. Report of the Australian Cerebral Palsy Register, Birth Years 1993-2009. 2016. [consulta: 7 de abril de 2021]. Disponible en: https://cpregister.com/wp-content/uploads/2018/05/ACPR-Report_Web_2016.pdf

BLASCO AZNAR, P. L. *La Justicia entre la Moral y el Derecho*. Editorial Trotta, enero de 2013. ISBN: 978-84-9879-359-8.

- CALDERÓN CUADRADO, M.^a Pía, “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”. En *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 10, 2000, pp. 153-178. ISSN 1138-2848.
- DELGADO SANTOS, C. I., 35 cuestiones sobre Comunicación Aumentativa – Alternativa con productos de apoyo [en línea]. Vigara Cerrato, A. Madrid: Ceapat, 2021. [consulta: 11 de abril 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3uggC9e>.
- DIOGUARDI, Juana, “El debido Proceso y el Control de Constitucionalidad: El Estado Constitucional Democrático”. En *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresarial y Sociales (UCES)*, n.º 9, 2005, págs. 251 – 273.
- FORERO SALCEDO, José Rory, “El valor superior de la Justicia en la Unión Europea. Especial Referencia al Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho Español”. En *Verba Iuris*, 31, 2014 pp. 91-114, <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.31.59>.
- HARGIE, O. *The handbook of communication skills*. Cuarta edición. Londres y Nueva York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2019. ISBN: 978-1-138-21912-0 (hbk), ISBN: 978-1-138-21913-7 (pbk), ISBN: 978-1-315-43613-5 (ebk).
- LORENZZETI, R., (2000), Acceso a la justicia de los sectores vulnerables [en línea]. Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, 2000, pp. 61-74. [consulta: 22 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26687.pdf>
- NOVAK, I., “Diagnóstico basado en pruebas, atención sanitaria y rehabilitación en niños con parálisis cerebral (Evidence-based diagnosis, health care, and rehabilitation for children with cerebral palsy)”. En *Journal of Child Neurology*, 29 (8), 2014, pp. 1141-1156, <https://doi:10.1177/0883073814535503>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Lista de productos de apoyo prioritarios: mejora del acceso a las tecnologías de apoyo para todos, en todo lugar [en línea]. USAID & International Disability Alliance. Ginebra: Ediciones de la OMS, Organización Mundial de la Salud, 2016. [consulta: 11 de abril 2021]. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/207697>
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. Assistive product specifications and how to use them [en línea]. Geneva: World Health Organization, 2021. [consulta: 11 de abril 2021]. ISBN 978-92-4-002028-3. Disponible en: <https://bit.ly/3dL25fl>

Legislación

España. Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal. *Ministerio de Justicia*, enero de 2021.

España. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424.

España. Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 2018, núm. 314.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 200, núm. 7.

España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de julio de 2015, núm. 158.

España. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de octubre de 2011, núm. 245.

España. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de julio de 1998, núm. 167.

España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de septiembre de 1882, núm. 260.

España. 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. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de diciembre de 2013, núm. 289.

Estrasburgo. Criterios de Verificación del Estado de Derecho, Resolución 2187(2017). *Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*, 11 de octubre de 2017.

Nueva York. Principios y directrices internacionales para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. *Asamblea General de Naciones Unidas*, agosto de 2020.

Nueva York. Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Asamblea General de las Naciones Unidas*, 13 de diciembre de 2006.

París. Declaración Universal de Derechos Humanos. *Asamblea General de las Naciones Unidas*, 10 de diciembre de 1948.

Roma. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 25 de marzo de 1957. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 de marzo de 2012, núm. 85.

Roma. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 14 de diciembre de 2007, núm. 303.

Roma. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. *Consejo de Europa*, 4 de noviembre de 1950.

Jurisprudencia

España. Sentencia del Tribunal Constitucional 72/1996, de 24 de abril de 1996.

España. Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999, de 22 de febrero de 1999.

Nueva York. Observación general n.º 1 sobre igual reconocimiento como persona ante la ley. *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2014.

Nueva York. Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas-Aguilar. *Asamblea General de Naciones Unidas*, 9 de agosto de 2016. A/71/314

Nueva York. Observación General n.º 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2016.

Nueva York. Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. *Asamblea General de Naciones Unidas*, 27 de diciembre de 2017. A/HRC/37/25.

Nueva York. Observación n.º 6 sobre sobre la igualdad y la no discriminación. *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2018.

Ana M.^a Castro-Martínez
Doctoranda y Abogada
UNED

ACCESIBILIDAD COGNITIVA PARA PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL GRAVE CUMPLIENDO MEDIDAS DE SEGURIDAD EN UNA UNIDAD DE PSIQUIATRÍA LEGAL*

COGNITIVE ACCESSIBILITY FOR SEVERE MENTALLY DISABLED PERSONS SERVING SECURITY MEASURES IN LEGAL PSYCHIATRY UNIT

SUMARIO: 1. Introducción; 1.1. Objetivos e hipótesis. –2. Metodología; 2.1. Descripción del método utilizado: COM-T; 2.2. Aplicación del Método COM-T al caso investigado; 2.2.1. Estudio de la Muestra; 2.2.2. Desarrollo del método. –3. Resultados y discusión; 3.1. Resultados Supuesto *Reglas de Brasilia*; 3.2. Resultados Supuesto Sentencia; 3.3. Resultados del grado de satisfacción. –4. Conclusiones. –5. Agradecimientos. –6. Referencias bibliográficas; Referencias legislativas.

RESUMEN

El trabajo que se presenta muestra el comportamiento de las personas con enfermedad mental grave que se encuentran cumpliendo una medida de seguridad ante el

* Recibido el 14 de abril de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

fenómeno de la comprensión de textos. La investigación se lleva a cabo en el centro hospitalario Aita Menni de Arrasate-Mondragón (Guipúzcoa). La muestra está compuesta por 18 personas con enfermedad mental grave de edades entre 22 y 51 años. Se utiliza el método COM-T (Comprehension Tools) diseñado por la autora utilizando dos instrumentos: test de valoración del grado de comprensión de textos denominado "Factor de comprensión" y un cuestionario de satisfacción en relación con la usabilidad de herramientas facilitadoras con 10 ítems cerrados y uno abierto. Los resultados obtenidos evidenciaron que los textos más sencillos fueron mejor comprendidos que los complejos; que a medida que facilitamos textos con apoyos el entendimiento mejora; que la mayoría percibe mejor cuando se lee de viva voz por un tercero que cuando lo lee cada participante, así como que mejora el entendimiento a mayor número de herramientas utilizadas. En cuanto al grado de satisfacción se analizan estas variables: satisfacción personal, autonomía/independencia, relaciones/participación, control de conflictos, aplicación real/necesidad, importancia accesibilidad, apoyos, estado de la justicia, influencia del consumo de tóxicos, justicia/adaptaciones. Para concluir, podemos afirmar que la comprensión de textos en personas con enfermedad mental grave que cumplen medidas de seguridad en una unidad de psiquiatría legal se ve muy dificultada si no se utilizan herramientas facilitadoras. Los textos que se manejen deben tener formato accesible para no generar discriminación ni vulneración de derechos respetando la atención a la diversidad¹ donde los poderes públicos tienen la obligación de proporcionarlos.

ABSTRACT

The text that is presented tries to show the behavior of persons with severe mental illness who are serving a security measure in the face of the phenomenon of text comprehension. The experiment is carried out at the Aita Menni hospital in Arrasate-Mondragón (Guipúzcoa). The sample is made up of 18 people with severe mental illness (n = 18), aged between 22 and 51 years. The COM-T method (comprehension tools) designed by the author with two instruments is used: a test to assess the degree of text comprehension called "Comprehension factor" and a satisfaction questions in relation to the usability of facilitating tools with 10 items closed and one open containing free observations. The results obtained showed that the simplest texts were better unders-

¹ Es el conjunto de acciones educativas que previenen y dan respuesta a las necesidades, temporales o permanentes, de todo el alumnado, es especial, los que requieren una actuación específica derivada de factores personales o sociales relacionados con situaciones de desventaja sociocultural, de altas capacidades, de compensación lingüística, comunicación y del lenguaje o de discapacidad física, psíquica, sensorial o con trastornos graves de la personalidad, de la conducta o del desarrollo, de graves trastornos de la comunicación y del lenguaje de desajuste curricular significativo.

tood than the complex ones; that as we provide a text with supports (facilitating tools) understanding improves; that a vast majority self-perceive comprehension better when it is read out loud by a third person than when it is read by each participant, and that comprehension improves with a greater number of tools used. Regarding the degree of satisfaction, these variables are analyzed: personal satisfaction, autonomy / independence, relationships / participation, conflict control, real application / need, importance of accessibility, support, state of justice, influence of drug use, justice / adaptations. We can affirm that the texts comprehension in persons with severe mental illness who are serving a security measures is very difficult if facilitating tools are not applied. When these persons are students, the texts they use must have an accessible format so as not to generate discrimination or violation of rights, respecting attention to diversity. Access to adult education throughout life cannot be compromised due to the lack of support that the public authorities are obliged to provide.

Palabras clave: Enfermedad mental; accesibilidad cognitiva; discriminación, igualdad de oportunidades.

Keywords: Mental illness; cognitive accessibility; discrimination; equal opportunity.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es analizar la comprensión de textos en un grupo de personas con enfermedad mental grave² que se hallan cumpliendo una medida de seguridad³ en una Unidad de psiquiatría Legal. Esta Unidad “está orientada para que las personas con enfermedad mental grave que han de cumplir una medida de seguridad especificada en una sentencia judicial lo puedan hacer en un entorno hospitalario”⁴.

² Personas que tienen alteraciones mentales, de duración prolongada, con un grado variable de discapacidad y disfunción social que han de ser asistidas en recursos asistenciales adecuados.

³ Artículo 95. Código Penal. 1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias: 1.^a Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2.^a Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. 2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3. Artículo 96. 1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad. 2. Son medidas privativas de libertad: 1.^a El internamiento en centro psiquiátrico...

⁴ <https://www.aita-menni.org/es/psiquiatria/psiquiatria-legal/unidad-psiquiatria-legal.html>

Son, por un lado, personas adultas con discapacidad⁵ (Guinea, 2007) dado que tienen más de 18 años (mayoría de edad) que es la edad mínima para poder ingresar en este tipo de establecimientos y, además, cumplen los requisitos de la definición del concepto de persona con discapacidad en el sentido de que presentan deficiencias mentales a largo plazo y que, al interactuar con el entorno, encuentran multitud de barreras que pueden impedir su plena y efectiva participación en la sociedad, en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos.

Y, por otro lado, se encuentran en situación de gran vulnerabilidad⁶ por lo que necesitan de apoyos para alcanzar la igualdad de oportunidades que es “la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva”⁷ (BOE, 2013). Dicha situación, les hace firmes candidatos a sufrir discriminación por sus propias especificidades: ser persona con discapacidad, tener una enfermedad mental grave y cumplir una medida de seguridad en un contexto de encierro.

Si tienen dificultades en el ámbito de la comprensión que les provoquen limitaciones habrá que encontrar fórmulas para que logren esa igualdad de oportunidades. Si una de esas limitaciones es la dificultad para el entendimiento habrá que encontrar fórmulas válidas para que alcancen ese objetivo sin producir ningún tipo de discriminación.

El enfoque del presente estudio está centrado, fundamentalmente, en el concepto de “accesibilidad universal” que es “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas

⁵ Personas con discapacidad son aquellas personas que “presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con el entorno, encuentran diversas barreras, que pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos”.

⁶ “Se consideran en situación de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentren especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Definición en Reglas de Brasilia.

⁷ Definición en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse” (BOE, 2013). Parafraseando a Rafael de Asís: “Entender la accesibilidad universal como un principio jurídico implica considerarla como un referente legislativo y judicial, esto es, como un referente que debe ser respetado por la normativa y garantizado por los jueces cuando llevan a cabo un control de esta normativa. Considerar la accesibilidad como parte del contenido esencial de todos los derechos implica dotarla de una proyección transversal que afecta a todos los derechos presentándose como una condición para su satisfacción. Como parte del derecho a la no discriminación, la accesibilidad pasa a ser un derecho: el derecho a no ser discriminado por ausencia de accesibilidad” (De Asís 2016). Otra definición de accesibilidad nos la da la CDPD⁸ (ONU, 2006) en su artículo 9 indicando que: “A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán...”.

Dentro del ámbito de la accesibilidad universal nos centramos especialmente en la accesibilidad cognitiva dado que pretendemos estudiar la comprensión de textos en un grupo de personas adultas con enfermedad mental grave. Observamos que en el artículo 9 de la CDPD cita que los Estados Partes deben adoptar medidas para asegurar el acceso a las personas con discapacidad “a la información y las comunicaciones incluyendo los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones” y que estas incluirán “la identificación de obstáculos y barreras de acceso”.

Por tanto, el parámetro adecuado para este estudio se hace efectivo a través de la accesibilidad cognitiva⁹, que es un pilar básico donde se considera preceptivo que los textos deben ser presentados de tal forma que puedan ser comprendidos por todas las personas dando así cabida al derecho a entender¹⁰ “con el fin de que todas las personas

⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

⁹ Condición que deben cumplir los textos con el fin de que sean comprensibles para todas las personas llegando así a su comprensión.

¹⁰ Es el derecho a asimilar de forma clara significados.

tengan las más similares oportunidades para el logro de sus fines en el seno de una sociedad inclusiva” (García-Atance, 2017). Cobra importancia aquí el concepto de inclusión social que es “el principio en virtud del cual la sociedad promueve valores compartidos orientados al bien común y a la cohesión social, permitiendo que todas las personas con discapacidad tengan las oportunidades y recursos necesarios para participar plenamente en la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, y para disfrutar de unas condiciones de vida en igualdad con los demás”¹¹ (BOE, 2013). Es evidente tras la definición expuesta, que, si se logra la accesibilidad cognitiva presentando los textos de forma comprensible para todas las personas, lo que estamos logrando es una sociedad más inclusiva.

El andamiaje teórico está articulado alrededor del concepto “lenguaje”¹² existiendo valiosas razones por las que “el lenguaje tiene gran importancia para el estudio de la naturaleza humana. Una de ellas es que el lenguaje parece ser una verdadera propiedad de la especie, exclusiva de la especie humana en lo esencial y parte común de la herencia biológica que compartimos, con muy poca variación entre los humanos a menos que intervengan trastornos psicológicos más bien serios. Además, el lenguaje tiene que ver de una manera crucial con el pensamiento, la acción y las relaciones sociales” (Chomsky 1988).

Otro aspecto, es el indicador “entendimiento”¹³ que nos “remite a un acuerdo racionalmente motivado alcanzado entre los participantes, que se mide por pretensiones de validez susceptibles de crítica. Las pretensiones de validez (verdad proposicional, rectitud normativa y veracidad expresiva) caracterizan diversas categorías de un saber que se encarna en manifestaciones o emisiones simbólicas” (Habermas, 1987). Se halla inserto en la acción comunicativa que es la interacción entre dos sujetos capaces de comunicarse lingüísticamente y de efectuar acciones para establecer una relación interpersonal.

En relación con la variable “comprensión”, en las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad¹⁴ (ONU, 1994), en su artículo 1.1 se insta a los Estados a transformar la información/documentación a formatos que

¹¹ Definición en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

¹² Para Chomsky existe una estructura mental innata que permite comprender y producir cualquier enunciado en cualquier idioma natural que conocemos.

¹³ Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa. Volumen 1: Racionalidad de la acción y racionalización social*.

¹⁴ <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PersonsWithDisabilities.aspx>

sean accesibles: “Los Estados deben velar por que las autoridades competentes distribuyan información actualizada acerca de los programas y servicios disponibles para las personas con discapacidad, sus familias, los profesionales que trabajen en esta esfera y el público en general. La información para las personas con discapacidad debe presentarse en forma accesible”.

Con el objeto de que las personas con discapacidad que tengan dificultades de comprensión puedan tener acceso a la información surgen distintas técnicas: pictogramas, el lenguaje sencillo o la lectura fácil.

Una de las herramientas facilitadoras más utilizadas es la lectura fácil que se define como “un planteamiento metodológico general para volver accesible la información y facilitar la comprensión de los mensajes escritos a todas las personas, en su diversidad intelectual y de aprendizaje” (Vived y Molina, 2012). Tiene como característica que “no genera textos por sí misma, sino que se pone al servicio con el fin de vehicularlos al gran público” (Ramírez, Pérez y Lanne-Lenne, 2019). “La lectura fácil surge como una herramienta de comprensión lectora y de fomento de la lectura para atraer a personas que no tienen hábito de leer o que se han visto privadas de él” (García, 2014). Otra definición de la técnica indica que “es una metodología en construcción que adapta textos literarios, científicos, jurídicos, informáticos y periodísticos mediante un lenguaje sencillo” que se “realiza en función de las habilidades cognitivo-lingüísticas y al perfil lingüístico del lector” (Ocampo, 2015).

Sentado todo lo anterior, si lo llevamos al campo de la educación, nos encontramos con que cuando las personas con discapacidad adultas que tienen dificultades de comprensión adquieren el rol de estudiantes, aun siendo personas adultas, tienen derecho a que se les proporcione una educación ajustada a sus limitaciones cognitivas. Si una de esas limitaciones es la dificultad para comprender textos habrá que encontrar fórmulas para superar esas carencias y lograr el objetivo de la accesibilidad cognitiva. El modelo adecuado se hace efectivo a través de la educación inclusiva¹⁵ donde esa accesibilidad cognitiva¹⁶ va a alcanzarse transformando los textos originales en otros que van a ser comprendidos por todas las personas (derecho a entender¹⁷). A este respecto

¹⁵ La UNESCO define la educación inclusiva así: “La inclusión se ve como el proceso de identificar y responder a la diversidad de las necesidades de todos los estudiantes a través de la mayor participación en el aprendizaje, las culturas y las comunidades, y reduciendo la exclusión en la educación”.

¹⁶ Condición que deben cumplir los textos con el fin de que sean comprensibles para todas las personas llegando así a su comprensión.

¹⁷ Es el derecho a asimilar de forma clara significados.

es de destacar la intervención que se lleva a cabo en la Universidad de Granada con alumnado con discapacidad intelectual¹⁸ en el ámbito universitario (Alcaín, 2019).

Conviene en este punto reseñar que la Educación Inclusiva con “sus principios básicos de igualdad¹⁹ (BOE, 1978) comprensividad, globalización” (Vela, 2017) es el paradigma a implantar en todos los niveles educativos, sin distinción, incluyendo la educación de personas adultas aunque se hallen cumpliendo una medida de seguridad. Para ello, necesitamos de los poderes públicos (López, 2014): “es imprescindible que los responsables de las políticas educativas, el profesorado y los investigadores contraigan el compromiso moral de orientar el conjunto de la educación hacia la equidad (Ainscow, 2010). La justicia como equidad para atender a la ciudadanía que se encuentra en desventaja (Rawls, 2002)”.

Si nos detenemos en las Observaciones sobre educación inclusiva, II Contenido normativo artículo 24 (ONU, 2016) nos ilustra argumentando que “entraña el fortalecimiento de la capacidad del sistema educativo para llegar a todos los alumnos. Además, la participación plena y efectiva, la accesibilidad, la asistencia y el buen rendimiento académico de todos los alumnos, en particular de aquellos que, por diferentes razones, están en situación de exclusión o pueden ser objeto de marginación, ocupan un lugar central a la hora de garantizar el derecho a la educación inclusiva. La inclusión comprende el acceso a una educación formal e informal de gran calidad no discriminatoria y los progresos logrados en este sentido. Tiene por objeto permitir a las comunidades, los sistemas y las estructuras luchar contra la discriminación, incluidos los estereotipos nocivos, reconocer la diversidad, promover la participación y superar los obstáculos que dificultan el aprendizaje y la participación de todos centrándose en el bienestar y el éxito de los alumnos con discapacidad”. En relación con los apoyos que precisa este tipo de alumnado, en mismo texto apartado “adaptabilidad” 36.f) indica que “... deben disponer de material didáctico y de aprendizaje concreto, observable/visual y de lectura fácil en un entorno de aprendizaje seguro, tranquilo y estructurado, que se centre en las capacidades que mejor preparan a los alumnos para la vida autónoma y los contextos profesionales”.

Una vez expuesto lo anterior, podemos afirmar que la educación inclusiva²⁰ postula proporcionar herramientas para facilitar la asimilación de contenidos (Castro-Martínez,

¹⁸ El Secretariado para la Inclusión y la Diversidad tiene entre sus objetivos y líneas de actuación la accesibilidad universal en el entorno universitario.

¹⁹ Artículo 14, Constitución Española: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

²⁰ Es el derecho del alumnado a recibir una educación de calidad que satisfaga sus necesidades básicas de aprendizaje y enriquezca sus vidas. UNESCO.

2019). Si no se proporcionan los apoyos necesarios este alumnado se sitúa en una posición de gran desventaja generando desigualdad²¹ (BOE, 1978) y discriminación. Esas herramientas deben estar a disposición de estas personas con el fin de que puedan adquirir conocimientos y prepararse para la vida en sociedad. Se pone de relieve la “necesidad de centrar la enseñanza en las características individuales del estudiantado. Esta visión coherente con los desafíos de la Educación inclusiva asume la heterogeneidad del estudiantado” (Ocampo, 2015).

El presente estudio se desarrolla con un grupo en situación de grandísima vulnerabilidad donde la enfermedad mental grave mengua el entendimiento, poniendo barreras que limitan el acceso a la igualdad en muchos ámbitos, entre ellos, el educativo. Desde la perspectiva del aprendizaje, lo correcto es “fomentar una enseñanza que apunte a la autonomía y a la comprensión del estudiantado” (Ocampo, 2015), incluso cuando está constituido por personas adultas o éstas residen en un centro psiquiátrico/hospitalario.

Más concretamente, el alumnado adulto con diagnóstico de enfermedad mental grave institucionalizado, se enfrenta a serias dificultades cognitivas, siendo alumnado con necesidades educativas especiales²² donde el estigma de la problemática de la salud mental²³ aumenta sus limitaciones. Es habitual que tengan dificultades de comprensión derivados de la enfermedad mental²⁴ que puede conllevar deterioro cognitivo²⁵, por la ingesta de fármacos, por abandono institucional, por la estigmatización o la exclusión social. Para solventar esas importantes carencias se propone la utilización de herramientas para facilitar la comprensión (Castro-Martínez, 2019), a modo de apoyos, y poder asimilar contenidos con el fin de superar las barreras que les limitan en la participación plena en la sociedad (BOE, 2013), la igualdad de oportunidades²⁶ (BOE, 2003) y la no discriminación (BOE, 1978).

Otro aspecto a tener en cuenta es el normativo, donde, al ser personas con discapacidad, la norma fundamental que les ampara es la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad²⁷ (ONU, 2006) en general y, en particular, lo relativo

²¹ Artículo 14. Constitución Española.

²² NEE.

²³ Organización Mundial de la Salud (OMS) define la salud mental como “un estado de bienestar en el cual la persona es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad”.

²⁴ DSM-5: es “un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento de un individuo, que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental”.

²⁵ Se define como el declive de las funciones cognitivas.

²⁶ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

²⁷ <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tcccconvs.pdf>

al derecho a comunicación/ajustes razonables/diseño universal (artículo 2), accesibilidad (artículo 9), educación (artículo 24), igualdad y no discriminación (artículo 5). Por otro lado, en España, están protegidos por la Ley General de las Personas con Discapacidad. Además, destacar que los poderes públicos²⁸ (BOE, 1978) tienen la obligación legal de prestarles los apoyos que precisen para que no se vulneren sus derechos teniendo a su favor amplia normativa legal que les ampara.

El texto pretende poner sobre la mesa las dificultades de comprensión con que se encuentran estas personas, así como la necesidad imperiosa de realizar adaptaciones de textos para que lleguen a entenderlos. Esa indagación se realiza utilizando herramientas facilitadoras, así como la aplicación del COM-T Method (Comprehension Tools) diseñado por la autora. Se centra la investigación en el aspecto de la comprensión de textos en un grupo de personas con enfermedad mental grave que están cumpliendo una medida de seguridad en un contexto de encierro siendo sujetos con la especificidad de ser personas con discapacidad.

1.1. Objetivos e hipótesis

El artículo pretende poner sobre la mesa las dificultades de comprensión de textos con que se encuentran las personas con diagnóstico de enfermedad mental grave que se encuentran institucionalizadas en una unidad de psiquiatría legal.

Partimos de la base de que, si tienen déficit en el entendimiento, habrá que poner los medios para paliar esas dificultades. Una de las formas propuestas para solventarlo es la utilización de herramientas facilitadoras de la comprensión de textos. Para ello se diseña el COM-T Method (Comprehension Tools).

Nos interesa cuantificar el grado de comprensión no solo en textos sencillos sino en complejos y desde el punto de vista de la percepción de la persona participante.

Además, se pretende indagar en el grado de comprensión de textos en formato original en lengua castellana, así como cuando se adaptan a herramientas facilitadoras.

Pero no solo eso, sino que el estudio va más allá, profundizando en el comportamiento en relación a la comprensión cuando es leído el texto por un tercero o por la propia persona participante.

²⁸ Artículo 49, Constitución Española: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Otra variable estudiada es el comportamiento cuando se utiliza una sola herramienta o varias.

Para concluir el método, que se explicará en detalle en el apartado 2, podremos observar el recorrido por los distintos aspectos examinados, de forma ordenada y en unas tablas muy sencillas.

En resumen, se centra la investigación en el aspecto de la comprensión de textos en un grupo de personas con enfermedad mental grave que están cumpliendo una medida de seguridad en un contexto de encierro como es la Unidad Psiquiatría Legal Mondragón.

Más concretamente, la investigación está centrada en los siguientes objetivos:

El objetivo 1 consiste en: Determinar el grado de comprensión de textos con diferente dificultad, en un grupo de personas con enfermedad mental grave, que se encuentran cumpliendo una medida de seguridad en la Unidad de Psiquiatría Legal Hospital Aita Menni-Mondragón.

El objetivo 2 está basado en: Determinar el grado de comprensión de textos para la misma muestra cuando se utilizan herramientas facilitadoras (pictogramas y lectura fácil).

El objetivo 3 está orientado a: Determinar el grado de satisfacción de las personas participantes en relación con la utilización de herramientas facilitadoras.

Las hipótesis para el objetivo 1 son: 1a) El grado de comprensión apenas tiene diferencias entre un texto más sencillo y otro más complejo; 1b) El grado de comprensión tiene importantes diferencias entre un texto más sencillo y otro más complejo.

Las hipótesis para el objetivo 2 son: 2a) El grado de comprensión de los textos propuestos no tiene variaciones significativas cuando están adaptados a herramientas facilitadoras en relación con los originales; 2b) El grado de comprensión de los textos propuestos tiene variaciones significativas cuando están adaptados a herramientas facilitadoras en relación con los originales.

2. METODOLOGÍA

En el presente estudio se ha aplicado el método COM-T²⁹ que está diseñado por la autora habiendo sido utilizado en otras investigaciones describiéndose detalladamente en el epígrafe 2.1. Seguidamente, se expone en el epígrafe 2.2 las características concretas de su utilización en la investigación con personas con diagnóstico de enfermedad mental grave en la Unidad Psiquiatría Legal ubicada en Mondragón.

2.1. Descripción del método utilizado: COM-T

El diseño del método COM-T es de elaboración propia por la autora. El resultado es producto de la búsqueda de un procedimiento que pudiese medir de la forma simple el grado de comprensión de textos en distintas poblaciones. La idea primigenia surgió al pretender cuantificar el nivel de entendimiento de distintos textos en grupos de personas con discapacidad intelectual, así como con diagnóstico de enfermedad mental dado que la autora no tenía conocimiento de que existiese ningún sistema para medirlo.

Embarcada en la adaptación de textos a distintas herramientas facilitadoras, sobre todo a lectura fácil, e incluso en otras lenguas como el gallego, decidió diseñar un modelo muy sencillo que permitiese medir la comprensión de textos, al observar, del contacto habitual con personas con la especificidad descrita anteriormente, que no comprendían los textos que manejaban. Inició, así, pequeños experimentos con textos más sencillos y más complicados, con textos originales y adaptados a lectura fácil, tanto en castellano como en gallego, observando que se entendían de forma diferente si estaban o no adaptados o si el texto era más sencillo o si estaba en una lengua u otra. Se dio cuenta también que no se captaba de la misma manera si un tercero leía el texto o si lo leían las propias personas.

Tras mucho investigar, descubrió que algo tan obvio no se había recogido en ningún estudio científico no existiendo ningún método conocido para medir la comprensión de un texto original o adaptado desde la percepción de la persona participante.

Pero, sobre todo, le intrigaba la manera de poder plasmar la evolución de esa comprensión a medida que se introducían nuevas herramientas facilitadoras y que ese sistema resultante fuese poco complicado permitiendo a golpe de vista ver los resultados obtenidos.

²⁹ Presentado en el Congreso Internacional Virtual Comunicación Inclusiva y Multilingüe. Retos educativos 2030 para el desarrollo sostenible. Universidad Granada 2021 cuyo título del capítulo es: “Facilitar la comunicación. El método COM-T”, publicado Editorial Comares en el libro *Investigación en comunicación inclusiva y Multilingüe*. ISBN 978-84-1369-206-7.

Por un lado, pretendía que el reflejo de esa comprensión la tenían que suministrar las personas protagonistas (autonomía) utilizando instrumentos muy sencillos que fuesen entendidos por ellas mismas, lo que dio lugar a las *tablas de factor de comprensión*. Se buscaba que fuesen las propias personas las que emitiesen su opinión. Por ello, el sistema está eminentemente centrado en la persona donde se establecen los resultados sobre la base de cómo perciben el mundo que les rodea como protagonistas principales.

Por otro lado, consideraba que debía tenerse en cuenta qué opinaban sobre la utilización de estos mecanismos y otras cuestiones relacionadas, por lo que se crearon *las tablas de satisfacción* a partir de un cuestionario que más tarde se detallará. Y con estos antecedentes nació el COM-T Method³⁰ a finales del 2013 que fue perfeccionándose a medida que se iba utilizando en distintos estudios.

El modelo diseñado se desarrolla en distintas fases que se exponen a continuación. Tendremos en cuenta que, previamente a iniciar las fases, deben perfilarse los objetivos e hipótesis de la investigación, así como describir la muestra definiendo el tipo de persona participante, el centro donde se va a desarrollar y definir las distintas variables que van a intervenir tanto en las tablas de grado de comprensión como en el cuestionario. Además, habrá que atender a otros elementos importantes como son los textos seleccionados y las herramientas a utilizar (explicado con detalle en la Fase 2), los tiempos previstos para cada fase, si se realizan todas las fases en un solo acto o no, si va a utilizarse una lengua o dos, si hubo convenio de colaboración con el centro, las condiciones de protección de datos, etc.

Fase 1. Se explica a las personas presentes el procedimiento que ha de seguirse durante el transcurso de la investigación. Se repite tantas veces como se precise dando opción a cuestiones no entendidas. Se realiza una pequeña prueba con un párrafo. Esta fase no tiene tiempo predeterminado, va a depender del nivel intelectual del grupo participante y del número de cuestiones que realicen. El tiempo medio es de 30 minutos.

Fase 2. Esta fase comienza con la lectura del texto más sencillo en formato original, de viva voz se lee por un tercero, generalmente por la autora, pudiendo incluirse la variante de mostrarlo en pantalla a través de proyector a la vez que se realiza la lectura en viva voz.

Una vez finalizada la lectura del texto original se realiza un descanso de 2 minutos, se reparten en papel los test de comprensión con objeto de que sean cumplimentados

³⁰ Se denomina COM-T Method en referencia a herramientas de comprensión: Comprehension Tools.

por cada participante en base a su percepción debiendo valorar la comprensión del texto que han escuchado. Las valoraciones van desde el 0 al 10 en intervalos de 1. Se da un descanso de 3 minutos.

Previamente a personarse en los centros para llevar a cabo el trabajo se realiza la selección de los dos textos que van a utilizarse. Se presentan en formato original y adaptado a herramientas facilitadoras de la comprensión (pictogramas y/o lectura fácil). Si se elige la variante de usar más de una lengua se presentan en esa lengua tanto original como adaptado. Se opta en las adaptaciones de textos por las herramientas pictogramas y lectura fácil donde en algún caso se adapta a una sola herramienta y en otros casos a las dos.

Además, uno de los textos es más sencillo y otro más complejo. Para valorar las dificultades de los textos nos basamos en distintas variables: vocabulario específico, construcciones gramaticales complejas, profundidad del contenido, estructura del texto, tecnicismos etc.

Asimismo, hay que seleccionar la temática de los textos que deberá tener alguna relación con la muestra. Por poner un ejemplo, para el caso de personas en relación con el entorno penal penitenciario se eligen textos jurídicos, sentencias, normativa, etc., dado que son personas que conocen el ámbito judicial y consideramos que puede ser atractiva esa temática.

Fase 3. Seguidamente, se aporta en papel el texto original considerado como sencillo debiendo leerlo cada participante y valorarlo en el test de comprensión correspondiente. Las valoraciones van desde el 0 al 10 en intervalos de 1. Cabe la posibilidad de la variante con el texto en distinta lengua cuando pretenda estudiarse algún aspecto en relación con esta variable, en este caso, se repite el proceso con el texto traducido a otra lengua.

Fase 4. En esta fase se trabaja con el texto adaptado. Se lee de viva voz el texto sencillo adaptado pasando a su valoración en las tablas. Si se introduce otra lengua se repite el proceso con el texto en otra lengua pero adaptado. Seguidamente, se aporta en papel que debe ser leído y valorado por cada participante.

Fase 5. Se continúa con el cuestionario de satisfacción que deben cumplimentar respondiendo a 10 ítems con preguntas cerradas en forma de escala tipo Likert con 3 opciones de respuesta graduada que van desde poco, igual o mucho. Se propone también una cuestión abierta denominada “observaciones libres” donde pueden expresar sus opiniones sobre el procedimiento. Los ítems propuestos son: satisfacción personal,

autonomía/independencia, relaciones/participación, control de conflictos, aplicación real/necesidad, importancia accesibilidad, apoyos, estado de la justicia en relación a la comprensión, influencia del consumo de tóxicos en la comprensión, justicia en relación a utilización de adaptaciones de textos.

Fase 6. Se recogen los formularios, trasladando los resultados a tablas ordenadas con un formato predeterminado indicando los valores tanto en número como en porcentaje. Es muy importante respetar el diseño, con el orden de las columnas establecido, debiendo seguir escrupulosamente el curso de las distintas fases para lograr el fin de que en un golpe de vista pueda observarse la evolución de la comprensión de textos a medida que hemos ido introduciendo distintas herramientas facilitadoras. A las tablas se las denomina *tablas de factor de comprensión y tablas de satisfacción*.

Fase 7. Se realiza el análisis de las valoraciones incluidas en las tablas de factor de comprensión como de satisfacción obteniendo unas conclusiones.

Fase 8. Se reanuda el procedimiento con el texto considerado más complejo según los criterios definidos con anterioridad, primero en viva voz por un tercero en formato original, luego la lectura por cada participante en papel, continuando con la lectura tanto de viva voz como en papel del texto adaptado, teniendo que valorar cada una de ellas. Si se estudia la variante de otra lengua se repite el proceso en la lengua distinta. Finalizado el proceso para obtener el factor de comprensión, se continúa con el cuestionario para obtener el grado de satisfacción trasladando los resultados a las tablas correspondientes, analizándolos y obteniendo conclusiones.

Con este sistema se pretende, por un lado, realizar un análisis comparativo entre los dos supuestos, el texto en formato original y el texto en formato adaptado, tratando de poner de relieve las similitudes/diferencias entre los dos casos en relación con la variable común que es el *grado de comprensión*. Por otro lado, mostrar el recorrido de los resultados a medida que se incorporan herramientas facilitadoras y, si se introdujo la variante de otra lengua, poder observar si se comporta de igual forma o diferente.

Para concluir el proceso, los objetivos e hipótesis definidas al inicio de la investigación se ponen en relación con los resultados. No se termina ahí dado que se pueden analizar otras correlaciones entre las variables y grupos de participantes. Por poner un ejemplo, se puede desarrollar el mismo estudio para *grupo de control* con personas sin diagnóstico de enfermedad mental conocida que sería utilizado para comparativas con personas con diagnóstico de enfermedad mental.

La línea de trabajo de la autora en este campo, una vez diseñado de forma definitiva el método, la ha llevado durante más de una década a plantear las investigaciones in situ con diferentes grupos de personas en situación de gran vulnerabilidad. El aspecto que más ha trabajado es el relacionado con el ámbito penitenciario (Personas: reclusas, exreclusas, cumpliendo medidas de seguridad) buscando un perfil en el que converja además la especificidad de ser persona con discapacidad intelectual y/o enfermedad mental.

Otra aportación de la autora es que traslada los resultados obtenidos sobre comprensión de textos de cada investigación al ámbito de la educación de adultos realizando una simulación para el caso de que las personas participantes fuesen estudiantes.

En cuanto al COM-T Method (Comprehension Tools) se ha utilizado en otras investigaciones: en el Centro Penitenciario de A Lama Pontevedra con alumnado adulto con discapacidad intelectual y/o enfermedad mental³¹, con personas mayores de 65 años con deterioro cognitivo durante 2016-2017-2018³², con personas reclusas y exreclusas usuarias de la asociación IN.XURGA³³ de defensa de las personas con discapacidad/dependencia durante el año 2018, con personas en fase de cuidados paliativos³⁴ durante 2019, con personas exreclusas usuarias de la asociación Érguete-Vigo³⁵ en febrero 2020 con la variante de otra lengua (galego).

En relación con la adhesión o valoración de otros autores sobre este método no se tiene constancia dado que los resultados aún están sacando a la luz en la actualidad.

2.2. Aplicación del Método COM-T al caso investigado

En este apartado se exponen las características concretas de la utilización metodológica en la investigación realizada en la Unidad Psiquiatría Legal Mondragón comen-

³¹ Publicados los resultados en el libro *Justicia Social, Género e intervención socioeducativa*, Editorial Pirámide, ISBN: 978-84-368-4450-4, cuyo título es: “Educación inclusiva: La comprensión como objetivo prioritario. Evidencias en C P A Lama Pontevedra”, por Castro-Martínez, Ana M.ª, 2021.

³² Presentado y defendido en Universidad de Salamanca INICO Jornadas envejecimiento y discapacidad 2019.

³³ Presentado y defendido en 9.ª Xornadas PLDA Vigo con título: “Mejora de la salud mental con personas con discapacidad reclusas y exreclusas tras adaptar la resolución y alcanzar su comprensión”.

³⁴ Presentado y defendido en XIII Jornadas Internacionales de la Sociedad Española de cuidados paliativos de título: “Facilitar el entorno jurídico en fase de cuidados paliativos utilizando herramientas innovadoras”.

³⁵ Publicado en el libro *Hacia un modelo de investigación sostenible en educación*, mediante el capítulo “Alumnado adulto en situación de exclusión social. La necesidad de la comprensión de textos”, por Castro-Martínez, Ana M., 2021, Dyckinson, ISBN 978-84-1377-302-5, cap. 102, pp. 789-800.

zando por el detalle de la muestra y continuando por las cuestiones específicas que conforman la usabilidad del método en la muestra aplicada.

2.2.1. Estudio de la Muestra

La obtención de datos de las personas participantes es facilitada a través de la Unidad de psiquiatría Legal³⁶ del Hospital Aita Menni Mondragón (Madariaga, 2019) limitándose exclusivamente a la relación de los nombres de las personas participantes siguiendo los criterios: saber escribir, leer, edades entre 18 y 55 años. El resto de datos personales los proporcionan las personas participantes a través de un cuestionario de datos que cumplimentan antes de comenzar el estudio donde se pregunta sobre la edad, condenas penales, consumo de estupefacientes antes del ingreso en el centro, nivel académico o si tienen certificado de discapacidad. El sexo no se tiene en cuenta dado que solo hay una participante mujer.

Tabla 1
Distribución de participantes por edad, condenas, consumo de estupefacientes, certificado de discapacidad

Año nacimiento	Edad	Frecuencia	Condenas penales	Consumo de estupefacientes	Certificado discapacidad
[1969-1973]	47-51	2	2	2	1
[1974-1978]	46-42	1	1	1	1
[1979-1983]	41-37	3	2	3	2
[1984-1988]	36-32	5	5	5	3
[1989-1993]	31-27	6	6	6	4
[1994-1998]	26-22	1	1	1	0
Σ TOTAL		18	17	18	11
			94,44	100	61,11

Fuente: Elaboración propia.

Los datos de la Tabla 1 indican que los participantes han nacido entre 1969 y 1998, teniendo en el momento de la investigación entre 22 y 51 años, siendo el valor mayo-

³⁶ Está orientada para que las personas con enfermedad mental grave que han de cumplir una medida de seguridad especificada en una sentencia judicial lo puedan hacer en un entorno hospitalario. Esta unidad proporciona atención psiquiátrica y estrictas y avanzadas medidas de seguridad, para minimizar el riesgo de autolesiones y fuga. Resulta de la colaboración entre del Hospital Aita Menni, Gobierno Vasco y la Audiencia Provincial de Guipúzcoa; atiende a personas que se encontraban en un entorno penitenciario donde no podían recibir asistencia médica especializada que necesitan.

ritario M³⁷ los nacidos entre 1989-1993 que ascienden a un 33,33 % con una edad entre 27 y 31 años, seguidos de los nacidos entre 1984-1988 (27,77 %) con edades entre 32 y 36. Se observa que es una población muy joven aun cuando en los criterios de selección el arco iba desde la mayoría de edad a los 55 años.

En cuanto a las condenas penales observamos que la mayor frecuencia (M) coincide con los datos anteriores siendo que la franja mayoritaria está entre los nacidos entre 1984-1993, de edades entre 27 y 36 años que representan las personas que han tenido alguna condena antes de entrar en el centro.

Destacan los datos sobre si tienen certificado de discapacidad³⁸ resultando que solo 11 (61,11%) de los 18 componentes de la muestra indican que lo tienen. Es llamativo porque estamos realizando la investigación con una población con diagnóstico de enfermedad mental grave institucionalizados donde lo esperable sería que la totalidad estuviesen en posesión del certificado acreditativo de su discapacidad, desconociendo la razón de que expresen que no lo tienen, aunque hay que tener presente que los datos son suministrados por la propia muestra siendo una razón común de tal ocultación la vergüenza, inseguridad o el miedo.

Por otro lado, se indaga en la situación jurídica personal de cada participante en el momento del ingreso en el centro (Tabla 2), resultando que el 66,66 % (12) tenían plena capacidad jurídica³⁹, un 16,66 (3) la capacidad judicialmente modificada⁴⁰ y un 16,66 (3) no contestan.

Tabla 2

Distribución de la situación jurídica de las personas participantes en el momento del ingreso

Situación jurídica	Frecuencia	%
Pleno capacidad jurídica	12	66,66
Capacidad Jurídica Modificada	3	16,66
No saben/no contestan	3	16,66
Σ TOTAL	18	

Fuente: Elaboración propia.

³⁷ M=Moda=valor con mayor frecuencia.

³⁸ Es un documento oficial, administrativo, que expiden las Comunidades Autónomas, que acredita la condición legal de persona con discapacidad, a la que se concede un grado de discapacidad según sus patologías y se muestra en porcentaje. Se considera persona con discapacidad si ese grado es igual o superior al 33%.

³⁹ Artículo 12. CDPD. Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

En cuanto a las patologías quedan reflejadas en la Tabla 3 donde un 38,88 % (7) tienen diagnosticada esquizofrenia paranoide, un 11,11 % (2) trastorno bipolar y otro tanto trastorno mixto de personalidad y el 22,22 % (4) no sabe/no contesta sobre su diagnóstico de enfermedad mental aun cuando residen en una unidad de psiquiatría legal donde todas las personas ingresadas tienen patologías de salud mental graves incluyendo las mismas razones que cuando no expresaron si tenían un certificado de discapacidad: vergüenza, inseguridad o el miedo.

Tabla 3
Distribución de las patologías de las personas participantes

Patología/Diagnóstico principal	Etiología ⁴¹	Frecuencia	%
Esquizofrenia paranoide ⁴²	F20.0	7	38,88
Retraso mental Leve	F70	1	5,55
Trastorno disocial de la personalidad	F60.2	1	5,55
Trastorno inestabilidad emocional	F60.3	1	5,55
Trastorno mixto personalidad ⁴³	F61.0	2	11,11
Trastorno bipolar ⁴⁴	F31	2	11,11
No sabe/No contesta		4	22,22
		18	

Fuente: Elaboración propia.

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. 12.3. 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...

⁴⁰ Capacidad limitada por sentencia judicial. El artículo 199 del *Código Civil Español* (CC) ordena: "Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley", y el 200 (CC): "Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". Capacidad modificada judicialmente es la limitación de la capacidad de obrar dictada en una sentencia judicial.

⁴¹ CIE-10 es la clasificación internacional de enfermedades.

⁴² F20.0 Esquizofrenia paranoide. Predominan ideas delirantes relativamente estables, a menudo paranoides, que suelen acompañarse de alucinaciones, de tipo auditivo y de otros trastornos de la percepción. Incluye: a) Ideas delirantes de persecución, de referencia, de celos, genealógicas, de tener una misión especial o de transformación corporal. b) Voces alucinatorias que increpan al enfermo dándole órdenes, o alucinaciones auditivas sin contenido verbal, por ejemplo, silbidos, risas o murmullos. c) Alucinaciones olfatorias, gustatorias, sexuales u de otro tipo de sensaciones corporales.

⁴³ F61.0 Trastorno mixto de la personalidad. Tienen características de los F60 pero sin un grupo de síntomas predominantes que permiten un diagnóstico más específico.

⁴⁴ F31 Trastorno bipolar. Se caracteriza por la aparición de al menos dos episodios en los que existe una alteración del estado de ánimo, bien en forma de exaltación, aumento de actividad y aumento de vitalidad,

Se les cuestiona sobre su nivel académico (Tabla 4) resultando que la mayoría (M) tienen estudios primarios 38,88 % (7), un 27,77% (5) ESO, 11,11 % (2) FP, 5,55 % (1) nivel universitario y el 16,66 % (3) no saben/no contestan. Destaca el bajo nivel de estudios de las personas participantes aun estando en franjas de edad entre 22 y 51 años.

Tabla 4
Nivel de estudios de la muestra

Estudios	Frecuencia	%
Analfabetos	0	
Primarios	7	38,88
ESO	5	27,77
FP+Ciclos	2	11,11
Universitarios	1	5,55
No sabe/No contesta	3	16,66
	18	

Fuente: Elaboración propia.

La investigación se lleva a cabo en marzo 2020. Si tomamos como referencia los datos de Instituciones Penitenciarias más cercanos que son los de diciembre de 2019 (Tabla 5) que arrojan un total de personas en España cumpliendo medidas de seguridad de 529 hombres y 45 mujeres. Para el presente estudio desechamos la variable sexo dado que sólo participó una mujer no resultando de interés desagregar datos por esta variable por lo que no se incluyen conclusiones desde la perspectiva de género. La estadística oficial arroja 529 hombres a finales del 2019 cumpliendo medidas de seguridad en España. Por tanto, el Tamaño total/universo: 529; el Tamaño de la muestra de la investigación: 18, para el Nivel de confianza 95 % con un Margen de error $pq=0.9$ resulta 13.6 %.

bien en forma de disminución del estado de ánimo, de la vitalidad y de la actividad. Incluye los conceptos: trastorno maníaco-depresivo, psicosis maníaco-depresiva y Reacción maníaco-depresiva. No contempla los episodios maníacos aislados.

Tabla 5
Población reclusa según situación procesal-penal por sexo

Situación	Hombres	Mujeres	Total	Porcentajes	
				Hombres	Mujeres
Preventivos	8750	702	9452	92,6	7,4
Penados	44160	3601	47761	92,5	7,5
Medidas de Seguridad	529	45	574	92,2	7,8
Penados con Preventivas	705	25	730	96,6	3,4
Totales	54144	4373	58517	92,5	7,5

Fuente: IIPP (2019)⁴⁵.

2.2.2. Desarrollo del método

Tras explicar detalladamente la composición de la muestra con sus características pasamos a exponer cuestiones específicas que conforman la utilización del método COM-T para la presente investigación.

En cuanto a la recogida de datos se realiza el 05 marzo 2020 de forma presencial en el centro hospitalario Aita Menni de Arrasate-Mondragón-Guipúzcoa.

Entre la entidad y la autora se firma un Convenio de colaboración donde se establecen las bases de la investigación que se llevará a cabo presencialmente en el centro donde residen personas con enfermedad mental grave institucionalizadas.

Están presentes físicamente durante las fases del proceso en el centro: la autora, una psicopedagoga realizando funciones de apoyo, así como en control un psiquiatra y una psicóloga de la unidad psiquiátrica legal además de personal de seguridad.

Se realiza en un aula acristalada cerrada, con control de máxima seguridad y cámaras. Se van realizando las distintas fases en grupos de 5/6 participantes.

⁴⁵ Estadísticas del Consejo General del Poder Judicial relativas a datos penales civiles y laborales en relación al cumplimiento de penas de la población reclusa.

Se autoriza por cada participante la adhesión a la investigación teniendo carácter voluntario. Se proporciona un documento en papel que rubrican otorgando el consentimiento para el tratamiento de datos y resultados. Los datos personales tienen carácter confidencial y se someten a un control especial de protección de datos⁴⁶ (BOE, 2018), de utilización únicamente con fines de investigación. Las personas participantes cumplimentan los distintos formularios en lápiz por motivos de seguridad.

Se describen a continuación las características concretas de cada fase en relación con el caso examinado.

Comienza en la Fase 1 explicando el proceso a seguir durante las pruebas. La duración máxima es de 30 minutos pero se realiza en 15 minutos.

Se pasa a la Fase 2 donde se han seleccionado dos textos en lengua castellana, que se mostrarán en formato original y adaptado a pictogramas+ lectura fácil.

Además, un texto es más sencillo y otro más complejo en función de los siguientes criterios: vocabulario técnico, construcciones gramaticales complejas, profundidad del tema tratado, dificultad terminológica, estructura del texto, etc. No se va a tener en cuenta la competencia ni las destrezas lingüísticas ni las comunicativas previas al estudio dado que está enfocado a la descripción de cómo se comporta la muestra ante distintos textos con diferentes dificultades. Sin embargo, las personas participantes debieron cumplir, para ser seleccionadas, los siguientes criterios: saber leer, escribir, no tener dificultades auditivas severas dado que no se contaba con intérprete en lengua de signos.

Se decide que los textos seleccionados, en cuanto a la temática, estén en relación con la justicia en el ámbito penal con el objeto de que sean más atractivos para la muestra dado el lugar donde residen y la razón de dicha estancia (Castro-Martínez, 2018). Se considera que si tienen relación con el ámbito judicial tendrán más interés para las personas participantes dado que se hallan cumpliendo medidas de seguridad impuestas en una resolución judicial y son conocedores de primera mano del sistema penal.

Para el presente caso se ha optado como texto más sencillo las *Reglas de Brasilia*⁴⁷ en su Capítulo III sobre celebración de actos judiciales, instrumento jurídico funda-

⁴⁶ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

⁴⁷ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

mental sobre acceso a la justicia para las personas en situación de vulnerabilidad que se define como: “Se consideran en situación de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentren especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”⁴⁸. A mayor abundamiento, el acceso a la justicia es motivo de estudio amplio en el artículo “El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad” (De Lorenzo, 2019).

En relación con el texto considerado como complejo, se seleccionó una resolución judicial, concretamente, una Sentencia⁴⁹.

Se adaptan ambos textos por la autora basándose en las Directrices de la Asociación Europea Formerly International League of Societies for Persons with Mental Handicap (ILSMH, 1998): el primer texto a la técnica de pictogramas⁵⁰ y lectura fácil y el segundo texto únicamente a lectura fácil. Lo que resulta de interés para el estudio es la utilización de varias técnicas en un mismo texto con el fin de comparar si existe variación significativa utilizando una sola o varias. Se elige, por un lado, pictogramas por ser una herramienta de las más sencillas, aunque en el caso que nos ocupa es un apoyo que complementa al texto escrito adaptado, y, por otro lado, se elige lectura fácil por ser una de las herramientas más utilizadas con unas normas y reglas muy concretas para su usabilidad.

Para comenzar la Fase 2 se lee de viva voz por la autora el primer texto original considerado más sencillo, descansando 2 minutos al terminar.

Se reparte en la Fase 3 ese texto original en papel además de los test de comprensión que deben cumplimentar sobre la base de su percepción procediendo a su lectura por cada participante. Una vez terminada las lecturas, cumplimentan los test en el formulario correspondiente tanto para lectura viva voz por la autora como para lectura en papel de cada participante. Las valoraciones van desde el 0 al 10 en intervalos de 1.

En la Fase 4 se repite el mismo proceso con el texto adaptado a pictogramas y lectura fácil.

⁴⁸ *Reglas de Brasilia*. Capítulo I. Preliminar. Sección 2.^a. Beneficiarios de las *Reglas*. Conceptos.

⁴⁹ Sentencia estimatoria n.º 41/17 dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo 2, A Coruña, de fecha 21 marzo de 2017, relativa a una persona con discapacidad que demanda a la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia por denegarle un ayuda económica de inserción social denominada RISGA.

⁵⁰ Un pictograma es un signo claro y esquemático que representa un objeto real, figura o concepto.

En la Fase 5 se aporta el cuestionario de satisfacción que cumplimentan con un tiempo máximo de 20 minutos.

Una vez obtenidos los datos se trasladan a tablas que se denominan “tablas de factor de comprensión” y “tablas de grado de satisfacción” donde se reflejan los resultados tanto en número como en porcentaje terminando así la Fase 6.

Estas tablas se analizan obteniendo las conclusiones en la Fase 7.

El siguiente paso consiste en realizar de nuevo todo el procedimiento con el texto considerado más complejo que será la sentencia adaptada a lectura fácil por la autora y que corresponde a la Fase 8.

Nuestra intención es mostrar la evolución del grado de comprensión de las personas participantes, que son personas con diagnóstico de enfermedad mental grave, en base a su percepción, en relación con el texto original y al texto adaptado tanto en un texto sencillo como en uno complejo, observando el comportamiento cuando se emplea sólo una técnica facilitadora o varias. Pretendemos resaltar similitudes/diferencias entre los dos supuestos. Finalmente, se pone en relación los objetivos e hipótesis con los resultados.

Para desarrollar el método se cuenta con un instrumento consistente en un test de valoración del grado de comprensión denominado “Factor de comprensión” por cada uno de los textos tanto para los originales como para los adaptados y tanto para la lectura en viva voz como para la lectura en papel. Cada test empleado es de elaboración propia por la autora. En el mismo se puntúa según la percepción de cada participante en cada fase o prueba.

Las tablas están ordenadas de forma continua para facilitar en un golpe de vista la evolución o recorrido. Los valores van desde el 0 al 10 en intervalos de 1. Se realizan las 4 valoraciones (texto original viva voz, texto original papel, texto adaptado viva voz, texto adaptado papel) estando prohibido alterar el orden en las tablas que siguen un curso lógico. Se desarrolla en un solo acto todas las fases y para cada uno de los textos.

El segundo instrumento utilizado es un cuestionario de satisfacción sobre la utilización de herramientas facilitadoras y cuestiones relacionadas cuya usabilidad responde al objetivo 3 fijado al inicio de la investigación habiéndose confeccionado *ad hoc* para este estudio. Está compuesto por 10 ítems con preguntas cerradas en forma de escala tipo Likert con 3 opciones de respuesta graduadas que van desde poco, igual

o mucho. Además, se propone una cuestión abierta denominada “observaciones libres” donde pueden expresar sus opiniones las personas participantes.

Los ítems propuestos están en relación con las siguientes materias que deben responder a partir de la percepción de cada participante: opinión sobre su satisfacción personal al utilizar herramientas facilitadoras, opinión sobre la autonomía/independencia al usar estas herramientas y comprender los textos, opinión sobre la mejora de relaciones/participación al utilizar herramientas facilitadoras y comprender los textos, opinión sobre el control de conflictos al mejorar la comprensión, opinión sobre la aplicación real/necesidad de los apoyos en accesibilidad cognitiva, opinión sobre la importancia de la accesibilidad cognitiva, opinión sobre la consideración de los apoyos en el ámbito de la justicia, opinión sobre el estado de la justicia en relación a la accesibilidad cognitiva, opinión sobre la influencia del consumo de tóxicos en la comprensión, opinión sobre la justicia en relación a utilización de adaptaciones de textos en ese ámbito.

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. Resultados Supuesto Reglas de Brasilia

Se exponen seguidamente en la Tabla 6 los resultados obtenidos con el texto1, considerado el más sencillo en base a los criterios definidos en la Fase 2⁵¹, adaptado a dos herramientas facilitadoras: pictogramas y lectura fácil siendo las valoraciones entre 0 y 10 en cada una de las fases.

Tabla 6
Factor de comprensión Supuesto Reglas de Brasilia

Valoración Texto	Texto original Viva Voz	%	Texto original papel	%	Texto Lectura Fácil Viva Voz	%	Texto Lectura Fácil papel	%
[0-1]	3	16,66	4	22,22				
[2-3]	11	61,11	10	55,55				
[4-5]	4	22,22	3	16,66			1	05,55
[6-7]			1	05,55	6	33,33	7	38,88
[8-9]					11	61,11	9	50,00
[10]					1	05,55	1	05,55
Σ TOTAL	18		18		18			

Fuente: Elaboración propia.

⁵¹ Criterios: vocabulario técnico, construcciones gramaticales complejas, profundidad del tema tratado, dificultad terminológica, estructura del texto, temática, etc.

En la Tabla 6 observamos que a medida que se va pasando del texto en formato original a formato adaptado la valoración es más alta siendo su factor de comprensión mayor. Veamos detalladamente.

Cuando se realiza la lectura del texto en formato original de viva voz por la autora se pone de manifiesto lo siguiente: que la mayoría, el 61,11 % (11), valora entre 2-3 la comprensión del texto, el 16,66 % (3) entre 0-1 y el 22,22 % (4) entre 4 y 5.

Cuando el texto original lo leen en papel las personas participantes los datos arrojados son: que un 55,55 % (10) puntúan entre 2-3, un 22,22 % (4) entre 0-1, un 16,66 % (3) entre 4-5 y un 5,55 % (1) entre 6-7.

Al realizar la lectura de viva voz del texto adaptado por la autora a dos herramientas facilitadoras: pictogramas y lectura fácil obtenemos que: el 61,11 % (11) puntúa entre 8-9, el 33,33 % (6) entre 6-7 pero además valoran en 10 el 5,55 % (1) siendo este valor el máximo de la escala.

Y, por último, cuando se proporciona en papel el texto adaptado para que sea leído por las personas participantes valoran: entre 8-9 puntos un 50 % (9), entre 6-7 puntos un 38,88 % (7) y un 5,55 % (1) tanto para los valores entre 4-5 como 10 que es el máximo.

A la vista de los datos obtenidos se deduce que, a medida que facilitamos a las personas participantes el texto con apoyos, en el presente caso, adaptado a 2 herramientas facilitadoras de textos (pictogramas y la lectura fácil), perciben que mejora su comprensión. Esto significa que gracias a esos apoyos que se les suministran pueden llegar a entender el texto, algo que no sería posible sin las herramientas utilizadas. Por tanto, están disfrutando de la accesibilidad cognitiva que deriva del ejercicio del derecho a entender, que no es más “que comprender el mundo que les rodea y poder ser partícipes del mismo”⁵², hecho que no podría darse sin el fenómeno de la comprensión correcta y en toda su amplitud.

Otra evidencia es que se observa que perciben mejor la comprensión cuando se lee de viva voz por un tercero aún, sin tener acceso al texto, que cuando lo lee cada participante; pudiendo explicarse por el bajo nivel de estudios de la muestra, el poco hábito lector o por la necesidad de atención/concentración para realizar la actividad de lectura,

⁵² Este concepto lo ha tratado la autora con personas adultas mayores en el artículo “El derecho a entender durante la vejez. Soluciones en lectura fácil” (2019) Ciberindex. *Revista Paraninfo Digital*.

capacidad que las personas con enfermedad mental grave pueden llegar a tener mermada por las propias patologías o la ingesta de fármacos.

A mayor abundamiento, para los datos de la Tabla 6, si comparamos las valoraciones del texto original leído de viva voz y leído por los propios participantes son muy diferentes. Si nos centramos en la moda como valor que más veces se repite, para el primer caso puntúan entre 2 y 3 un 61,11 % y para el segundo caso un 55,55 % resultando peor valoración cuando lo leen ellos mismos que cuando se lee por un tercero.

Otro aspecto destacable es que se da un salto importante en el factor de comprensión cuando usamos el texto adaptado. Para la variable moda en la lectura por las personas participantes en formato original en papel arroja un 55,55 % valorando entre 2 y 3. Sin embargo, cuando el texto se aporta adaptado pasa al 50 % valorando entre 8 y 9. La diferencia es muy significativa, lo que nos hace inferir que las herramientas facilitadoras son absolutamente necesarias para la población de estudio dado que cuando se les suministran el salto es tanto cuantitativo como cualitativo, mejorando la comprensión de forma espectacular pasando de valores muy bajos a otros muchos más elevados.

Desde la perspectiva de la tabla es fácil observar en un golpe de vista cómo es el recorrido de la variable comprensión desde el inicio del procedimiento hasta el final, pretensión de la autora al diseñar el modelo.

3.2. Resultados Supuesto Sentencia

Desarrollamos en este apartado los resultados obtenidos con el texto 2, considerado como complejo (sentencia) con arreglo a los criterios ya definidos, adaptado a una única herramienta facilitadora: lectura fácil.

Tabla 7
Factor de comprensión Supuesto Sentencia

Valoración	Texto original	%	Texto original	%	Texto Lectura Fácil	%	Texto Lectura Fácil	%
Texto	Viva Voz		papel		Viva Voz		papel	
[0-1]	4	22,22	5	27,77				
[2-3]	9	50,00	9	50,00				
[4-5]	5	27,77	4	22,22	1	05,55	2	11,11
[6-7]					1	05,55	3	16,66
[8-9]					13	72,22	10	55,55
[10]					3	16,66	3	16,66
Σ TOTAL	18		18		18		18	

Fuente: Elaboración propia.

En la Tabla 7 ocurre lo mismo que en la Tabla 6 y es que a medida que se pasa del texto original al texto adaptado la percepción de mejora en el entendimiento de las personas participantes es mayor en relación con el factor de comprensión. Cuando se lee original de viva voz por la autora, la mayoría (M) que supone un 50,00 % (9) puntúan entre 2-3, el 27,77 % (5) valora entre 4-5 y el 22,22 % (4) entre 0 y 1.

En la siguiente fase cuando lo leen original en papel por sí mismos, un 50,00 % (9) valora entre 2-3, exactamente igual que de viva voz, un 27,77 % (5) entre 0-1, un 22,22 % (4) entre 4-5.

Al realizar la lectura en viva voz del texto adaptado a lectura fácil (1 herramienta facilitadora) el 72,22 % (13) valora entre 8-9, el 5,55 % (1) entre 4-5 y 6-7 y, de forma llamativa, el 16,66 % (3) puntúa 10 siendo la máxima puntuación. Finalmente, cuando se proporciona en papel el texto adaptado, un 55,55 (10) valora entre 8-9, entre 6-7 un 16,66 % (3), un 11,11 % (2) entre 4-5 y un 16,66 % (3) puntúa en 10 igual que en viva voz.

Del análisis de los resultados recogidos deducimos que, si adaptamos el texto a lectura fácil, las personas participantes perciben mejor su comprensión, siguiendo el mismo patrón que el caso anterior con un texto más sencillo. Destaca, que al igual que el caso anterior, esa comprensión les resulta más sencilla cuando se lee de viva voz por un tercero que cuando lo lee cada participante. Si nos fijamos en la lectura viva voz con texto original el mayor valor se encuentra en el 50 % que puntúa entre 2 y 3; cuando se lee en viva voz pero adaptado pasa al 72,22 % valorando entre 8 y 9 con un salto más que significativo.

En este supuesto, el texto es más complejo y se utiliza solo una herramienta facilitadora pero, sin embargo, las valoraciones, cuando se adapta el texto son más altas que en el primer supuesto con el texto más sencillo, deduciendo que, a más complejidad del texto, cuando este se adapta, mayor es la satisfacción de las personas participantes, razón por la que valoran más alto el factor de comprensión aun siendo el texto más complicado.

Si observamos el comportamiento para la moda cuando el texto se aporta en papel original, un 50 % valora entre 2 y 3, variando de forma muy significativa cuando se aporta en papel y adaptado resultando que el 55 % puntúa de 8 a 9.

3.3. Resultados del grado de satisfacción

Para obtener el grado de satisfacción de las personas participantes utilizamos un instrumento consistente es un cuestionario que va a resolver el objetivo 3. Está compuesto por 10 ítems con preguntas cerradas en forma de escala tipo Likert con 3 op-

ciones de respuesta graduada que van desde poco, igual o mucho con una cuestión abierta denominada “observaciones libres” donde pueden expresar sus opiniones. Los ítems propuestos son: satisfacción personal, autonomía/independencia, relaciones/participación, control de conflictos, aplicación real/necesidad, importancia accesibilidad, apoyos, estado de la justicia en relación a la comprensión, influencia del consumo de tóxicos en la comprensión, justicia en relación a utilización de adaptaciones de textos.

Tabla 8
Grado de satisfacción

	Supuesto Reglas de Brasilia Texto 1	%	Supuesto Sentencia Texto 2	%
I. Satisfacción Personal				
Nada o Poco satisfecho 0-4	0		0	
Igual satisfecho 5-7	10	55,55	13	72,22
Muy satisfecho 8-10	8	44,44	5	27,77
2. Autonomía/Independencia				
Nada o Poco autónomo/independiente 0-4	2	11,11	0	
Igual autónomo/independiente 5-7	9	50,00	14	77,77
Mucho más autónomo/independiente 8-10	7	38,88	4	22,22
3. Relaciones/Participación				
No mejoró nada o Poco sus relaciones personales 0-4	1	05,55	2	11,11
Igual en sus relaciones personales 5-7	10	55,55	12	66,66
Mejóro mucho sus relaciones personales 8-10	7	38,88	4	22,22
4. Control de conflictos				
No está más preparado para afrontarlos 0-4	1	05,55	1	05,55
Igual de preparado para afrontarlos 5-7	8	44,44	11	61,11
Mucho mejor preparado para afrontarlos 8-10	9	50,00	6	33,33

5. Aplicación real/Necesidad			1	05,55
No lo considero necesario 0-4	1	05,55	12	66,66
	14	77,77		
Igual de necesario 5-7			5	27,77
	3	16,66		
Muy necesario 8-10				
6. Importancia accesibilidad	0		0	
No es nada importante comprender 0-4	9	50,00	11	61,11
Igual comprender que no comprender 5-7	9	50,00	7	38,88
Muy importante comprender 8-10				
7. Apoyos	1	05,55	1	05,55
No son importantes 0-4	11	61,11	10	55,55
Igual tener apoyos que no tenerlos 5-7	6	33,33	7	38,88
Son muy importantes 8-10				
8. Estado de la justicia en relación a la comprensión	17	94,44	17	94,44
Pocos apoyos 0-4				
Suficientes apoyos 5-7	1	05,55	1	05,55
Muchos apoyos 8-10	0		0	
9. Influencia del consumo de tóxicos en la comprensión	2	11,11	1	05,55
No influye nada 0-4	11	61,11	13	72,22
Influye 5-7	5	27,77	4	22,22
Influye mucho 8-10				

10. Preferencia sobre utilización de adaptaciones de textos	5	27,77	0	11,11
No prefiero 0-4	0		2	
Me es igual 5-7	13	72,22	16	88,88
Prefiero 8-10				

OBSERVACIONES LIBRES

Supuesto Reglas de Brasilia Texto1

- “sirven de mucho los apoyos”
- “ayuda a entender más”
- “sí, mucho, pero aunque no andaría con drogas no lo entendería”
- “no al principio no entendía”
- “SE DEBERÍAN ADAPTAR LOS TEXTOS PARA ENTENDER NUESTRA SITUACIÓN”
- “me gustaría COMPRENDER LA LECTURA de la SENTENCIA de la forma fácil”
- “adaptar los textos es muy importante”
- “Sí, porque si no hasta que no entiendes no te enteras de nada”
- “creo que es muy importante para que el implicado pueda sacar conclusiones y tomar sus propias decisiones”
- “como soy extranjero para mí es muy importante”

Supuesto Sentencia Texto2

- “sí, con traductor”
- “puede pasar a gente que se droga pero yo no me drogo”
- “sí, nos sirven los apoyos y entendemos bien, es importante”
- “sí, importante porque he sido condenado siendo inocente”
- “sí, porque ayudaría a muchas personas a entender por sí mismas sus asuntos legales”
- “sí, aunque me ha costado...”
- “sí, porque se entiende mejor”
- “me parece muy necesario”
- “no entendí nada, solo que iba preso”
- “me parece que está bien comprender”
- “Sí, porque voy a entender todo mucho mejor”

Fuente: Elaboración propia.

En la Tabla 8 se muestran los resultados sobre el grado de satisfacción, así como para la cuestión abierta “observaciones libres”. Procedemos a analizarlos por ítem dando así respuesta al objetivo 3 planteado.

Para el ítem1 que mide la satisfacción personal de las personas participantes tras haber utilizado herramientas facilitadoras de textos, resulta que, por un lado, para el texto1, un 55,55 % dice estar satisfecho habiendo valorado entre 5-7 en una escala de 0 a 10 y el resto muy satisfecho puntuando entre 8 y 10. Por otro lado, para texto 2, un 72,22 % está satisfecho y el resto muy satisfecho. Los datos son congruentes con los obtenidos en las Tablas de grado de comprensión. Deducimos que, a mayor dificultad del texto original, la satisfacción al comprender el mismo tras utilizar técnicas facilitadoras, aumenta significativamente.

Del ítem 2, autonomía/independencia, extraemos que en el texto1 el 50 % de las personas participantes se sienten igual de autónomas (con la misma autonomía) e independientes al usar estas herramientas y comprender el texto; el 38,88 % se siente mucho más autónomo/independiente. Para el texto 2, el 77,77 % dice sentirse igual y 22,22 % mucho más autónomo/independiente.

En cuanto a las relaciones/participación, para el texto 1, el 55,55 % indica que sería igual su interacción con los demás y el 38,88% que mejorarían mucho sus relaciones al sentir que comprenden y tienen acceso al derecho a entender. En el texto, el 66,66 % se siente igual y el 22,22 % mucho mejor. Existe una distorsión en este ítem en relación con el ítem 2 dado que la puntuación para el texto más complejo es menor que para el texto más sencillo apartándose de los resultados del ítem anterior. Puede que no se explicara la cuestión suficientemente o que los conceptos sean complejos para esta muestra o por las patologías y el lugar donde residen, que al tener escasas relaciones y vivir en un contexto de encierro, no les provoca interés.

El 50 % indica, para el texto 1, que se siente mucho mejor preparado para el control de conflictos al comprender el mundo que les rodea y poder participar en la sociedad, seguido del 44,44 % que se siente igual. Para el texto 2, el 61,11 % se siente igual y el 33,33 más preparado.

Para el ítem 5, en el texto 1, un 16,66 % percibe que la usabilidad de técnicas facilitadoras de textos es muy necesaria y para el texto 2 el 27,77 %. Es congruente con los resultados anteriores dado que a texto más complicado consideran más necesario utilizar herramientas facilitadoras. Sin embargo, los resultados se consideran bajos, pudiendo influir el cansancio en la falta de concentración dado que este formulario se proporciona al final del procedimiento.

Los resultados en cuanto a la necesidad de la accesibilidad cognitiva arrojan, para el texto 1, que a la mitad de la muestra le es igual comprender que no y la otra mitad que es muy importante comprender. Para el texto 2, un 61,11 % indica que igual comprender que no y el resto que es muy importante. Estos resultados son incompatibles con los descritos anteriormente. Entendemos que el cansancio tras horas de procedimiento provoca decaimiento de la atención/concentración.

En relación con los apoyos en el plano cognitivo en el ámbito de la justicia, ítem 7, para el texto 1, un 61,11 % responde que da igual tenerlos que no y el 33,33 % que son muy importante. Para el texto 2, un 55,55 % considera que es igual tenerlo que no y un 38,88 que son muy importantes. Se infiere de los datos obtenidos que a mayor dificultad del texto perciben que son más necesarios los apoyos en accesibilidad cognitiva en el campo de la justicia.

En ítem 8 se pregunta sobre el estado de la justicia en relación con la accesibilidad cognitiva, que tanto en texto 1 como texto 2, consideran un 94,44 % que hay pocos apoyos en el sentido de usabilidad de técnicas que faciliten la comprensión con el objeto de alcanzar la accesibilidad cognitiva. Este apartado se complementa con la pregunta abierta con opiniones personales al respecto que se denomina observaciones libres.

En cuanto a la influencia del consumo de estupefacientes en la comprensión, para el texto 1, indican que un 61,11 % entiende que influye el consumo y un 27,77 % que influye mucho. Para el texto 2, un 72,22 % piensa que influye el consumo de tóxicos en la comprensión y un 22,22 % que influye mucho.

En el ítem 10 sobre preferencia de usabilidad de adaptación de textos en el ámbito de la justicia, opinan para el texto 1, un 72,22 % que prefieren que se utilicen estas herramientas para tener acceso al derecho a entender y, en el texto 2 un 88,88 %. Resulta así, que a texto más difícil prefieren en mayor porcentaje el uso de técnicas facilitadoras.

En la pregunta abierta observaciones libres que se muestra al final de la Tabla 8 opinan en su amplia mayoría que sería importante utilizar estas técnicas, así como que las ven necesarias para entender el mundo en el que viven.

Damos por cumplido el objetivo 3.

4. CONCLUSIONES

PRIMERA. De acuerdo con el objetivo 1 basado en determinar el grado de comprensión de los textos propuestos, los resultados arrojan que el texto 1, el más sencillo, es el que las personas participantes perciben mejor y con más claridad en relación con la comprensión. El texto 2 lo perciben como más complejo que el texto 1 mostrando ya valores más bajos desde la primera lectura viva voz.

Hay que resaltar que en el texto 1 se utilizan 2 técnicas facilitadoras: la lectura fácil y los pictogramas, y en el texto 2 una sola: lectura fácil.

En este estudio no se pretende buscar correlaciones sino determinar en términos cuantitativos el comportamiento del fenómeno de la comprensión de textos, desde el punto de vista de la percepción de personas con enfermedad mental grave residentes en un contexto de encierro como es la Unidad de Psiquiatría Legal y que se hallan cumpliendo medidas de seguridad.

Con estos resultados se resuelve el primer objetivo del estudio que trata de determinar el grado de comprensión de los textos propuestos con diferentes dificultades, deduciendo que se acerca a la hipótesis 1b planteada al inicio de la investigación, donde se postulaba que el grado de comprensión tiene importantes diferencias en términos cuantitativos cuando se utiliza un texto más sencillo en lugar de uno más complejo.

Sobre la base de las evidencias podemos afirmar que si usamos textos sencillos se logra una mejor comprensión. Si nos trasladamos al ámbito de la educación de adultos, entendemos que, si las personas con enfermedad mental grave tienen la condición de estudiantes con la obligación de superar concretos contenidos académicos, los textos que utilicen, si son sencillos, mejorarán su comprensión, lo que nos lleva a inferir la necesidad de utilizar mecanismos para facilitar esos textos.

Para implementar la accesibilidad cognitiva debemos acudir a los poderes públicos que tienen la obligación de proporcionarles los apoyos que precisen a fin de eliminar situaciones de desigualdad con el resto de alumnado. En el presente caso, las personas participantes residen en un contexto de encierro siendo además personas con discapacidad. A tal efecto, este alumnado adulto con necesidades educativas especiales y grandes dificultades de aprendizaje tiene derecho a la adaptación de los materiales que manejan en formatos accesibles y adecuados a su especificidad. Para lograrlo, la educación inclusiva propugna esa accesibilidad de formatos con el fin de no generar discriminación en el alumnado.

Para concluir, si esta población necesita de textos sencillos para lograr la comprensión y poder asimilar contenidos, deben ser proporcionados, eliminando los textos complejos que solo van a frenar su acceso a la educación limitando de forma severa la accesibilidad cognitiva y dificultando la igualdad de oportunidades.

SEGUNDA. Para el segundo objetivo, en relación con los datos obtenidos, se deduce que sí existen diferencias significativas cuando se utilizan herramientas facilitadoras que hacen accesibles los textos.

En el texto 1, que es el más sencillo según los criterios definidos al inicio del estudio, al adaptarse, facilita todavía más la comprensión del mismo. En el proceso de adaptación se utilizan dos herramientas, Lectura Fácil y Pictogramas, apoyos que ayudan a superar las barreras cognitivas con las que se encuentran. Si nos trasladamos al ámbito de la educación de adultos y la muestra estuviese compuesta por estudiantes, esos apoyos en formato de herramientas facilitadoras ayudarían a alcanzar el objetivo de un mejor entendimiento de los textos con el fin de adquirir los conocimientos requeridos.

En el texto 2, que es más complejo a nivel de vocabulario/estructura del texto/tecnicismos/construcciones gramaticales complejas/temática, mostraron grandes dificultades para entenderlo en lectura de viva voz. Sin embargo, cuando está adaptado, lo perciben con mayor claridad aun siendo un texto complejo y adaptado únicamente a la herramienta Lectura Fácil.

Se resuelve de esta forma el segundo objetivo que consiste en determinar el grado de comprensión de textos con distinta dificultad cuando se utilizan herramientas facilitadoras, llegando a la conclusión de que se aproxima a la hipótesis 2b, que postulaba que el grado de comprensión de los textos tiene diferencias significativas cuando éstos están adaptados.

Si aplicamos el mismo proceder que para el objetivo 1, se deduce que al utilizar herramientas facilitadoras se logra una mejor comprensión. Por tanto, si lo trasladamos al campo de la educación de adultos, para el caso de que las personas con enfermedad mental grave sean estudiantes, los textos que usen deben presentarse en un formato accesible para facilitarles la comprensión y no generar ningún tipo de discriminación ni vulneración de derechos.

Por un lado, si resulta necesario adaptarlos a técnicas facilitadoras, los poderes públicos tienen que proporcionarlo por mandato constitucional, respetando la atención a

la diversidad, y eliminando cualquier tipo de discriminación que pueda vulnerar sus derechos. Y, por otro lado, si es necesario que se adapten a varias técnicas facilitadoras, por no ser suficiente una sola, deberían ponerse los medios para proporcionarlo. El acceso a la educación de adultos a lo largo de la vida no puede verse comprometido por la falta de apoyos necesarios. La accesibilidad cognitiva no solo se limita a lo antedicho, para el alumnado en general, sino que, además, individualmente, podrían exigirse también ajustes razonables⁵³.

TERCERA. Sentado lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que la comprensión de textos en personas con enfermedad grave que reside en contextos de encierro, como puede ser un centro de cumplimiento de medidas de seguridad, se ve muy dificultada si no se utilizan herramientas facilitadoras. Con este trabajo, trata de ponerse en valor la importancia y necesidad de la usabilidad de herramientas que faciliten la comprensión, con el fin de garantizar la accesibilidad cognitiva a las personas con enfermedad mental grave institucionalizadas que además cumplen medidas de seguridad en un contexto de encierro.

Con la presente investigación, se muestra cómo se comporta esta población en relación con la comprensión de textos, así como la evolución de esa variable ante la usabilidad de herramientas facilitadoras, completando el estudio con el grado de satisfacción de las personas participantes al utilizar estas técnicas. Se evidencia una clara preceptividad de su utilización con el fin de alcanzar la accesibilidad cognitiva a la que tienen derecho.

Finalmente, para concluir, resaltar y poner en valor el potencial transformador que tienen las herramientas facilitadoras para las personas con enfermedad mental grave, que necesitan de ellas en tanto en cuanto eliminan barreras, colocándoles en una posición de igualdad sin perder el tren de las oportunidades. Y cómo no, demandar nuevamente el compromiso de los poderes públicos para que su utilización sea una realidad en el siglo XXI.

Se considera muy novedosa la investigación dado que las personas participantes no han sido motivo de estudio en el campo de la utilización de herramientas facilita-

⁵³ Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. En Art 1. Definiciones. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

doras, siendo inexistente literatura al respecto, lo que le imprime a este trabajo un gran carácter innovador aportando al conocimiento científico nuevas vías de investigación en el campo de la accesibilidad cognitiva.

Tampoco se había indagado sobre la usabilidad de herramientas que mejoren la comprensión a fin de que puedan servir de apoyos para superar, en el campo de la educación (simulación que se efectúa en el artículo para cada uno de los supuestos), contenidos formativos en personas con enfermedad mental grave que residen en contextos de encierro.

Se deja constancia de la limitación cuantitativa de la muestra aun siendo representativa. Asimismo, reconocer que ha provocado cansancio en las personas participantes por la intensidad, número de fases, duración y realización en un solo acto.

Como propuesta, se sugiere repetirlo en otro centro donde se cumplan medidas de seguridad. También sería interesante un análisis de regresión buscando correlaciones entre los tipos de textos según su dificultad o entre la utilización de una o varias técnicas facilitadoras.

5. AGRADECIMIENTOS

Al Hospital Aita Menni-Hermanas Hospitalarias de Arrasate-Mondragón (Guipúzcoa), a Don Iñaki Madariaga Zamalloa, Psiquiatra Jefe Clínico Unidad Psiquiatría legal y a Doña Macarena Aispunza Álvarez, Psicóloga forense de la misma Unidad, por permitir realizar la investigación en sus instalaciones de forma totalmente altruista, facilitar su desarrollo así como el trato exquisito brindado. A Mayte Castro, Psicopedagoga, por su ayuda desinteresada. Y, muy especialmente, a cada participante por su paciencia y disposición. Sin su generosidad no sería posible este trabajo.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AINSCOW, Mel. “Garantizar que cada alumno es importante: la mejora de la equidad dentro de los sistemas”. En GAIRIN, J., y ANTÚNEZ, S. *Organizaciones educativas al servicio de la sociedad*, 2010, Madrid, Wolters Kluwer.
- ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza. “Las modalidades de traducción accesible como garantes de accesibilidad en la universidad”, en *Revista Internacional de Humanidades*, 2019.
- CASTRO-MARTÍNEZ, Ana M.^a. “La herramienta inclusiva lectura fácil para alumn@s de centros penitenciarios” en *XXIII Congreso internacional de tecnologías para la educación y el conocimiento*, Libro de actas, UNED, Anaya, ISBN 978-84-09-01452-1, Madrid, julio 2018.

- _____. “La especificidad de la lengua en la adaptación de textos en lectura fácil a alumnos con discapacidad intelectual”, en *II Congreso Mundial de Educación EDUCA*, Libro de actas, pp. 1423-1432, ISBN 978-84-948288-3-6, Santiago de Compostela, febrero 2019.
- _____. “El difícil camino hacia la educación inclusiva. Necesidad de intervención con estudiantes con discapacidad intelectual y/o enfermedad mental residentes en centros penitenciarios”, en *Formación en competencias a lo largo de la vida y diversidad educativa*, Vol. 2, UNED, Madrid, junio 2019, ISBN 978-84-09-11714-7, pp. 208-216.
- _____. “Alumnado adulto en situación de exclusión social. La necesidad de la comprensión de textos”, en *Hacia un modelo de investigación sostenible en educación*, 2021, Dyckinson, ISBN 978-84-1377-302-5, pp. 789-800.
- _____. “Educación inclusiva: La comprensión como objetivo prioritario. Evidencias en C P A Lama Pontevedra”, en *Justicia Social, Género e intervención socioeducativa*, 2021, Pirámide, ISBN: 978-84-368-4450-4.
- _____. “Facilitar la comunicación. El método COM-T” en *Investigación en comunicación inclusiva y Multilingüe*, 2021, Comares, ISBN 978-84-1369-206-7.
- CHOMSKY, Noam. *El lenguaje y los problemas del conocimiento*, septiembre 1988.
- DE ASÍS ROIG, Rafael. “El eje de la accesibilidad y sus límites”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, N.º 3, junio 2016.
- GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, María Victoria. “Las personas con discapacidad como titulares de derecho en un sistema multinivel” en *Revista de derecho público comparado*, UNED, N.º 22, junio 2017.
- GARCÍA MUÑOZ, Óscar. *Lectura fácil: métodos de redacción y evaluación*, Real Patronato sobre Discapacidad, 2012.
- GUINEA, R. *Modelo de atención a las personas con enfermedad mental grave* (N.º 21005), 2007, Imserso.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Volumen 1: Racionalidad de la acción y racionalización social*, 1987, Taurus.
- LÓPEZ MELERO, Miguel. *La educación inclusiva. Una nueva cultura*. Proyecto Roma, 2014.
- LORENZO GARCÍA, Rafael. “El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, N.º 4, junio 2019.
- MADARIAGA ZAMALLOA, Iñaki. “Unidad de Psiquiatría Legal”, en *International Journal of Integrated Care*, 2019.
- OCAMPO GONZÁLEZ, Aldo. “Lectura inclusiva y Aulas heterogéneas: desafíos e implicaciones para sus agentes educativos”, en *Revista Repsi*, marzo 2015, Santiago de Chile.

- OCAMPO GONZÁLEZ, Aldo. *Lectura para todos. El aporte de la fácil lectura como vía para la equiparación de oportunidades. Fácil lectura y enseñanza del español*. Asociación española de comprensión lectora, 2015.
- RAMÍREZ, Juan Daniel, PÉREZ, Jorge y LANNE-LENNE, Luis. “Lectura fácil y lenguaje claro del acceso a la información al derecho a comprender”. *Cuadernos de la Guardia Civil*, 2019, N.º 58, pp. 91-107.
- RAWLS, John. *Justicia como equidad*. Madrid, 2002, Tecnos.
- VELA MOTA, Francisco. *Los valores en el marco de la educación inclusiva*, 2017.
- VIVED CONTE, Elías y MOLINA GARCÍA, Santiago. *Lectura fácil y comprensión lectora en personas con discapacidad intelectual*, Universidad de Zaragoza, Prensas Universitarias, 2012.

Referencias legislativas

- BOE: Constitución Española, 1978.
- BOE: Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, 2003.
- BOE: Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, 2013.
- BOE: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, 2018.
- ILSMH European Association: El camino más fácil. Directrices Europeas para Generar Información de Fácil, 1998.
- ONU: Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, 1994.
- ONU: Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006.
- ONU: Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a educación inclusiva. *Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2016.
- XIV Cumbre judicial iberoamericana: *Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad*, 2008.

PROPUESTAS NORMATIVAS Y/O JURÍDICAS

CERMI

Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad

FDyD

Fundación Derecho y Discapacidad

PROPUESTA DEL SECTOR SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD DE “PRO- POSICIÓN DE LEY ORGÁNICA, SOBRE EFECTIVIDAD Y CUMPLI- MIENTO EN ESPAÑA DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERE- CHOS HUMANOS”*

DISABILITY SOCIAL MOVEMENT’S PROPOSAL FOR A LAW ON EF- FECTIVENESS AND COMPLIENCE IN SPAIN OF INTERNATIONAL TREATIES’ SUPERVISORY BODIES’ DECISIONS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

Desde los inicios de la transición a la democracia, España ha demostrado un compromiso inequívoco con la protección de los derechos humanos. Demostración patente de este compromiso fue la pronta ratificación, el 13 de abril de 1977, antes incluso de la celebración de las primeras elecciones democráticas, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Pero se reforzaría, sin duda, muy especialmente, con la aprobación de la Constitución Española de 1978. En efecto, la Constitución incorpora una avanzada declaración de derechos e instituye un eficaz y exigente sistema de garantías, reforzando

* Recibido el 9 de marzo de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

además la sujeción de España a las más elevadas exigencias de protección internacional de los derechos a través del artículo 10.2, que ordena interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Con posterioridad a la aprobación de la Constitución, España ha ratificado la casi totalidad de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito europeo –Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y Carta Social Europea, principalmente–, como de alcance universal: la Organización de las Naciones Unidas, en efecto, en cumplimiento de sus finalidades fundacionales, ha llevado a cabo una amplia tarea de desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la que España se ha implicado activamente, y con la que se ha comprometido manifestando su consentimiento en obligarse por los diversos tratados que han sido aprobados por la Asamblea General y abiertos a la firma y ratificación de los Estados. El empeño de España en la tutela de los derechos humanos se ha materializado, asimismo, en que ha aceptado expresamente la competencia de los órganos de supervisión establecidos por los diversos tratados para conocer comunicaciones individuales presentadas por ciudadanos sujetos a la jurisdicción de España y que aleguen que España ha vulnerado alguno de los derechos reconocidos por los tratados.

Este positivo panorama se ha visto ensombrecido, sin embargo, por el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no ofrecía hasta ahora cauces idóneos para dotar de efectividad a las resoluciones de tales órganos de supervisión. Se ha dado con frecuencia la paradójica situación de que se declaraba la violación por España de un derecho reconocido en alguno de los tratados, resultando imposible proporcionar a la víctima una respuesta adecuada por cuanto nuestro Derecho no dispensaba cauces apropiados para hacerlo posible.

En relación con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituyó sin duda un importante paso adelante la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, al introducir el nuevo artículo 5 bis, que abrió la puerta al recurso de revisión contra las sentencias firmes cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declare que se ha producido una violación del Convenio. Quedaba pendiente sin embargo establecer un mecanismo de seguimiento y aplicación de las resoluciones de los restantes órganos de supervisión. Aun cuando se trate de órganos de naturaleza no jurisdiccional, sus resoluciones deben ser tenidas en cuenta por España, como Estado parte en los tratados que se encuentra obligado a adoptar todas las medidas necesarias para la plena efectividad de los dere-

chos reconocidos. Por ello, el I Plan de Derechos Humanos, aprobado por el Gobierno de España en 2008, establecía como Medida n.º 5: “Se adoptará un Protocolo de actuación para dar cumplimiento a los Dictámenes y Recomendaciones de los distintos Comités de protección de los Derechos Humanos del sistema de Naciones Unidas. En particular, se establecerán pautas para tramitar las recomendaciones de dichos Comités con el objeto de proporcionar reparación adecuada a los interesados”. Asimismo, conviene recordar que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en sus observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, presentado el 27 de diciembre de 2012, expresó su preocupación por la ausencia en nuestro país de un procedimiento específico de implementación de los dictámenes.

A estos compromisos y recomendaciones, que hasta el momento habían permanecido incumplidos, trata de dar respuesta la presente Ley Orgánica.

II

La presente Ley Orgánica contiene diez artículos, una disposición transitoria y diez disposiciones finales.

En primer lugar, y por lo que se refiere al articulado, la Ley instituye un nuevo órgano en el seno del Gobierno, la Comisión Delegada del Gobierno para los Derechos Humanos –cuya composición y funcionamiento se remiten al desarrollo reglamentario–, que a partir de ahora asumirá la función de vigilancia del cumplimiento en España de las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos. La más importante de las atribuciones de esta Comisión es sin duda la regulada por la Sección Primera del Capítulo II (artículos 3 a 8): adoptar las medidas necesarias para la reparación de las violaciones de los derechos reconocidos en los tratados que hayan sido declaradas por sus órganos de supervisión en sentencias o dictámenes que pongan fin a procedimientos abiertos por denuncias o comunicaciones individuales.

Resulta particularmente innovadora en nuestro Derecho, aun cuando sigue la pauta de soluciones similares que se han adoptado en otros países, la disposición contenida en el artículo 5: en aquellos supuestos en que la sentencia o dictamen ordene a España satisfacer una reparación a la víctima o víctimas de la vulneración, y no establezca la cuantía de la misma, se instituye un procedimiento administrativo para fijar la reparación, que deberá concluir en el plazo máximo de seis meses. La característica más singular de este nuevo procedimiento es que se inicia de oficio por la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, u órgano directivo que la sustituya, por orden de la Comisión Delegada del Gobierno

para los Derechos Humanos, y sin necesidad de una petición expresa de la víctima; ello no solo permite evitar a la víctima, que normalmente ha soportado ya un largo proceso judicial –pues el acceso a instancias internacionales requiere el previo agotamiento de los recursos internos– la carga de iniciar un nuevo procedimiento, sino que es coherente con el hecho de que es el Estado el que tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para el cese o reparación de la violación declarada. Ello sin perjuicio de que, si la víctima se encuentra insatisfecha con la reparación acordada, quede por supuesto expedita la vía del recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión Delegada del Gobierno.

La previsión anterior se completa con la obligación de la Comisión, en aquellos supuestos en que la vulneración declarada por la sentencia o dictamen haya tenido su origen en una actuación de la Administración del Estado, de adoptar las medidas necesarias para corregir esa actuación, habilitándole para declarar, en su caso, la nulidad de pleno derecho del acto administrativo que haya originado la lesión (artículo 6). En este sentido, se modifica, por la disposición final segunda, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para instituir un nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, que es precisamente la vulneración de derechos reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, siempre que esa vulneración haya sido declarada por el órgano de garantía del tratado internacional respectivo. En los casos en que la lesión del derecho haya tenido su origen en la actuación de una Administración diferente –de una Comunidad Autónoma o de una Entidad local–, el respeto al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas y al principio de autonomía local (artículo 140 de la Constitución) impide por supuesto que un órgano de la Administración del Estado pueda emitir directriz alguna; pero, como hace el artículo 7 de la presente Ley Orgánica, cabe reconocer al menos al nuevo órgano de vigilancia instituido la capacidad de formular recomendaciones a la Administración respectiva.

Por su parte, en aquellos casos en que se requiera la adopción de medidas legislativas, presupuestarias o de otra índole para el cese de la vulneración declarada, o para evitar en el futuro vulneraciones análogas de los derechos reconocidos en el tratado respectivo, la función de la Comisión Delegada del Gobierno para los Derechos Humanos se configura como una función de estudio, propuesta e impulso. Esa misma atribución corresponde a la Comisión –regulada en este caso por la Sección Segunda del Capítulo I de esta Ley Orgánica (artículo 9)– en relación con las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos relativas a España que no tengan su origen en comunicaciones individuales, por ejemplo las observaciones finales de los Comités de Naciones Unidas sobre los informes periódicos presentados

por España. Para asegurar la participación de la sociedad civil en la aplicación de estas resoluciones y en la adopción de las medidas necesarias para dar cumplimiento a los tratados internacionales, se prevé la consulta a las entidades o asociaciones reconocidas por la ley que tengan como finalidad la defensa y promoción de los derechos humanos, o que hayan sido designadas como mecanismos independientes de seguimiento de alguno de los tratados internacionales de derechos humanos, así como al Defensor del Pueblo, en coherencia con su naturaleza constitucional de alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos fundamentales (artículo 54 de la Constitución). Para evitar dilaciones indebidas en el cumplimiento de las sentencias o dictámenes que ponen fin a procedimientos abiertos por denuncias o comunicaciones individuales, estas consultas se encuentran configuradas como potestativas cuando las medidas a adoptar han sido ordenadas por una resolución de esta naturaleza (artículo 8), mientras que son preceptivas en los restantes casos (artículo 9).

Finalmente, una elemental exigencia de transparencia requiere que se establezcan los cauces adecuados para asegurar la máxima publicidad y difusión de las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos y de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las mismas, cuestión a la que se refiere la Sección Tercera del Capítulo Segundo (artículo 10), encomendando a la Comisión Delegada del Gobierno para los Derechos Humanos la misión de velar por esta publicidad.

III

La disposición transitoria de la Ley limita su aplicación a las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos posteriores a su entrada en vigor. No obstante, esta regla general presenta dos excepciones. Por un lado, la obligación de publicidad de tales resoluciones y de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las mismas, establecida por el artículo 10, se extiende a todas las dictadas desde el 1 de enero de 2000. Por otro lado, se autoriza a la Comisión Delegada del Gobierno para los Derechos Humanos, si lo estima oportuno, a formular propuestas e impulsar medidas, siguiendo los trámites previstos en los artículos 8 y 9, para el cumplimiento de resoluciones anteriores a su entrada en vigor que se encuentren todavía pendientes de ejecución.

La disposición final primera recoge el título competencial habilitante y restringe la aplicación del artículo 6 al ámbito de la Administración General del Estado.

La disposición final segunda modifica, como ya se ha comentado, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Mención especial merece la disposición final tercera, con la que se realizan dos modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La primera de ellas se refiere al recurso extraordinario de revisión. Como ya se ha mencionado, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, introdujo el nuevo artículo 5 bis, que abrió la puerta al recurso de revisión contra las sentencias firmes cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declare que se ha producido una violación del Convenio. Ahora se extiende este motivo del recurso de revisión, en los mismos supuestos y condiciones, a las resoluciones de los restantes órganos de garantía de los tratados internacionales de derechos humanos. Ello resulta plenamente coherente, pues tales resoluciones, en la medida en que aprecian en un caso singular la violación de un derecho reconocido en el correspondiente tratado internacional, tienen carácter obligatorio para España –es decir, en este concreto aspecto debe reconocérseles el mismo valor jurídico que a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, y en consecuencia el Estado ha de arbitrar los cauces oportunos para el cese o reparación de esa violación. Por lo demás, se aprovecha esta oportunidad para ampliar la legitimación activa para la interposición de estos recursos al Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo, pues si es el Estado, como se ha dicho, quien se encuentra obligado a enmendar la violación declarada, no parece lógico limitar al propio perjudicado la facultad de promover la revisión. En el caso del Defensor del Pueblo, se le asigna una nueva atribución, que no resulta extraña a la naturaleza de esta institución, pues su cometido es la defensa de los derechos reconocidos por la Constitución, como indica su artículo 54, en cumplimiento del cual ya cuenta con legitimación activa, reconocida por la propia Constitución en el artículo 162, para la interposición de los recursos de amparo e inconstitucionalidad. Por lo demás, en coherencia con esta modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se reforman también en términos análogos, en las disposiciones adicionales cuarta a séptima, las leyes procesales reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales.

La segunda modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene como propósito, por su parte, recoger expresamente en el artículo 7, que se refiere a la tutela judicial de los derechos fundamentales, la directriz interpretativa contenida en el artículo 10.2 de la Constitución, en virtud de la cual las normas relativas a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a la que se añade además, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la obligación de tener en cuenta la interpretación de tales tratados formulada por sus órganos de garantía.

Las disposiciones finales octava, novena y décima se refieren al carácter de Ley Orgánica, a la habilitación para el desarrollo reglamentario –estableciendo además un plazo para la regulación de la composición de la Comisión Delegada del Gobierno

para los Derechos Humanos y para la constitución de la misma–, y a la entrada en vigor de la Ley.

Finalmente, esta Ley Orgánica se cierra con un Anexo, que contiene la relación de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos a que la misma se refiere.

CAPÍTULO I – DE LA COMISIÓN DELEGADA DEL GOBIERNO PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Artículo 1

1. Se crea la Comisión Delegada del Gobierno para los Derechos Humanos (en adelante, la Comisión), cuya composición y funcionamiento se establecerán reglamentariamente.

2. En todo lo que no se encuentre regulado por esta Ley Orgánica, serán de aplicación a la Comisión las normas contenidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Artículo 2

La Comisión velará por el cumplimiento en España de las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el Anexo I de esta Ley Orgánica, adoptando, impulsando o proponiendo las medidas que estime necesarias para ello.

CAPITULO II – DEL CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1 – Del cumplimiento de las sentencias o dictámenes que ponen fin a procedimientos abiertos por denuncias o comunicaciones individuales

Artículo 3

Siempre que, como conclusión de un procedimiento abierto por una demanda o comunicación individual, uno de los órganos a que se refiere el artículo 2 emita una sentencia o dictamen declarando que España ha vulnerado uno de los derechos reconocidos en el tratado correspondiente, la Comisión adoptará las medidas necesarias para la reparación de la violación declarada, de acuerdo con las previsiones contenidas en los artículos siguientes.

Artículo 4

Si la sentencia o dictamen ordena a España satisfacer una reparación a la víctima o víctimas de la vulneración, y establece la cuantía de la misma, la Comisión acordará el pago de esa reparación.

Artículo 5

Si la sentencia o dictamen ordena a España satisfacer una reparación a la víctima o víctimas de la vulneración, y no establece la cuantía de la misma, la Comisión ordenará a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, u órgano directivo que la sustituya, la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo para fijar el importe de la reparación, en el que se dará audiencia a la víctima o víctimas de la violación declarada, que deberá concluir en el plazo máximo de seis meses. La propuesta de resolución del titular de la citada Dirección General será elevada a la Comisión, que acordará la reparación.

Artículo 6

Si la vulneración declarada por la sentencia o dictamen ha tenido su origen en una actuación de la Administración del Estado, la Comisión adoptará las medidas necesarias para corregir esa actuación, incluida, en su caso, la declaración de nulidad de pleno derecho del acto administrativo que haya originado la lesión.

Artículo 7

Si la vulneración declarada por la sentencia o dictamen ha tenido su origen en una actuación de una Comunidad Autónoma o una entidad local, la Comisión podrá formular a la Comunidad Autónoma o entidad local respectiva las sugerencias y recomendaciones que estime oportunas acerca de las medidas a adoptar para el cese o reparación de la vulneración.

Artículo 8

1. Si la sentencia o dictamen ordena o recomienda a España la adopción de medidas legislativas, presupuestarias o de otra índole para el cese de la vulneración declarada, o para evitar en el futuro vulneraciones análogas de los derechos reconocidos en el tratado respectivo, la Comisión impulsará la adopción de esas medidas, elevando, en su caso, las propuestas correspondientes al Consejo de Ministros.

2. Para el adecuado ejercicio de esta función, la Comisión podrá recabar propuestas al Defensor del Pueblo, así como a las entidades o asociaciones reconocidas por la ley que tengan como finalidad la defensa y promoción de los derechos humanos, o que hayan sido designadas como mecanismos independientes de seguimiento de alguno de los tratados internacionales de derechos humanos.

Sección 2 – Del cumplimiento de las restantes resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos

Artículo 9

1. Siempre que, en el ejercicio de sus competencias, uno de los órganos mencionados en el artículo 2 adopte una resolución relativa a España distinta de las examinadas en la Sección anterior de este Capítulo, la resolución será sometida inmediatamente a examen de la Comisión, que la trasladará además al Defensor del Pueblo y a las entidades y asociaciones mencionadas en el apartado 2 del artículo 8, a efectos de que formulen las sugerencias que estimen oportunas.

2. Una vez recibidas las sugerencias del Defensor del Pueblo y de las entidades y asociaciones, la Comisión impulsará las medidas oportunas para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en la resolución, elevando, en su caso, las correspondientes propuestas al Consejo de Ministros.

Sección 3 – De la publicidad de las resoluciones y de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las mismas

Artículo 10

La Comisión velará por la máxima publicidad y difusión de las resoluciones de los órganos mencionados en el artículo 2 referidas a España, informando, a través de los cauces adecuados, de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las mismas.

Disposición transitoria

1. Lo dispuesto en la presente Ley Orgánica será de aplicación únicamente a las resoluciones de los órganos mencionados en el artículo 2 dictadas con posterioridad a su entrada en vigor, a excepción del artículo 10, que será de aplicación a las resoluciones dictadas a partir del 1 de enero de 2000.

2. No obstante la Comisión, si lo estima oportuno, podrá, de acuerdo con las previsiones de los artículos 8 y 9, formular propuestas e impulsar medidas para el cumplimiento de resoluciones anteriores a su entrada en vigor que se encuentren todavía pendientes de ejecución.

Disposición final primera – Título competencial

1. Esta Ley Orgánica se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1 de la Constitución española, que atribuye al Estado competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

2. Lo dispuesto en el artículo 6 de esta Ley será de aplicación exclusiva a la Administración General del Estado.

Disposición final segunda – Modificación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Se añade un nuevo inciso g) al apartado 1 del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con el siguiente tenor literal:

“g) Los que vulneren derechos reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, siempre que esa vulneración haya sido declarada por el órgano de garantía del tratado internacional respectivo”.

La actual letra g) pasa a ser letra h).

Disposición final tercera – Modificaciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Se modifican los siguientes preceptos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Uno. El artículo 5 bis queda redactado como sigue:

“Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el órgano de garantía de cualquier otro tratado internacional de derechos humanos ratificado por España haya

declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos o en el tratado internacional correspondiente, y siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. Estarán legitimados para la interposición de este recurso de revisión el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”.

Dos. Se añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 7, del siguiente tenor literal:

“Los Jueces y Tribunales interpretarán tales derechos y libertades de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, teniendo en cuenta, a su vez, la interpretación de tales tratados formulada por sus órganos de garantía”.

Disposición final cuarta – Modificación de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar

Se modifica el primer párrafo del apartado 2 del artículo 328 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, que pasa a tener el siguiente tenor literal:

“Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el órgano de garantía de cualquier otro tratado internacional de derechos humanos ratificado por España haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos o en el tratado internacional correspondiente, y siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

Disposición final quinta – Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Se modifica el apartado 2 del artículo 102 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que pasa a tener el siguiente tenor literal:

“Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el órgano de garantía de

cualquier otro tratado internacional de derechos humanos ratificado por España haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos o en el tratado internacional correspondiente, y siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

Disposición final sexta – Modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Se modifican los siguientes preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

Uno. El apartado 2 del artículo 510 queda redactado como sigue:

“Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el órgano de garantía de cualquier otro tratado internacional de derechos humanos ratificado por España haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos o en el tratado internacional correspondiente, y siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

Dos. El segundo párrafo del artículo 511 queda redactado como sigue:

“En el supuesto del apartado 2 del artículo anterior, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o hubiera presentado una comunicación individual ante el órgano de garantía de que se trate, así como por el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo”.

Tres. El segundo párrafo del apartado 1 del artículo 512 queda redactado como sigue:

“Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable cuando la revisión esté basada en el motivo indicado en el apartado 2 del artículo 510. En este caso la solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde la firmeza de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o desde la notificación de la resolución del respectivo órgano de garantía”.

Disposición final séptima – Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882

Se modifica el apartado tercero del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, que pasa a tener el siguiente tenor literal:

“Se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el órgano de garantía de cualquier otro tratado internacional de derechos humanos ratificado por España haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos o en el tratado internacional correspondiente, y siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o hubiera formulado una comunicación individual ante el órgano de garantía de que se trate, así como por el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde la firmeza de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o desde la notificación de la resolución del respectivo órgano de garantía”.

Disposición final octava – Carácter de Ley Orgánica

No tienen carácter de Ley Orgánica los artículos 1 y 10 y las Disposiciones finales segunda, cuarta, quinta, sexta y séptima.

Disposición final novena – Desarrollo normativo

1. En el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, el Gobierno procederá a establecer la composición de la Comisión Delegada del Gobierno para los Derechos Humanos instituida en el artículo 1, que habrá de constituirse dentro de los dos meses siguientes.

2. Se faculta al Consejo de Ministros y al Ministro de Justicia, en el ámbito de sus competencias, para dictar cuantas otras disposiciones reglamentarias sean necesarias para el desarrollo de la presente Ley.

Disposición final décima – Entrada en vigor

La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los tres meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

ANEXO 1

Órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley Orgánica

ORGANO	ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL	DISPOSICIÓN QUE LO REGULA
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Consejo de Europa	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
Comité de Derechos Humanos	Organización de las Naciones Unidas	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Organización de las Naciones Unidas	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	Organización de las Naciones Unidas	Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	Organización de las Naciones Unidas	Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
Comité contra la Tortura	Organización de las Naciones Unidas	Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
Comité de los Derechos del Niño	Organización de las Naciones Unidas	Convención sobre los Derechos del Niño
Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	Organización de las Naciones Unidas	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
Comité contra la Desaparición Forzada	Organización de las Naciones Unidas	Convención para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas
Comité de Ministros	Consejo de Europa	Estatuto del Consejo de Europa y Carta Social Europea
Comisionado del Consejo de Europa para los Derechos Humanos	Consejo de Europa	Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de mayo de 1999

Marzo, 2021.

CERMI
FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD

CERMI

Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad

////////////////////////////////////
PROPUESTA DEL CERMI DE MODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL, APROBADA POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2013 PARA DESTINAR A PROGRAMAS DE PROMOCIÓN DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL LAS CANTIDADES INGRESADAS POR LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN CONCEPTO DE SANCIONES PECUNIARIAS FIRMES POR INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

CERMI'S PROPOSAL FOR THE AMENDMENT OF THE GENERAL LAW ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES AND THEIR SOCIAL INCLUSION, APPROVED BY ROYAL LEGISLATIVE DECREE 1/2013, OF NOVEMBER 29, 2013 TO ALLOCATE RESOURCES FROM REVENOUS COLLECTED BY THE GENERAL STATE ADMINISTRATION IN CONCEPT OF FIRM PECUNIARY SANCTIONS FOR INFRINGEMENT OF THE RIGHTS OF PEOPLE WITH DISABILITIES TO PROGRAMS TO PROMOTE UNIVERSAL ACCESSIBILITY

Se propone modificar la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de

* Recibido el 2 de julio de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

noviembre de 2013, a la que se incorpora una nueva disposición adicional, la decimotercera, con esta redacción:

“Disposición adicional decimotercera. Destino a programas de promoción de la accesibilidad universal de las cantidades ingresadas por la Administración General del Estado en concepto de sanciones pecuniarias firmes establecidas en esta Ley.

Las cantidades dinerarias ingresadas por la Administración General del Estado en concepto de sanciones pecuniarias firmes de las establecidas en el Capítulo II del Título III de esta Ley, se destinarán específicamente a dotar programas de promoción y extensión de la accesibilidad universal en cooperación con las entidades del Tercer Sector de Acción Social de la discapacidad en el seno del Organismo Autónomo Real Patronato sobre Discapacidad, regulado en Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.”

Justificación

La accesibilidad universal de todos los entornos, bienes, productos, servicios y procesos es un imperativo de derechos humanos que nuestro ordenamiento jurídico establece de modo vigoroso en múltiples manifestaciones normativas, constituyendo las más reseñables la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social. Siendo todavía notables los déficits de nuestro país en la consecución del objetivo de la accesibilidad universal, en muchas ocasiones debido a la falta de recursos económicos públicos que sufraguen actuaciones de accesibilidad, sobre todo en entornos preexistentes, se hace necesario aflorar nuevas fuentes de financiación destinadas a este propósito, entendiéndose que las cantidades ingresadas por la Administración General del Estado en concepto de sanciones pecuniarias firmes del régimen vigente de infracciones y sanciones de los derechos de las personas con discapacidad son un medio especialmente adecuado. De este modo, en adelante, estos ingresos dejarían de engrosar indiferentemente el Tesoro Público, para destinarse específicamente a un órgano especializado de la Administración General del Estado, el organismo autónomo Real Patronato sobre Discapacidad, que los dedicaría a la dotación de programas de promoción y extensión de la accesibilidad universal en cooperación con el Tercer Sector de Acción social de la discapacidad. La orientación finalista de nuevos recursos acelerará la transformación en clave de accesibilidad universal que necesita perentoriamente nuestra sociedad.

3 de julio de 2021.

CERMI
www.cermi.es

Raquel Díaz Caro

Directora de Responsabilidad Social, Mujer y Diversidad

Transports Metropolitans de Barcelona

Licenciada en Derecho

Universidad de Barcelona

ALCANCE REAL DEL DERECHO A LA MOVILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA RED DE TRANSPORTES PÚBLICOS DE BARCELONA*

REAL SCOPE OF THE RIGHT TO MOBILITY OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE BARCELONA PUBLIC TRANSPORT NETWORK

SUMARIO: 1. Presentación. –2. Razones y oportunidades. –3. Evolución histórica. Tipologías y peculiaridades de movilidad de las personas con discapacidad en los espacios públicos. –4. Marco normativo del derecho a la movilidad de las personas con discapacidad. –5. El sistema de transporte público colectivo de Barcelona; 5.1. Organización y gestión; 5.2. Accesibilidad de la red de metro de Barcelona; 5.3. Accesibilidad de la red de autobuses de Barcelona; 5.4. Sistema de gestión de la accesibilidad en TMB. –6. Conclusiones y propuestas de mejora –7. Bibliografía.

RESUMEN

A partir del caso concreto de TMB, principal operador de transporte público de Cataluña, se analiza la movilidad urbana como política pública esencial y el transporte público como eje fundamental facilitador de la participación ciudadana en los

* Recibido el 5 de abril de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

diferentes ámbitos de la vida, poniendo de manifiesto que si bien existe normativa prolija en la materia, actualmente el derecho a la movilidad personal no se encuentra plenamente garantizado en el caso de las personas con discapacidad y aportando, a partir del estudio de las diferentes fuentes y en aplicación de técnicas de investigación cuantitativa y cualitativa, conclusiones y sugerencias de mejora orientadas a asegurar la igualdad de oportunidades y la no discriminación.

ABSTRACT

Based on the specific case of TMB, the main public transport operator in Catalonia, urban mobility is analyzed as an essential public policy and public transport as a fundamental axis facilitating of citizen participation in different areas of life , showing that although there are detailed regulations in the matter, currently the right to personal mobility is not fully guaranteed in the case of people with disabilities and contributing, based on the study of different sources and applying techniques of quantitative and qualitative research, conclusions and suggestions for improvement in order to ensure equal opportunities and non discrimination.

Palabras clave: movilidad personal, derecho, ciudadanía, accesibilidad universal, igualdad de oportunidades, no discriminación, inclusión social.

Keywords: personal mobility, right, citizenship, universal accessibility, equal opportunities, non-discrimination, social inclusion.

1. PRESENTACIÓN

Este trabajo pretende hacer un diagnóstico sobre el alcance real del derecho a la movilidad personal y de su ejercicio por parte de las personas con discapacidad, utilizando como ejemplo el modelo Barcelona, cuya red de transporte público está considerada actualmente referente mundial por sus niveles óptimos de accesibilidad, en comparación a otras redes de transporte público colectivo de similares características.

En sentido amplio, entendemos por movilidad “el conjunto de desplazamientos que las personas han de hacer mediante diferentes modos (motorizados o no) y de gestión diversa (pública o privada) por motivos laborales, formativos, sanitarios, sociales, culturales o de ocio. Sin embargo, este término a menudo se utiliza de forma poco clara, confundándose con otros conceptos como transporte, tránsito o circulación” (Tapia Gómez, M.^a Carmen. 2018: 3). En esa línea, conviene aclarar que la movilidad pone

el acento en las personas y no en los medios de transporte que utilizan para desplazarse y, en consecuencia, existen grupos muy diversos cuyas necesidades y demandas deben tenerse en cuenta a la hora de proyectar planes de movilidad, tales como las mujeres, la población infantil y juvenil, las personas mayores, las personas inmigradas o las personas con discapacidad.

En sentido estricto, “la movilidad es un derecho universal de ciudadanía, de cada persona y de la colectividad, que implica disponer de un sistema integral, de calidad, seguro, saludable y accesible que facilite los desplazamientos en un territorio, propiciando así el desarrollo sostenible y equitativo de la sociedad” (Saborit, Nel·la y otras autoras. 2018: 42-50).

Efectivamente, a partir del año 2000, tal y como veremos en el apartado relativo al marco normativo, comienza a tomar mayor relevancia el concepto de movilidad urbana, dada su adopción internacional a través de las directrices de la Unión Europea y de Naciones Unidas, entendiéndose como medio para el ejercicio de los derechos de las personas e incorporando principios de sostenibilidad económica, social y ambiental.

Por otro lado, cabe tener en cuenta que, según el Informe Mundial de la Discapacidad de la OMS (organización mundial de la salud) de 2011, se calcula que en el mundo hay unos 6.900 millones de habitantes, de los que 1.000 millones tienen alguna discapacidad, lo que supone aproximadamente un 15 % de la población mundial. En España, de acuerdo con la EDAD (Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia) de 2008¹ 3,8 millones de personas acreditan alguna discapacidad, lo cual implica un 8,8 % de la población española. Por su parte, en Cataluña, el número de personas con discapacidad reconocida es de 551.439, lo cual representa un 7,5 % de la población. Finalmente, ciñéndonos al municipio objeto de este estudio, en Barcelona, la cantidad de personas con discapacidad ha aumentado en los últimos años, representando 8,4 % del total de la población de la ciudad. Ahora bien, conviene señalar que estos datos no tienen en cuenta las personas con algún tipo de discapacidad temporal, ni tampoco las personas con movilidad reducida que no tienen un grado de discapacidad reconocido oficialmente. En definitiva, el porcentaje de habitantes con discapacidad es un dato más que significativo que, por otro lado, está experimentando un crecimiento sostenido dado el envejecimiento general de la población.

¹ https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=resultados&secc=1254736194716&idp=1254735573175#!tabs-1254736194716 (página web verificada el 18-05-2020).

En este trabajo, se parte de la idea de que la movilidad personal es un derecho catalizador de muchos otros derechos fundamentales orientados a la consecución de la igualdad de oportunidades y la no discriminación y, por ende, a la plena inclusión social de todas las personas. Es evidente que la participación de las personas con discapacidad en la sociedad y el pleno ejercicio de sus derechos se encuentran supeditados a la posibilidad de desenvolverse en los entornos con autonomía, comodidad y seguridad. Esto implica que los productos, bienes y servicios a disposición del público han de poder ser utilizados y disfrutados en igualdad de condiciones por cualquier persona, independientemente de sus limitaciones técnicas, físicas, sensoriales o cognitivas, lo cual sólo será posible si se plantean teniendo en cuenta la diversidad humana, bajo el prisma de la accesibilidad universal (AU) y el diseño para todos (DPT).

A lo largo de este trabajo se aludirá en repetidas ocasiones a esos dos conceptos, que son recogidos en el artículo 2, letras k) y l), de la LGDPDIS (Ley general de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social)²:

En 1997, un grupo de profesionales del *Center for Universal Design*³ de la Universidad de Carolina del Norte estableció los siguientes siete principios básicos del DPT, hoy en día generalmente aceptados:

1. Equidad de uso: El diseño es útil y comercializable para personas con diversas capacidades.
2. Flexibilidad de uso: El diseño se adapta a un amplio rango de preferencias individuales y capacidades.
3. Simple e intuitivo: El diseño es fácil de entender, independientemente de la experiencia, conocimiento, nivel cultural o capacidad de concentración.

² AU: Condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos e instrumentos, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de diseño universal o diseño para todas las personas y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse. DPT: Actividad por la que se concibe o proyecta desde el origen y siempre que ello sea posible entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas en la mayor extensión posible. Dicho de otro modo, es una estrategia que tiene como objetivo diseñar productos y servicios que puedan ser utilizados por el mayor número posible de personas, considerando que existe una amplia variedad de habilidades humanas, y no una habilidad media, sin necesidad de llevar a cabo una adaptación o diseño especializado, simplificando así la vida de todas las personas, con independencia de su edad, talla o capacidad.

³ El Centro para el Diseño Universal (CUD) es un centro estadounidense de información, asistencia técnica e investigación que evalúa, desarrolla y promueve el diseño accesible y universal en viviendas, instalaciones comerciales y públicas, entornos al aire libre y productos. Su misión es mejorar los entornos y productos a través de la innovación en diseño, la investigación y la educación.

4. Información perceptible: El diseño transmite la información necesaria de forma eficaz para la persona usuaria, independientemente de las condiciones ambientales o de sus capacidades sensoriales.
5. Tolerancia al error: El diseño minimiza el peligro y las consecuencias negativas producidas por acciones accidentales o inintencionadas.
6. Bajo esfuerzo físico, el diseño debe ser usado de forma cómoda y eficiente con el mínimo esfuerzo físico.
7. Espacio suficiente de aproximación y uso: Dimensiones y espacios apropiados para permitir el acercamiento, alcance, manipulación y uso independientemente del tamaño del cuerpo de la persona usuaria, su postura o movilidad.

Partiendo de esos conceptos básicos, podemos sostener que, si se es capaz de diseñar pensando en quienes lo tienen más difícil, se estará contribuyendo a la creación de un mundo mejor para todas las personas, ya que las barreras afectan no sólo a las que tienen discapacidad, sino al conjunto de la población.

Pues bien, en la actualidad, a pesar de la prolija normativa vigente en la materia, se siguen detectando situaciones flagrantes de vulneración del derecho a la movilidad de las personas con discapacidad. Asimismo, se intuye que los nuevos modelos de entornos urbanos, lejos de solucionar esta problemática, pueden generar otras barreras y obstáculos que dificulten el ejercicio real y efectivo de este derecho. En suma, la hipótesis de partida de este trabajo es que las personas con discapacidad no tienen plenamente garantizado el ejercicio del derecho a la movilidad personal.

Centraremos el objeto de estudio en el principal ámbito público que impacta en el ejercicio del derecho a la movilidad personal en un territorio: el sistema de transporte colectivo regular, tanto subterráneo como de superficie. En concreto, se analizarán los dispositivos y elementos de accesibilidad que incorporan los principales modos de transporte público en la ciudad de Barcelona para facilitar la experiencia de viaje de todas las personas usuarias, reales o potenciales, independientemente de sus circunstancias particulares, detallando los aspectos que intervienen en la cadena de la movilidad.

Para ello, en primer lugar, se exponen las razones y oportunidades que han motivado la realización de este trabajo, a partir de la hipótesis planteada. Seguidamente se hace referencia a la discapacidad como circunstancia que caracteriza a las personas y que, a lo largo de la historia, ha sido objeto de diferente consideración y consiguiente tratamiento, hasta llegar al modelo social vigente cuyo estandarte son los derechos humanos; asimismo, en este apartado, se alude a la clasificación funcional de la discapacidad, como instrumento universal que permite identificar las diferentes tipologías de

discapacidad en atención a diferentes criterios. A continuación, se explica cuál es el marco normativo regulador de esta materia, evidenciando que contamos con directrices internacionales y legislación más que suficiente y trasladando, en consecuencia, el foco del problema a otros factores. En los siguientes apartados, se aborda ya en detalle el análisis de los principales modos que integran la red de transportes públicos de Barcelona: metro y autobuses urbanos. Finaliza este trabajo con la presentación de las conclusiones extraídas en aplicación de técnicas de investigación cualitativa y cuantitativa y concretamente de revisión de fuentes bibliográficas, normativas y páginas web; realización de una encuesta online –análisis cuantitativo– (perspectiva de usuarios de servicios públicos); y realización de entrevistas a agentes clave –análisis cualitativo– (perspectiva experta o profesional).

2. RAZONES Y OPORTUNIDADES

La movilidad, en tanto que política pública, debe permitir el ejercicio de todo el abanico de derechos de ciudadanía y, por tanto, su articulación tiene efectos directos sobre la vida de las personas e implica opciones diversas en la forma de desplazarse. En tal sentido, el transporte público es el modo óptimo para mejorar la equidad de uso y acceso a los bienes y servicios de la ciudad.

Ahora bien, para que la movilidad urbana sea realmente inclusiva y en consecuencia garante de la igualdad de oportunidades y la no discriminación, ha de incorporar criterios de AU, entendida según se ha avanzado ya en el apartado anterior, como característica ineludible que deben cumplir los espacios públicos para asegurar que todas las personas, independientemente de sus capacidades técnicas, físicas, sensoriales o cognitivas, puedan utilizarlos de la manera más autónoma y natural posible. Por tanto, debe integrarse esta dimensión en las normas de urbanización, requiriéndose así en muchos casos la remodelación del espacio público bajo la perspectiva de la diversidad humana.

La AU y el DPT son, pues, presupuestos indispensables para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la movilidad de las personas con discapacidad.

“El éxito o fracaso de un individuo con el medio depende básicamente de sus capacidades y de las características del entorno. Para asegurar que esa interrelación se produzca de forma satisfactoria, es necesario que el diseño de cualquier entorno, producto o servicio permita interactuar al máximo de personas con capacidades funcionales diferentes. Por tanto, es imprescindible que los diseñadores tomen conciencia de la amplia diversidad que conforma la sociedad basada no sólo en las características antropométricas de la población, sino también de las diferencias culturales, idiomáticas, religiosas, funcionales, etc.” (Hernández Galán, Jesús. 2011: 18).

Uniendo ambos conceptos, resultaría que “la movilidad accesible consiste en la aplicación sistemática de los principios de AU a todos aquellos ámbitos del entorno exterior que permiten el desenvolvimiento, uso y disfrute del mismo en condiciones de seguridad, comodidad, eficacia, autonomía personal, sostenibilidad y uso fácil. En este contexto, el transporte es una pieza clave, al permitir vertebrar el mosaico de la movilidad accesible” (Juncá Ubierna, José Antonio, 2012: 14).

Cabe tener en cuenta además que, en los últimos años, se está avanzando hacia modelos más saludables, seguros, accesibles y en definitiva más sostenibles, orientados hacia una movilidad más eficaz y equitativa, incorporando nuevos modos de desplazamiento que han irrumpido con fuerza en los entornos urbanos, de manera que aparte del tradicional vehículo privado y la propia red de transporte público, la ciudadanía utiliza medios de transporte activos (bicicleta, patinete eléctrico o desplazamiento a pie) y otros medios de movilidad personal.

No obstante, estos modelos de ciudades más sostenibles a los que indiscutiblemente estamos abocados también deberían ser más equitativos y no perder de vista el vector de la inclusión social. “En muchas ocasiones, las innovaciones tecnológicas que incorporan las ciudades inteligentes no han sido pensadas para una buena parte de su ciudadanía: las personas con discapacidad. Las personas con alguna discapacidad de movilidad, visión, audición o función cognitiva a menudo se trasladan a las ciudades para aprovechar sus sistemas de transporte y servicios sociales integrales. Pero las ciudades a veces pueden adoptar nuevas tecnologías que pueden terminar causando problemas de accesibilidad en lugar de resolverlos” (Woyke, Elizabeth, 2019).

Es interesante aportar un dato revelador: según el índice de movilidad sostenible de las ciudades españolas (IMSCE) registrado en 2020⁴, la movilidad accesible en las capitales de provincia se sitúa en un 55,8 %, de manera que las personas con discapacidad todavía se encuentran múltiples obstáculos en su día a día dentro de las ciudades. Contrariamente a lo que se podría pensar, este estudio indica que no son los grandes municipios los más destacados por su nivel de accesibilidad, sino que los mejor posicionados son los que cuentan con menos de 1 millón de habitantes: Girona, Pamplona, Vitoria-Gasteiz, Toledo y Logroño. La realidad es que, aunque 36 de 52 ciudades, un 69 % del total, incluyen algún aspecto de movilidad accesible en sus Planes de Movilidad Urbana Sostenible, solo 9 ciudades (entre las que se encuentra Barcelona), lo que corresponde a un 17 %, incorporan la supresión de barreras tanto en infraestructuras como en su flota de transporte público, así como mejoras de los sistemas de in-

⁴<https://www.idencityconsulting.com/indicemovilidadsostenible/> (página web verificada el 18-05-2020).

formación al usuario. Estos datos nos muestran la necesidad de que los territorios sigan adaptando su estructura física, redefinan la oferta y demanda de servicios e integren un sistema de gestión y gobierno que acoja la diversidad a fin de que el sistema de movilidad sea plenamente inclusivo.

Llegados a este punto, parece razonable pensar que la proyección de nuevos modelos de entornos urbanos debería concebirse como oportunidad de revisar y actualizar los parámetros de diseño y construcción de las ciudades para no dejarse a nadie atrás.

¿Cuál es la perspectiva de futuro? “El mundo envejece y las ciudades deberán irse adaptando. En 2050, unos 940 millones de personas sufrirán alguna discapacidad. Y las Naciones Unidas advierte de que el discurrir del hombre dentro de las ciudades supone un gran desafío. Hay que ponerse en la piel de los otros para darse cuenta y sentir la angustia de quien no puede moverse por la calle, acceder a una tienda o viajar en transporte público. No son los seres humanos los discapacitados, es el entorno que hemos creado; es el espacio donde resuelven su cotidianidad. Porque a veces las ciudades se convierten en campos de minas para los sentidos: puertas bloqueadas, ascensores inexistentes o que no funcionan, rampas que faltan” (García Vega, Miguel Ángel, 2019).

En este sentido, afirma Pérez Bueno que “el asunto de la calidad y la cantidad de los derechos humanos de los hombres y mujeres con discapacidad y el de su acceso a los bienes sociales básicos, que son usuales en su mismo entorno para aquellos miembros de la comunidad que no presentan esta nota de diversidad, nos sigue interpelando con insistencia, porque pura y simplemente es una cuestión no resuelta y lo último que cabe ante esta intimación es el silencio o la omisión” (Pérez Bueno, Luis Cayo, 2015: 8).

El derecho a la movilidad personal, en definitiva, no está plenamente garantizado para las personas con discapacidad en los entornos urbanos y más concretamente en los sistemas de transporte público. Efectivamente, en la construcción del nuevo paradigma de la movilidad urbana, en demasiadas ocasiones, se olvida la diversidad humana, lo cual puede revertir negativamente sobre las personas con discapacidad y sus derechos. Ésta es en esencia la razón de ser de este trabajo de investigación que, por su naturaleza, quizás no alcance el nivel de profundidad ideal pero sí suficiente para sostener la hipótesis de partida.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. TIPOLOGÍAS Y PECULIARIDADES DE MOVILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS

El concepto de persona con discapacidad ha ido evolucionando y, siguiendo a Palacios, “es posible distinguir tres modelos de tratamiento que a lo largo del tiempo se han dispensado a las personas con discapacidad. Un primer modelo, que se podría denominar de prescindencia, en el que se supone que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso y en el que las personas con discapacidad se consideran innecesarias por diferentes razones. Así, la sociedad decide prescindir de ellas, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas (durante la época clásica) o situándolas en el espacio destinado para los anormales y las clases pobres (en la edad media), con un denominador común marcado por la dependencia y el sometimiento en el que asimismo son tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia. Un segundo modelo, denominado médico o rehabilitador, en el que se considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas, sino científicas, de manera que las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas. Es por ello, que el fin primordial en este caso es normalizar a las personas con discapacidad, aunque ello implique forzar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que representa. Así, la discapacidad se entiende como un problema de la persona directamente ocasionado por una enfermedad, accidente o condición de salud que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. Y, finalmente, un tercer modelo, denominado social, recogido explícitamente en la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad (CIDPD), es el que considera que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son en gran medida sociales. Así, se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el resto de las personas, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros” (Palacios Rizzo, Agustina, 2006: 26).

En este último sentido se expresa también Martínez-Pujalte al sostener que “solo el modelo social resulta plenamente compatible con las exigencias básicas de justicia fundadas en la dignidad humana, que se proyecta principalmente en la protección de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. A su vez, de esta exi-

gencia de respeto incondicionado a la persona se derivan otras consecuencias. En primer lugar, en la medida en que todas las personas son merecedoras de idéntico respeto, todas tienen idéntico título para formar parte activa de la comunidad. En segundo lugar, la consideración de la dignidad humana como fundamento del orden político y jurídico comporta que la mirada de la comunidad política y del derecho a cualquier persona ha de fijarse ante todo en su condición de persona, que es su característica más radical, y solo secundariamente en otras cualidades o circunstancias que la diferencien, por lo que lesionan la dignidad humana todas aquellas actuaciones que supongan un menosprecio o fomenten la hostilidad de forma global hacia determinados grupos sociales; si bien, por otro lado, el respeto a la persona exige también prestar atención a la identidad personal, y por tanto a la diferencia, y no ignorarla ni proscribirla. Finalmente, respetar a las personas implica para la comunidad política el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva la participación en la sociedad y el disfrute de sus derechos por todas las personas cuando existan obstáculos que lo impidan. Desde la perspectiva de la discapacidad, todo ello se traduce en la plena participación social de las personas con discapacidad, el reconocimiento de sus derechos humanos, la atención prioritaria de la sociedad y del derecho a su igualdad con las demás personas y sólo secundariamente a su diferencia, y la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar estas exigencias corrigiendo los obstáculos sociales que lo impiden. Éstas son justamente las bases principales del modelo social, que como puede advertirse son la traducción de los requerimientos de la dignidad humana” (Martínez-Pujalte, Antonio Luis, 2015: 20-21).

Por su parte, de Lorenzo García señala que “el modelo social enfoca la cuestión desde el punto de vista de la integración de las personas con discapacidad en la sociedad, considerando que la discapacidad no es un atributo de la persona, sino el resultado de un complejo conjunto de condiciones muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social” (de Lorenzo García, Rafael, 2007: 97).

Por tanto, se observa una evolución del enfoque y del consiguiente tratamiento de la discapacidad que ya en el siglo XXI, se entiende como una situación que, con los apoyos oportunos, no debiera impedir la realización de un proyecto vital de calidad.

Por otro lado, conviene señalar que la evolución en las concepciones sobre las personas con discapacidad conlleva también cambios en los términos utilizados para denominarlas, evidenciando así que el uso del lenguaje suele ser fiel reflejo de las actitudes y los modos de entender y tratar a las personas. En efecto, “en el ámbito de la discapacidad, los cambios terminológicos y en el uso del lenguaje contribuyen también a generar actitudes y lograr avances en el modo de atender y entender a las per-

sonas. Son numerosos los términos utilizados a lo largo de la historia para referirse a las personas con discapacidad (débiles mentales, disminuidos, lisiados, impedidos, inútiles, inválidos, desvalidos, minusválidos, deficientes, etc.), todos ellos impregnados de una concepción negativa y excluyente. Afortunadamente, se han abandonado esos enfoques segregadores, evolucionando hacia perspectivas de eliminación de toda significación descalificadora de la persona, huyendo de las etiquetas que generan marginación. Hoy en día, la expresión generalmente aceptada por el propio sector de la discapacidad y recogida mayoritariamente por los textos normativos más recientes es la de “personas con discapacidad”, enfatizando así el hecho incuestionable de que en primer lugar se trata de personas, que tienen una característica o condición añadida de importancia variable” (Verdugo Alonso, Miguel Ángel y Schalock L., Robert, 2013: 25).

Si bien es cierto que se sigue utilizando la tradicional distinción entre discapacidad física, sensorial y psíquica (que incluye tanto las deficiencias intelectuales como los trastornos mentales), la realidad es que a partir de 2001, año en que la OMS aprobó la denominada Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)⁵, se impone un nuevo patrón universal que concibe la discapacidad como un hecho multifactorial en el que desempeñan un papel muy importante, no solo los déficits del individuo, sino también la interacción con la sociedad y el contexto (factores ambientales y personales). Así, La discapacidad es una condición del ser humano que de forma general abarca las deficiencias, las limitaciones de actividad y las restricciones de participación de la persona. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal, las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas y las restricciones de la participación son dificultades para relacionarse y participar en situaciones vitales. Esta definición reconoce, por primera vez, el contexto social como factor determinante en la discapacidad de una persona.

En la misma línea, la LGDPDIS, en su artículo 2, define la discapacidad como una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

⁵“El objetivo principal de la CIF es brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados “relacionados con la salud”. La clasificación revisada define los componentes de la salud y algunos componentes “relacionados con la salud” del “bienestar” (tales como educación, trabajo, etc.)”. (Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. Organización Mundial de la Salud. Ginebra. 2001: 3).

Como señala Jiménez Lara en una clara alusión a la AU, “los planteamientos tradicionales centrados en la asistencia y en la recuperación de las capacidades funcionales han sido sustituidos por otros que destacan mucho más la necesidad de identificar y eliminar los diversos obstáculos que impiden la igualdad de oportunidades y la plena participación de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida” (Jiménez Lara, Antonio, 2007: 177).

Ahora bien, cabe tener en cuenta, tal y como afirma De Asís, que “la accesibilidad puede entenderse como principio jurídico, en tanto que exigencia de actuación de los poderes públicos y como un parámetro de validez de cualquier actuación jurídica, como parte del contenido esencial de los derechos fundamentales, en tanto que es necesaria para que el bien protegido por el derecho se satisfaga, como parte del derecho a la no discriminación, siendo una condición para el disfrute de los derechos cuya ausencia no justificada puede provocar la violación de un derecho determinado (o se respeta su contenido esencial) y, al mismo tiempo, la transgresión del derecho a no ser discriminado, lo que permite hablar de un derecho a la igual accesibilidad o como un derecho subjetivo, en relación a la accesibilidad de bienes, productos y servicios no relacionados con los derechos humanos, es decir, derecho prestacional que posee como situación correlativa la obligación del diseño para todos. Desde el discurso de los derechos humanos, las diferentes posibilidades no son excluyentes” (De Asís Roig, Rafael, 2013: 8-10).

Pues bien, en general, la movilidad personal en entornos urbanos, así como su percepción o comprensión, resultan más complicadas para las personas con discapacidad física, sensorial, psíquica e incluso en el caso de la discapacidad psicosocial. Es frecuente la presencia de obstáculos que obligan al peatón a modificar sus recorridos, en muchos casos poniendo en juego su Seguridad, situaciones que se agravan más aún si ese peatón tiene alguna discapacidad; piénsese, por ejemplo, en los vehículos mal aparcados en las aceras, los andamios de obras en ejecución, el mobiliario urbano ubicado incorrectamente, alcorques sin proteger, pavimentos en mal estado, etc. Todos ellos son elementos que se convierten en obstáculos infranqueables para el peatón con discapacidad. Esas situaciones que dificultan y hasta llegan a impedir la deambulación son perfectamente extrapolables al entorno del transporte público, en el que se pueden encontrar barreras físicas, de acceso a la información y a la comunicación y de orientación que deberían ser resueltas para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la movilidad de todas las personas.

4. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO A LA MOVILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En el marco internacional, tres son los instrumentos a tener en cuenta en relación con la movilidad como derecho de las personas.

En primer lugar, la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad del año 2005, declaración relativa al derecho de ciudadanía suscrita por múltiples organizaciones sociales fruto de diversas discusiones y reivindicaciones en foros y encuentros mundiales. En su artículo 1 se concibe el transporte público como parte de las condiciones necesarias del derecho a la ciudad y, más adelante, en su artículo 13, aparece específicamente la movilidad como un derecho asociado al transporte público: las ciudades deben garantizar a todas las personas el derecho de movilidad y circulación en la ciudad, de acuerdo a un plan de desplazamiento urbano e interurbano y a través de un sistema de transportes públicos accesibles, a precio razonable y adecuado a las diferentes necesidades ambientales y sociales (de género, edad y discapacidad). Por tanto, este instrumento explicita la accesibilidad como el primer rasgo que deben cumplir los transportes públicos y menciona a las personas con discapacidad como colectivo a tener en consideración.

En segundo lugar, la agenda urbana propuesta hasta el año 2036, tercera conferencia de la ONU sobre vivienda y desarrollo sostenible bajo el título Habitat3 celebrada en Quito octubre de 2016. En ella se aprobó la nueva agenda urbana, que se compone de una declaración y un plan de acción que, a su vez, contiene un apartado con numerosas acciones que deben ser implementadas por los Estados firmantes. Si bien este instrumento no propone cambios estructurales esenciales al modelo existente, ciertamente presenta una serie de problemas relacionados con la movilidad como dimensión esencial de los asentamientos humanos. Respecto al tratamiento del transporte público, no lo sitúa en el centro de las políticas públicas, pero también plantea la necesidad de promover el acceso de todas las personas a unos sistemas de transporte y de movilidad urbana que sean seguros, asequibles, accesibles y sostenibles y que tengan en cuenta las cuestiones de edad, de género y de discapacidad.

Y, por último, los ODS (objetivos de desarrollo sostenible)⁶ contenidos en la agenda 2030 de la ONU aprobada en septiembre de 2015, que son un conjunto de 17 compromisos, vertebrados en 169 metas específicas que obligan a los Estados y a otros agentes sociales y económicos. La movilidad está contemplada en dos de esos objetivos. Por

⁶ <https://onu.org.gt/objetivos-de-desarrollo/> (página web verificada el 18-05-2020).

un lado, el ODS 3 relativo a garantizar una vida sana y promover el bienestar para todas las personas, cuenta con trece metas específicas, de las que dos están directamente relacionadas con la movilidad. La primera indica que los países deberán reducir a la mitad el número de muertes y traumatismos causados por tráfico, estableciéndose como indicador la tasa de mortalidad por lesiones debidas a este tipo de accidentes. La segunda meta tiene que ver con la contaminación producida por el tráfico motorizado y sus efectos en la salud, con la idea de reducir sustancialmente el número de muertes y enfermedades producidas por productos químicos peligrosos y la contaminación del aire, el agua y el suelo, planteándose tres indicadores de seguimiento, uno de los cuales es la tasa de mortalidad atribuida a la contaminación de los hogares y del aire. Por otro lado, la movilidad aparece recogida en el ODS 11, relativo a la reducción de la segregación en las ciudades, donde el transporte público desempeña un rol fundamental; este objetivo plantea lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles, estableciendo diez metas, dos de las cuales están directamente vinculadas a la movilidad; la primera meta se desprende del diagnóstico de la congestión como uno de los problemas de las ciudades y se propone proporcionar acceso a sistemas de transporte seguros, asequibles, accesibles y sostenibles para todas las personas y mejorar la seguridad vial en particular mediante la ampliación del transporte público, prestando especial atención a las necesidades de las personas en situación de vulnerabilidad (mujeres, población infantil y juvenil, personas con discapacidad y mayores), estableciéndose como indicador la proporción de población que tiene fácil acceso al transporte público desglosada por sexo, edad y discapacidad. Por tanto, el transporte público se presenta como un medio para la solución de acceso universal a los bienes y servicios públicos y se incorpora la cobertura y proximidad del sistema de transporte para la diversidad de la población, elementos clave en la lucha contra la segregación social.

Siguiendo en el marco supranacional, mención especial merece la CIDPD, adoptada en Nueva York en diciembre de 2006, erigiéndose como un “tratado internacional de gran trascendencia, de un lado, al ser el primero que de manera específica contempla los derechos junto con su protección de las personas con discapacidad y, de otro, por ser el punto de inflexión para el cambio de paradigma sobre la realidad de las personas con discapacidad” (Miranda Erro, Javier: 2016: 50). Fue firmada y ratificada por España y, en consecuencia, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde mayo de 2008.

A los efectos de este trabajo, interesa destacar los siguientes preceptos de la Convención:

- Artículo 9⁷, relativo a la AU, que contiene un mandato explícito a los Estados Parte para asegurar el acceso de las personas con discapacidad en igualdad de

condiciones con las demás al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones.

- Artículo 20⁸, relativo a la movilidad personal, que obliga a los Estados parte a adoptar medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible.

En el marco estatal, aparte de la CIDPD que, como se ha dicho, es de aplicación directa, la CE (constitución española) de 1978, por primera vez en España, dedicó un artículo, el 49⁹, a las personas con discapacidad, utilizando la terminología de la época:

⁷ Artículo 9. Accesibilidad. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo; b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia. 2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para: a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público; b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad; c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad; d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión; e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público; f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información; g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet; h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.

⁸ Artículo 20. Movilidad personal. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas: a) Facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible; b) Facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible; c) Ofrecer a las personas con discapacidad y al personal especializado que trabaje con estas personas capacitación en habilidades relacionadas con la movilidad; d) Alentar a las entidades que fabrican ayudas para la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo a que tengan en cuenta todos los aspectos de la movilidad de las personas con discapacidad.

⁹ Art. 49 CE: Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

disminuidos¹⁰. Esta disposición fue desarrollada por medio de la Ley 13/1982 de 7 de abril, LISMI (Ley para la integración social de los *minusválidos*), que en sus artículos 54 y siguientes, contempló aspectos relativos a la movilidad y a las barreras arquitectónicas, cuyo desarrollo posterior quedó en manos de las Comunidades Autónomas, lo cual generó una pluralidad legislativa y en consecuencia a diversidad de criterios en función del territorio. Años más tarde, se promulgó la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, LIONDAU (Ley para la igualdad de oportunidades y no discriminación y la accesibilidad universal), que introdujo el enfoque universal de la accesibilidad, frente al anterior orientado a la eliminación de barreras, y reapropió al Estado de atribuciones para regular las condiciones básicas de igualdad y no discriminación que de este modo serían vinculantes para todo el territorio nacional; son destacables, a los efectos de este trabajo, el artículo 10 recogiendo que se debe entender por condiciones básicas de accesibilidad, así como las disposiciones finales 5 a 10 que impusieron obligaciones de desarrollo reglamentario al gobierno central en diferentes ámbitos relevantes para el desarrollo integral de las personas con discapacidad, entre los que se encontraba el

¹⁰ Término sometido a debate de cambio por parte de las Cortes: Respuesta del Gobierno publicada en el Boletín Oficial del Congreso a la pregunta de dos diputadas del GPP, doña María Sandra Moneo Díez (GP) y a doña María del Carmen González Guinda (GP), sobre previsiones acerca de impulsar la modificación del artículo 49 de la Constitución para cambiar la referencia «disminuido» por «persona con discapacidad» (núm. reg. 20562): “En relación con la pregunta de referencia, se informa que el Consejo de Ministros, en su reunión del 7 de diciembre de 2018, tomó conocimiento del Anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española (CE), relativo a los derechos de las personas con discapacidad, para adaptarlo a la Convención de Naciones Unidas de derechos de las personas con discapacidad del año 2006. La redacción del citado Anteproyecto se ha realizado a iniciativa del Gobierno, a partir de la propuesta de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad, y ha contado con la participación del colectivo de personas con discapacidad, representado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). Cabe señalar que el texto resultante modifica íntegramente el artículo 49 CE tanto desde el punto de vista del lenguaje como de su estructura y contenido: 1. Modificación de la terminología y actualización del lenguaje de una forma que refleja los propios valores de la CE y la dignidad inherente al colectivo de las personas con discapacidad. 2. Reforma de la estructura del artículo, en coherencia con la multiplicación de los enfoques desde los que se aborda la discapacidad. 3. Modificación del contenido del artículo para adaptarlo a las concepciones actuales sobre la protección de las personas con discapacidad, que ya no se basan en la concepción médico-rehabilitadora que subyace en su redacción original, sino que se pone el énfasis sobre los derechos y deberes de los que son titulares las personas con discapacidad, como ciudadanos libres e iguales. Además, se fijan los objetivos que deben orientar la acción positiva de los poderes públicos, se incluye la participación de sus organizaciones representativas en la elaboración de estas políticas y se alude expresamente a la atención específicas de las mujeres y niñas con discapacidad, dada su situación de especial vulnerabilidad. 4. Consagración del “principio de protección reforzada” de las personas con discapacidad, para que reciban la atención especializada que requieren y se encuentren especialmente amparadas para el disfrute de los derechos que la CE otorga a toda la ciudadanía. 5. Referencia a la protección que ofrecen los Tratados Internacionales que velan por los derechos de las personas con discapacidad. Por último, se informa que el citado Anteproyecto ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, cuyo dictamen de 28 de febrero de 2019 se encuentra en proceso de análisis para continuar la tramitación de la reforma constitucional. Madrid, 07 de abril de 2020”.

transporte como veremos más adelante. Para concluir con este resumen relativo a los orígenes normativos de la accesibilidad en España, cabe citar la Ley 49/2007 de 26 de diciembre, por la que se estableció el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

Ya en 2013 ve la luz el texto normativo actualmente vigente, la LGDPDIS, promulgada por medio del Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre que, por mandato de la Ley 26/2011 de 1 de agosto, refunde y armoniza la LISMI, La LION-DAU y la Ley de Infracciones y Sanciones, adecuándolas a la CIDPD.

El desarrollo de la legislación citada se plasma en diferentes reglamentos de los que interesa destacar, a los efectos de este trabajo, el Real Decreto 1544/2007 de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y la utilización de los modos de transporte por personas con discapacidad. En este texto normativo, se determinan todas las especificaciones relativas al transporte ferroviario, marítimo, aéreo, por carretera, autobús urbano y suburbano, ferrocarril metropolitano, taxi y servicios de transporte especial.

Por su parte, la diversa legislación autonómica también suele tratar la accesibilidad en diferentes ámbitos y específicamente en materia de modos de transporte. Así se ha hecho en Cataluña, mediante la Ley 13/2014 de 30 de octubre, de accesibilidad que, en sus artículos 18 y siguientes, regula específicamente esta materia, partiendo de una serie de definiciones relevantes a estos efectos, recogiendo a continuación obligaciones para la Administración Pública y para los proveedores respecto al cumplimiento de las condiciones de accesibilidad que han de reunir los transportes públicos de viajeros y estableciendo la preceptiva elaboración y mantenimiento de un plan de implantación progresiva de accesibilidad. En estos momentos, se está trabajando en el desarrollo reglamentario de esta Ley, lo que supondrá disponer de un nuevo código de accesibilidad que concrete los criterios y parámetros a seguir para alcanzar los niveles que garanticen un desarrollo integral normalizado de las personas con discapacidad.

Asimismo, las corporaciones locales, fundamentalmente los ayuntamientos, tienen ciertas competencias en la regulación de las condiciones de accesibilidad aplicables en su término municipal a través de las ordenanzas municipales, mediante las que pueden concretar o a veces ampliar la normativa emanada del Estado o de las comunidades autónomas. Además, disponen de atribuciones en cuestiones de política y policía urbanísticas, lo que les confiere la posibilidad de fiscalizar, supervisar y sancionar en su caso aquellas actuaciones contrarias a la eliminación de barreras. En tal sentido y como veremos en apartados posteriores, el AMB (Área Metropolitana de Barcelona) es un ente local de carácter territorial que tiene potestad normativa y reglamentaria en 36

municipios que conforman el área metropolitana de Barcelona en el ámbito de sus competencias y, concretamente, en materia de movilidad, aprueba los reglamentos sobre las condiciones de uso de los viajeros en transporte público de superficie y la ordenanza reguladora de tarificación social.

Hecho este exhaustivo repaso del marco normativo de la movilidad y la accesibilidad, podemos concluir que existen suficientes orientaciones internacionales y normativa directamente aplicable en España reguladora en materia de movilidad accesible y que, por tanto, no cabe recabar de las diferentes instancias competentes ampliación del desarrollo normativo existente, lo cual traslada el foco del problema a otros motivos que muy probablemente tengan que ver con los sistemas de gestión de la accesibilidad en los diferentes ámbitos relacionados con la movilidad.

En palabras de Alcaín Martínez, refiriéndose a la regulación jurídica de la discapacidad en general, “la conjunción de los preceptos constitucionales de carácter general con una norma específica de integración de las personas con discapacidad nos aporta un margen legal que en principio debería ser suficiente para reglamentar de forma específica leyes de igualdad y no discriminación destinadas a las personas con discapacidad, garantizando además un régimen legal de igualdad de oportunidades (Alcaín Martínez, Esperanza. 2005: 21).

5. EL SISTEMA DE TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO DE BARCELONA

5.1. Organización y gestión

La administración local competente en materia de organización y gestión del transporte público de Barcelona y de su área metropolitana es el AMB, que presta este servicio público mediante varias compañías públicas y privadas que operan bajo concesión administrativa. De esta manera, el AMB presta los servicios de metro y autobús de manera directa a través de TMB (Transports Metropolitans de Barcelona), grupo formado por las empresas públicas Transports de Barcelona SA y Ferrocarril Metropolità de Barcelona SA, y de manera indirecta, por medio de ocho empresas o grupos privados.

A efectos de este trabajo, en tanto que asume la proyección, desarrollo y ejecución de intervenciones constructivas en el transporte público, es importante señalar también el papel eminentemente relevante que ostenta la Generalitat de Catalunya como administración pública competente, a través de la consejería de territorio y sostenibilidad y de acuerdo con el Decreto 200/2010 de 27 de diciembre, entre otros ámbitos importantes, en los siguientes: la política y planificación territorial y el urbanismo, las obras

públicas e infraestructuras, las carreteras, los ferrocarriles, los puertos y aeropuertos; y los transportes.

Por lo demás, existe un consorcio interadministrativo de carácter voluntario, ATM (autoritat metropolitana del transport) creado en 1997, al que pueden adherirse todas las administraciones titulares de servicios públicos de transporte público colectivo, ya sea individualmente o a través de entidades que las agrupen y las representen. En estos momentos, las administraciones consorciadas son la Generalitat de Catalunya en un 51 % y administraciones locales en un 49 % (Ayuntamiento de Barcelona, AMB y AMTU –associació de municipis per la mobilitat i el transport urbà–) y cuenta con representantes de la administración general del estado en los órganos de gobierno en calidad de observadores. Se trata, en definitiva, de un consorcio encargado de coordinar y planificar el transporte público de la región urbana de Barcelona, así como de regular las tarifas y zonas tarifarias de los distintos transportes públicos sobre los que tiene competencia: autobuses urbanos e interurbanos, cercanías de Catalunya, TMB, FGC (Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya) y TRAM (Tranvía de Barcelona), conformando un sistema tarifario integrado.

La red de transportes públicos colectivos de Barcelona está formada por diferentes modos, siendo los principales por nivel de implantación y volumen de pasaje, el metro y los autobuses operados por TMB, que conjuntamente transportan más de 600 millones de personas al año.

Además, Barcelona cuenta con dos tramos de tranvía, con tres líneas cada uno de ellos, gestionadas por un grupo empresarial denominado TRAM Barcelona, dedicado a la explotación de los sistemas de tranvía en la ciudad otorgados hasta el 2032.

Aparte de la red de metro, En Barcelona existe otra red de ferrocarriles, gestionada por la Generalitat de Catalunya, FGC, que complementa así la mencionada red de metro mediante 3 líneas urbanas.

Por otro lado, cabe señalar el servicio de trenes de cercanía, operado por RENFE, que está pensado no sólo para llegar a poblaciones próximas, sino que sirven de complemento a los otros modos de transporte colectivo para desplazarse por la ciudad.

Igualmente, interesa mencionar, siquiera de manera referencial, los transportes turísticos como el Teleférico de Montjuic y el bus turístico, también gestionados de manera directa por TMB. Es importante destacar que el Teleférico cuenta con una certificación en accesibilidad universal y el bus turístico dispone de todas las medidas de accesibilidad de la red de autobuses y, además, con un sistema de bucle magnético

para facilitar el acceso a la información de personas con discapacidad auditiva usuarias de audífono o implante coclear.

Como complemento al servicio de transporte público regular, en Barcelona existe el Servicio Público de Transporte Especial, dirigido a personas con discapacidad, que se puede utilizar cuando no hay transporte público regular adaptado disponible. Es también un servicio del AMB, gestionado por el IMPD (Institut Municipal de Persones amb Discapacitat) y las empresas CETRAMSA y TCC. Los servicios pueden ser fijos o esporádicos, individuales o colectivos, en función de las necesidades de las personas usuarias que, en cualquier caso, deben acreditar su condición de beneficiarias de dicho servicio mediante un carné expedido por la autoridad municipal correspondiente.

En este punto, cabe aclarar que el IMPD es un organismo autónomo del Ayuntamiento de Barcelona, constituido en el año 1979, que trabaja para garantizar los derechos sociales de las personas con discapacidad de la ciudad y sus familias. Ofrece servicios de atención directa a las personas (programa de vida independiente, equipo de asesoramiento laboral, servicio público de transporte especial, equipos interdisciplinarios para la pequeña infancia, servicio de atención al público, programa de subvenciones, etc.) y, por otro lado, colabora con el resto de los ámbitos del consistorio y con las entidades y asociaciones de la discapacidad, para extender los conceptos de accesibilidad e inclusión social.

Pues bien, desde hace más de 40 años, Barcelona trabaja intensamente, a través del impulso constante del IMPD, en el fomento de la accesibilidad física de los vehículos, las paradas y las estaciones que componen el sistema de transporte público regular, para que la movilidad reducida de algunas personas no les suponga un problema al utilizar los diferentes modos para desplazarse por la ciudad. En los últimos años, la accesibilidad comunicativa se ha convertido en el nuevo reto para el transporte público, constituyendo un proceso de mejora continua ligado a la investigación tecnológica donde constantemente se está avanzando con el fin de llegar a una accesibilidad lo más completa posible.

En los apartados que siguen, exponemos cuáles son los elementos y dispositivos de accesibilidad que incorporan el metro y los autobuses de Barcelona para asegurar la igualdad de oportunidades y la no discriminación, así como los sistemas de gestión implementados, con la finalidad de comprobar el alcance real del derecho a la movilidad de las personas con discapacidad en la ciudad de Barcelona.

Siguiendo la metodología comúnmente utilizada por las personas expertas en esta materia, hemos tenido en cuenta, en cada uno de los modos de transporte objeto de estudio, los siguientes cinco ámbitos:

- A) Infraestructuras o instalaciones fijas.
- B) Material móvil o vehículos.
- C) Frontera o vínculo entre ambos.
- D) Sistemas de información, comunicación y orientación.
- E) Gestión y prestación de servicios especializados de asistencia a personas con discapacidad u otras necesidades específicas.

5.2. Accesibilidad de la red de metro de Barcelona

Según la información extraída de diferentes fuentes oficiales de TMB y del Ayuntamiento de la ciudad, el metro de Barcelona es una red de ferrocarril que se inauguró el 31 de diciembre de 1924. En la actualidad, cuenta con 8 líneas, identificadas con un número y su correspondiente color, que conectan diferentes puntos de la ciudad y se extiende a otros municipios colindantes, 156 trenes que funcionan a la vez en las horas punta todos los días laborables y 161 estaciones. Se considera la segunda red ferroviaria convencional más extensa de España (después de la de Madrid) y desde diciembre de 2009, la primera que cuenta con líneas totalmente automatizadas.

Como servicio público esencial para la movilidad, a pesar de la complejidad que entraña ser una red ferroviaria casi centenaria, el metro de Barcelona incorpora elementos, dispositivos y sistemas que facilitan el acceso y uso de sus infraestructuras y trenes a todas las personas, independientemente de sus características y condiciones individuales. De hecho, desde el año 1992, las estaciones que se construyen o se rehabilitan garantizan la accesibilidad, si bien existe un porcentaje del 9% pendiente de adaptación (14 estaciones).

Veamos cuáles son las medidas de accesibilidad concretas, pensada para cada una de las tipologías de discapacidad, que hemos localizado en la red de metro de Barcelona:

Para las personas con afectaciones físicas que tienen limitada la motricidad, el metro de Barcelona cuenta con ascensores y escaleras mecánicas que facilitan el acceso vertical, así como con tapices rodantes para minimizar las distancias a recorrer, rampas de acceso al vagón en estaciones pendientes de recrecimiento de andén, espacios y asientos reservados en el interior de los trenes, apoyos isquiáticos, botoneras de accionamiento de servicios colocadas a la altura reglamentaria, barandas y pasamanos a dos distancias para facilitar el ascenso o descenso en escaleras convencionales a todo tipo de personas usuarias, mobiliario a diferentes alturas en los 3 puntos de información y atención presencial de clientes y planes y simulaciones de evacuación con supuestos de movilidad reducida.

Para las personas con discapacidad visual, hemos identificado elementos que contribuyen al guiado y orientación, así como diferentes sistemas de acceso a la información. Prácticamente toda la red de metro de Barcelona cuenta con encaminamientos podo táctiles de pavimento estriado que han sido trazados de acuerdo a la normativa y siguiendo un esquema razonable y coherente que facilita la orientación dentro de vestíbulos, pasillos y andenes. Asimismo, la gran mayoría de andenes disponen de una franja continua de pavimento estriado (y en algunos casos abotonado) a modo de advertencia de peligro en la zona de inicio de vías, si bien es cierto que en la totalidad de las infraestructuras de líneas automáticas y en algunas líneas convencionales, se han colocado mamparas de seguridad para evitar accidentes. Las máquinas expendedoras de títulos de viaje tienen incorporado un sistema de navegación por voz y serigrafía braille para permitir la compra a personas ciegas o con baja visión y pueden ser localizadas mediante señal acústica accionando el mando a distancia que utilizan las personas con discapacidad visual para activar diferentes recursos públicos de la ciudad (semáforos, pantallas informativas de marquesina y autobuses). Por lo que respecta a la señalética y la información, se utiliza una misma tipografía de tamaño y color contrastado de acuerdo con la normativa y, además, el sistema centralizado de megafonía emite la información corporativa y de servicio de interés general. En el interior de los trenes, hemos detectado un sistema de información de próxima parada y la correspondencia con otras líneas de metro u otros modos de transporte, así como señal acústica de cierre de puertas. En colaboración con la ONCE, se han editado guías en braille y mapas en relieve (material pendiente de actualizar) a disposición de las personas usuarias en puntos de información y atención al cliente de TMB y a través de redes específicas de distribución. Recientemente y a modo de prueba piloto, se ha instalado en algunas estaciones un sistema de guiado y orientación mediante etiquetas inteligentes (Navilens)¹¹ que, a través de tecnología móvil, permite identificar puntos y trayectos concretos. Por lo demás, la página web de TMB está diseñada con criterios de accesi-

¹¹ La tecnología NaviLens permite que las personas con discapacidad visual puedan leer la señalética de las redes de transporte público, ya sea en las paradas de autobús o en las estaciones de metro, y recibir orientaciones precisas a través de sus dispositivos móviles. El sistema permite capturar de una forma muy eficiente un nuevo tipo de códigos QR de colores, denominados ddTags, de tal forma que las personas con discapacidad visual pueden leer la información contenida en este código sin tener que saber dónde se encuentra emplazado exactamente. En una parada de bus, la aplicación NaviLens lee la etiqueta e informa del nombre y el código de la parada, las líneas que pasan por ella, el destino de cada una, el tiempo previsto de llegada y las posibles alteraciones del servicio. En una estación de metro, cada espacio está etiquetado con su descripción (acceso, vestíbulo, zona de venta, línea de peaje, escalera, ascensor, andén, punto de embarque...) para permitir la navegación autónoma de las personas con discapacidad visual, tanto a la entrada como a la salida. Esto es posible gracias a que los códigos ddTags pueden leerse en movimiento, a una distancia muy superior y con una perspectiva mucho más angulada que los códigos QR, sin enfocar la cámara del dispositivo móvil (www.tmb.cat).

bilidad, ya que la información se ofrece de manera universal permitiendo así el acceso a cualquier persona independientemente de su circunstancia y sin perjuicio de los dispositivos o el contexto de uso que se emplee para su consulta o navegación; según indica el propio espacio web, está en proceso de renovación de la certificación doble a otorgada por Ilunion Accesibilidad.

Para las personas con discapacidad auditiva, se observa que por sus características obviamente las medidas de accesibilidad se orientan a facilitar la información y la comunicación. Así, existen pantallas digitales que transcriben en tiempo real la información corporativa o de servicio que se emite mediante el sistema centralizado de megafonía. En el interior de los trenes, hemos identificado un dispositivo digital que informa visualmente de la próxima parada y las puertas cuentan con señalización luminosa de cierre. Los 3 puntos de información y atención presencial al cliente ubicados en la red de metro tienen instalado bucle magnético para facilitar la audición a personas usuarias de audífono o con implante coclear. Según nos informan desde TMB, hace unos años se instaló un sistema para facilitar la comunicación con personas usuarias de lengua de signos mediante vídeo interpretación, pero en la actualidad no está disponible dado el escaso nivel de utilización.

Para las personas con discapacidad intelectual o cognitiva, lo cierto es que no hemos identificado demasiadas medidas de accesibilidad. De hecho, como ocurre en gran parte de los espacios y servicios públicos parece ser el colectivo con necesidades especiales más olvidado. Destacamos, eso sí, que las máquinas expendedoras disponen de un sistema de duplicación de títulos de viaje, para facilitar la adquisición y compra a personas con dificultades de comprensión.

Por lo demás, el personal directamente relacionado con los clientes recibe formación periódica en materia de comunicación y atención a personas con discapacidad y, además, enmarcado en el proyecto de voluntariado corporativo de la compañía, existe un programa de talleres para el fomento de la autonomía personal que mediante actividades de acercamiento y reconocimiento de trayectos concretos, pretende ayudar a las personas con discapacidad a familiarizarse con el entorno de las instalaciones de metro.

5.3. Accesibilidad de los autobuses de Barcelona

Según la información extraída de diferentes fuentes oficiales de TMB y del Ayuntamiento de la ciudad, Barcelona dispone de una red de autobuses cuyas primeras líneas empezaron a funcionar en 1922, en muchos casos en sustitución de líneas de tranvía o de trolebús. La incorporación progresiva de nuevas líneas ha ido siempre ligada al cre-

cimiento de la ciudad. En el año 2012, se inició la implantación de un ambicioso proyecto de ciudad para redefinir la red de autobuses, siguiendo criterios de racionalidad, facilidad de uso, conectividad, eficacia y aplicación eficiente de los recursos para ofrecer el mejor servicio a la ciudadanía, mediante 28 líneas de altas prestaciones (17 verticales, 8 horizontales y 3 diagonales) con trayectos lo más recto posible, con más y mejor señalización y potenciando las medidas de prioridad del bus frente al vehículo privado; todo ello complementado con líneas de bus convencionales que siguen en funcionamiento junto con las de proximidad. Se consigue, así, una red de autobuses rápidos que permite moverse por el municipio y combinarlo fácilmente con otros medios de transporte público, de manera que con un intercambio como máximo se pueden realizar el 90% de los desplazamientos en la ciudad y los municipios vecinos.

Actualmente, esta red de autobuses cuenta con 98 líneas (28 de altas prestaciones, 43 convencionales y de proximidad y 27 líneas de bus de barrio), 2590 paradas (1417 marquesinas y 1173 palos de parada) y un total de 1157 vehículos de diferente tipología (estándar, articulado, biarticulado, midi y mini) en la flota regular.

Pues bien, desde el año 2007, la totalidad de vehículos que forman parte de la flota de autobuses de TMB es accesible desde el punto de vista físico. Ahora bien, siendo éste un factor esencial en la cadena de accesibilidad cabe tener en cuenta otros como el entorno de la parada, los sistemas de información a las personas usuarias y, no menos importante, la actitud o mentalidad del colectivo de profesionales que prestan servicio; todos ellos son eslabones de similar relevancia para garantizar un acceso y uso de la red de autobuses de la forma más autónoma y natural posible.

Por lo que respecta a las medidas de accesibilidad de la red de autobuses de Barcelona, hemos identificado las siguientes en función de las diferentes tipologías de discapacidad:

Para las personas con discapacidad física cuya movilidad se puede ver reducida en diferentes niveles, cabe señalar que la totalidad de vehículos de la flota son de piso bajo y de plataforma única, posibilitan la inclinación lateral para facilitar el acceso, cuentan con rampas retráctiles, 2 espacios específicos para viajeros usuarios de silla de ruedas además de asientos reservados para personas con movilidad reducida, botoneras a la altura reglamentaria específicas para solicitar parada y la correspondiente apertura de rampa. Por otro lado, si bien el espacio destinado a la parada de bus, ya sea marquesina o palo, no es gestión directa de TMB sino del propio consistorio a través de la concejalía de vía pública, observamos algunos elementos de interés para dar continuidad a la cadena de la accesibilidad, como son el hecho de estar ubicadas de manera anexa al itinerario peatonal (sin invadirlo); en el caso de las marquesinas, cuen-

tan con acceso lateral y central, espacio libre de mobiliario para la ubicación de una persona usuaria de silla de ruedas, asientos y un apoyo isquiático.

Para las personas con discapacidad visual, es importante todo lo relativo a sistemas de acceso a la información y, en tal sentido, en el interior del vehículo, se pueden observar los siguientes elementos: señal acústica de confirmación de validación del título de viaje, botoneras de solicitud de parada así como placas identificativas del vehículo (número de calca) en braille y sistema de información de próxima parada. En la parada, encontramos también facilidades de acceso a la información, en este caso, a demanda mediante el mando a distancia que, como ya hemos comentado, utilizan las personas ciegas o con baja visión para activar diferentes recursos públicos; de esta forma, pueden activar la información de la parada para conocer las líneas de bus, la dirección, el tiempo de espera y cuál es la inminente; asimismo, pueden también identificar la línea y la dirección del vehículo en la parada también mediante el mando a distancia; conviene tener en cuenta que a efectos de orientación, las paradas de bus están señalizadas mediante pavimento de acanaladura detectable con el bastón o con los pies que, cruzando el itinerario peatonal, transcurre desde la fachada hasta el borde de la parada; además, el cierre acristalado de la marquesina cuenta con bandas de color contrastado para evitar golpes a personas con dificultades de visión. Recientemente y de la misma forma que en metro a modo de prueba piloto, se ha instalado en algunas marquesinas un sistema de guiado y orientación mediante etiquetas inteligentes (Navilens) que, a través de tecnología móvil, permite identificar la información dinámica y ofrecer coordenadas de guiado. Por lo demás, como ya hemos indicado al exponer las medidas de accesibilidad del metro, la página web de TMB presenta la información de manera universal, ya que permite el acceso a cualquier usuario independientemente de su circunstancia y sin perjuicio de los dispositivos o el contexto de uso que se emplee para su consulta o navegación.

Para las personas con discapacidad auditiva, cuya mayor dificultad en la experiencia de viaje es todo lo relativo a la comunicación, se han identificado pantallas dinámicas con información visual en las paradas y en el interior de los vehículos.

Nuevamente el colectivo de las personas con discapacidad intelectual o cognitiva son los que adolecen de medidas de accesibilidad específicas en la red de autobuses, si bien en muchos casos, según nos informan responsables de la compañía, la posibilidad de interactuar con el propio conductor o conductora resuelve amenudo las dificultades de uso y acceso.

De igual manera que ocurre con el personal de metro, la plantilla de autobuses que tiene relación directa con los clientes recibe formación periódica en materia de comu-

nicación y atención a personas con discapacidad. Asimismo, nos explican que también en el marco del proyecto de voluntariado corporativo, realizan servicios solidarios a fin de facilitar la movilidad de personas con necesidades especiales, propiciando actividades para poner en práctica el uso de las rampas, la deambulación por el interior del vehículo, etc.

5.4. Sistema de gestión de la accesibilidad en TMB

De acuerdo con los últimos informes anuales de gestión de TMB, como grupo empresarial de prestación de un servicio público esencial, se ha ido poniendo de manifiesto progresivamente su compromiso social para contribuir a la mejora de la calidad de vida de la ciudadanía. En la actualidad, el marco estratégico de la compañía recogido en su política corporativa comprende como responsabilidad ineludible el desarrollo de un transporte público colectivo de calidad, seguro y eficiente para todas las personas. Derivado de dicho compromiso, se ha ido implementando un modelo de gestión cada vez más riguroso y exigente, con el claro objetivo de asegurar la movilidad teniendo en cuenta la diversidad del cliente en atención a múltiples variables: la edad, el género, el origen y, a los efectos que nos interesa destacar en este trabajo, la discapacidad.

De esta manera, se cuenta con un modelo de gestión denominado “Código Operativo de Accesibilidad Universal”, mediante el cual se han definido 15 grupos de trabajo liderados por el responsable corporativo correspondiente en la materia y distribuidos del siguiente modo: 4 grupos relacionados con el área de negocio de autobuses (ingeniería, mantenimiento, infoaccesibilidad y atención de incidencias), 5 grupos relacionados con el área de negocio de metro (infraestructuras, infoaccesibilidad, protección civil, trenes y ascensores/escaleras mecánicas) y 6 grupos correspondientes a servicios transversales de la organización (tecnología, formación, diversidad interna, señalización, innovación y accesibilidad).

Cada grupo de trabajo define objetivos vinculados a su actividad y referidos al cumplimiento de la normativa vigente y, como valor añadido, a desarrollos de excelencia y de rasgo diferencial. Observamos que, en estos momentos, esos 15 grupos de trabajo tienen asignados un total de 54 objetivos, cuyo nivel de cumplimiento se reporta según indicadores homogéneos trimestralmente al primer nivel directivo de la empresa a modo de auditoría interna. Asimismo, el comité de accesibilidad de TMB, presidido por el Consejero Delegado, se reúne cada seis meses para conocer el estado de desarrollo de los proyectos y definir los retos de futuro a nivel operativo en materia de accesibilidad. Con este modelo de gestión, en palabras del responsable técnico entrevistado, “se ha conseguido incluir los indicadores de accesibilidad en los referentes de calidad de servicio de la compañía, de acuerdo con la norma ISO 9001” (norma que

establece los requisitos que debe cumplir un sistema de gestión de la calidad y, en consecuencia, es la que se utiliza a efectos de certificación).

Asimismo, de manera más o menos regular se vienen desarrollando diferentes acciones formativas en materia de comunicación y atención a personas con discapacidad, dirigidas a diferentes colectivos cuya función profesional les relaciona directamente con el cliente, lo cual evidentemente propicia un cambio cultural orientado al reconocimiento de la diversidad y, en última instancia, a la normalización de la diferencia.

Además, la compañía mantiene un diálogo estable con las entidades más representativas de la discapacidad y participa en diferentes ámbitos institucionales (comisión ejecutiva del IMPD y comisión de accesibilidad del Departamento de territorio y sostenibilidad de la Generalitat de Catalunya), pudiendo conocer así sus principales inquietudes y reivindicaciones, lo cual permite mejorar el servicio teniendo en cuenta sus necesidades. Además, existe un canal específico de atención al cliente para recoger y canalizar las comunicaciones relacionadas con la accesibilidad del servicio. Así, por ejemplo, nos explican que, si bien no cuentan con una fórmula de conocimiento real sobre la usabilidad del metro y de los autobuses por parte de las personas con discapacidad, “por el diálogo con los colectivos de representación y la praxis de la operación, conocemos cuáles son las preferencias de los colectivos. Las personas que se mueven con la ayuda de silla de ruedas o escúter prefieren desplazarse en autobús, dado que las posibles incidencias que puedan producirse son más fáciles de resolver. Por su parte, el grupo de personas con discapacidad visual reconoce el metro como un modo de transporte más fiable y seguro, en cuanto que las referencias y puntos de parada son más estables”.

Se ha finalizado la auditoría preceptiva para conseguir la certificación UNE 17001-1 y 2¹², que además de analizar entornos y productos, revisará directamente el sistema de gestión implementado.

¹² Cumpliendo los requisitos DALCO (acrónimo de Deambulación, Apreensión, Localización y Comunicación). de la Norma UNE 17001-1, la organización estará preparada para garantizar que es accesible, y que esa accesibilidad no es ocasional y se mantendrá a lo largo del tiempo. La adopción de la Norma UNE 17001-2 supone el compromiso social de la organización con la igualdad de derechos y oportunidades de todas las personas, independientemente de sus capacidades. De esta forma, cualquier cliente que quiera acceder a un entorno y recibir los servicios que en él se presten, podrá hacerlo ya que la organización habrá dotado de accesibilidad tanto a sus entornos como servicios.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

A la vista del estudio realizado a partir de la bibliografía y materiales de consulta y teniendo en cuenta las aportaciones de los agentes clave del sector de la movilidad y la gestión de la accesibilidad en los sistemas de transporte público de Barcelona, obtenidas mediante contestación escrita de cuestionarios sobre aspectos de interés¹³, así como el resultado de la encuesta online realizada a una muestra de personas usuarias^{13/14}, podemos concluir que:

Siendo el transporte público el principal eje de la movilidad urbana en Barcelona y constatando unos niveles de accesibilidad óptimos tanto de las infraestructuras, como del material móvil y los vehículos, el vínculo entre ellos, y los sistemas de información y comunicación, las personas con discapacidad en general siguen encontrando escollos que en ocasiones dificultan y en otras hasta llegan a impedir un acceso y uso autónomo y natural, de manera que el ejercicio de su derecho a la movilidad personal en demasiadas ocasiones queda vulnerado.

A tal fin, relacionamos a continuación algunos aspectos clave sobre los que vendría trabajar:

En primer lugar, afortunadamente la evolución del concepto de discapacidad y su enfoque como una cuestión de derechos humanos fundamentales ha derivado en la consideración de la accesibilidad universal como presupuesto indispensable para el ejercicio del conjunto de derechos y obligaciones de los que son titulares las personas con discapacidad, de manera que su falta no es más que una discriminación y en suma una vulneración de derechos. En tal sentido, consideramos de vital importancia trabajar en la línea de dar a conocer la discapacidad como condición y característica de las per-

¹³ Para indagar en el objeto de estudio de este trabajo, se ha considerado oportuno conocer la visión de responsables técnicos y directivos en la materia y, si bien las circunstancias derivadas de la pandemia no han permitido llevar a cabo entrevistas en profundidad tal y como inicialmente habíamos planteado, sí hemos podido obtener tres contestaciones escritas de interesante calado a preguntas formuladas por la propia autora del trabajo, en función del destinatario: el Sr. Raül Casas Velo, responsable de accesibilidad universal en TMB, el Sr. Ramon Lamiel Vilaró, gerente del IMPD del Ayuntamiento de Barcelona, y finalmente, el Sr. Joan Maria Bigas Serrallonga, director de movilidad y deportes del AMB.

¹⁴ Se ha realizado una encuesta en línea, de carácter anónimo, mediante una herramienta sencilla y de acceso libre que ha estado activa durante el mes de abril del año en curso a la que han contestado un total de 252 personas. Los datos individuales aportados por los encuestados permiten conocer sus patrones de movilidad, así como su percepción sobre determinados aspectos relacionados directa o indirectamente con sus desplazamientos cotidianos, tales como la accesibilidad, la seguridad, la sostenibilidad o la eficiencia entre otros. La encuesta planteaba un total de 16 preguntas: 4 de identificación, 4 de información, 6 de valoración y una abierta.

sonas, subrayando sus potencialidades y las limitaciones generadas por factores externos, para lograr incorporar en el imaginario colectivo que muchas veces, lo que más discapacita es el entorno, los procesos, los bienes y servicios concebidos sin tener en cuenta la diversidad humana. Para materializar esa idea en el ámbito de las empresas operadoras del transporte público de Barcelona, convendría trabajar en dos direcciones fundamentales:

Por un lado, es imprescindible sistematizar la formación específica a las personas trabajadoras, sobre todo a las que intervienen en la cadena de la accesibilidad durante la experiencia de viaje, para que conozcan las necesidades del cliente diverso (en este caso, personas con discapacidad) y orienten sus actuaciones de la manera más adecuada.

Y, por otro lado, convendría reforzar las campañas de civismo y gestión de la convivencia en el transporte público, incluyendo la variable de la discapacidad, para generar mayor conciencia y sensibilidad ciudadana en el sentido de que la accesibilidad es un derecho y una necesidad (no solo, aunque sí especialmente) de las personas con discapacidad.

Es cierto que tanto la red de metro como la de autobuses de Barcelona se caracterizan por niveles óptimos de accesibilidad, pero no es menos cierto que muchas personas con discapacidad son reacias a utilizarlas manifestando inseguridad en diferentes aspectos: una mala experiencia, inestabilidad y mal funcionamiento de los sistemas de accesibilidad, qué hacer en caso de alteración del servicio por avería o incidencia, incompreensión e intolerancia del resto de pasaje, etc. Dicha infrutilización de la red de transporte público queda constatada en los datos obtenidos a través de la encuesta online realizada, de la que se desprende que sólo un 65 % de las personas con discapacidad utilizan el transporte público para desplazarse en la ciudad de Barcelona, distribuyéndose como sigue: 49 % en metro como primera opción y 16 % en autobús prioritariamente; el resto de las personas con discapacidad encuestadas lo hacen en transporte privado u otros medios. Estamos convencidos de que generando confianza y seguridad en la continuidad del viaje se contribuye enormemente a captar a las personas con discapacidad como usuarias de los diferentes modos de transporte público.

En segundo lugar, para alcanzar niveles de excelencia en la prestación de servicios, las empresas operadoras de transporte público colectivo deberían reflejar, en sus proyecciones de uso, un conocimiento exhaustivo de las necesidades y demandas de las personas viajeras reales y potenciales, poniendo en valor las medidas de accesibilidad implementadas, diferenciando entre:

- Personas que pueden utilizar el transporte público convencional encontrando nulas o mínimas dificultades de movilidad y comunicación, para las que mejoras en accesibilidad, suponen un aporte adicional a su experiencia de viaje, mayor comodidad y confort.
- Personas que sólo pueden utilizar el transporte público si es universalmente accesible, para quienes la accesibilidad supone una herramienta ineludible en su desarrollo personal.
- Personas que encuentran graves dificultades para su movilidad autónoma, para las que la accesibilidad facilita el desplazamiento y uso aunque puedan precisar de prestación de asistencia personal y cualificada.

A colación de esta sugerencia, es importante señalar que la accesibilidad del transporte público resulta ser la segunda característica mejor valorada por parte de las personas encuestadas, tras la eficiencia y por delante de aspectos tan importantes como la sostenibilidad, la seguridad y el confort. Dicho resultado se entiende más relevante si cabe si tenemos en cuenta que el 76 % de las personas que se han pronunciado en este sentido eran personas sin discapacidad, por lo que es evidente que cualquier usuario valora las facilidades de uso que se implementan en el servicio público de transporte.

En tercer lugar, por lo que respecta a la información corporativa o de servicio en general, convendría mejorar en los siguientes aspectos:

- Atención presencial al cliente, poniendo a disposición de las personas usuarias recursos tales como la interpretación de lengua de signos (presencial o remota), guías y materiales en sistema braille y en relieve o alternativa sonora y/o digital, información de servicio en lectura fácil, etc.
- Canales digitales, ya que, si bien la página web de TMB es plenamente accesible, la aplicación para dispositivos móviles presenta dificultades de manejo, de manera que consideramos indispensable implementar soluciones de la interface de uso y, a su vez, valorar la incorporación de información de servicio a tiempo real útil para la persona usuaria con discapacidad (avería de un ascensor, alternativas en caso de incidencias, etc.).

En cuarto lugar, en TMB y en general en la gran mayoría de servicios públicos, se ha avanzado notablemente en la incorporación de medidas de accesibilidad física y empiezan a aflorar proyectos enmarcados habitualmente en soluciones tecnológicas en materia de accesibilidad informativa y de comunicación. Ahora bien, urge la investigación y el desarrollo de sistemas de accesibilidad cognitiva para disponer de herramientas y pautas que permitan la fácil comprensión y en suma la comunicación para todas las personas, independientemente de su desarrollo intelectual y capacidad de entendimiento.

En quinto lugar, atención especial merece el mantenimiento de los sistemas de accesibilidad, tanto en metro como en bus. Cabría implementar protocolos de revisión específicos para dar respuesta rápida ante una avería o incidencia que impide el funcionamiento de una medida de accesibilidad que, como ya hemos señalado, en el caso de algunas personas con discapacidad es indispensable para el acceso y uso de ese servicio público. Piénsese, por ejemplo, en un ascensor averiado o en un vehículo con la rampa averiada, para una persona usuaria que se desplaza en silla de ruedas, o en la megafonía interna de un autobús, para una persona ciega.

En sexto lugar, hemos podido constatar un problema importante derivado de la necesaria renovación de la flota de autobuses incorporando criterios de sostenibilidad. Así, se van introduciendo vehículos cuya energía de propulsión, si bien actualmente es mixta, tiende a la electrificación, existiendo ya alguna línea de bus en proyecto de ser totalmente electrificada. Estos vehículos tienen la virtualidad de no generar emisiones contaminantes, pero también la de ser totalmente silenciosos, lo cual genera escenarios de absoluta inseguridad sobre todo para personas ciegas o con baja visión. Teniendo en cuenta que ésta es una tendencia que ha llegado para quedarse, es indispensable implementar soluciones que, por otra parte, sean lo más homogéneas posible de manera que se apliquen a la totalidad de vehículos de estas características.

En definitiva, el sistema de transporte público es el eje principal e ineludible de la movilidad urbana, porque aparte de ser fundamental para contribuir al desarrollo sostenible del planeta, es factor clave para generar igualdad de oportunidades y no discriminación, en tanto que permite a toda la ciudadanía desplazarse para materializar su participación en todos los ámbitos de la vida: trabajo, estudios, salud, deporte, ocio, cultura, etc. En tal sentido, garantizar la autonomía de quienes lo tienen más difícil permitiendo así su desarrollo personal y su inclusión social, ya no es una opción.

Para finalizar este apartado y atendiendo a la extraordinaria situación de excepcionalidad que durante los últimos meses estamos viviendo a causa de la desafortunada pandemia provocada por el Covid-19, se ha puesto de manifiesto una vez más que los colectivos más vulnerables son los que acusan más las consecuencias en todos los ámbitos de la vida y, por tanto, es evidente que convendría intervenir para que circunstancias personales como la discapacidad no multipliquen exponencialmente las dificultades. Efectivamente, el establecimiento de medidas de seguridad puede suponer conflictos de deambulación añadidos para personas que no pueden ver, oír o hablar, caminar, expresarse, etc. Bajo los patrones de la tan manida normalidad. Por tanto, se impone que en los servicios públicos en general y centrándonos en los transportes públicos en particular (por ser el objeto de nuestro estudio), se prevean actuaciones en la línea de facilitar el uso y acceso de la forma más autónoma y natural posible para todas

las personas: refuerzo de la señalización de los espacios y asientos reservados, mensajes cortos y comprensibles, pictogramas fácilmente identificables, incremento de información acústica, mayor presencia de personal de asistencia en los servicios, etc. Pero además de implementar medidas dirigidas a las personas con discapacidad, consideramos fundamental recurrir a campañas de sensibilización generales dirigidas a la totalidad de usuarios en el sentido de fomentar un uso cívico y considerado de las instalaciones, promoviendo una convivencia respetuosa y amable de la diversidad humana, con mensajes orientados a concienciar a la totalidad del pasaje: “ayúdanos a ayudar”.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALCAÍN MARTÍNEZ, E. *Legislación sobre discapacidad en España*. Pamplona. Editorial Thomson-Aranzadi. 2005.
- DE ASÍS ROIG, R. (2013). *Sobre la accesibilidad universal. Conferencia Internacional sobre los cinco años de vigencia de la Convención*. Universidad Carlos III de Madrid. 6 y 7 de mayo de 2013.
- DE LORENZO GARCÍA, R. *Discapacidad, sistemas de protección y trabajo social*. Madrid. Alianza Editorial SA. 2007.
- DÍAZ VELÁZQUEZ, E. y GARCÍA GARCÍA-CASTRO, C. *Estudio integral sobre la accesibilidad a los transportes públicos*. Madrid. Real Patronato sobre Discapacidad. 2014.
- GARCÍA VEGA, M. Á. “Las calles suspenden en accesibilidad”. En: *El País*. 20 de septiembre de 2019.
- HERNÁNDEZ GALÁN, J. “Accesibilidad universal y diseño para todos”. En: *Arquitectura y urbanismo*. Madrid. Ediciones de Arquitectura. 2011.
- _____. “La accesibilidad universal como presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales”. En: *Lectura complementaria del Módulo VI, Políticas Sectoriales sobre Discapacidad*, del master en discapacidad, autonomía personal y atención a la dependencia (6.ª edición). Madrid. UIMP y Fundación Derecho y Discapacidad. 2019.
- IDEMCITY. *Estudio sobre el índice de movilidad sostenible de las ciudades españolas*. 2020.
- JIMÉNEZ LARA, A. “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”. En: *Tratado sobre discapacidad*, Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez (Dir.). Pamplona. Editorial Thomson-Aranzadi. 2007.
- JUNCÁ UBIERNA, J. A. La accesibilidad universal de los modos de transporte. En: *España. Problemática actual, principales avances y retos de futuro*. Real Patronato de la Discapacidad. 2012.

- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. *Derechos fundamentales y discapacidad*. Madrid. Grupo Editorial Cinca. 2015.
- MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL. *Estudio de accesibilidad de los bienes y servicios a disposición del público en España*. Madrid. Real Patronato de la Discapacidad. 2017.
- _____. *Estudio de accesibilidad universal en espacios públicos urbanizados y en la edificación en España*. Madrid. Real Patronato de la Discapacidad. 2017.
- MIRALLES GUAS, Carme. *Ciudad y transporte: binomio imperfecto*. Barcelona. Editorial Ariel. 2002.
- MIRANDA ERRO, J. *La accesibilidad universal y su gestión como elementos imprescindibles para el ejercicio de los derechos fundamentales*. Madrid. Grupo Editorial Cinca. 2016.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud*. Madrid. INSERSO. 2001.
- _____. *Informe mundial de la discapacidad*. 2011.
- PALACIOS RIZZO, A. *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid. Grupo Editorial Cinca. 2008.
- PÉREZ BUENO, L. C. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*. Valencia. Tirant lo Blanc. 2015.
- SABORIT, N., IGLESIAS, M., VALDIVIA, B., ESCURICHUELA, I., ORTIZ, S. y ROCO, J. *Derecho a la ciudad metropolitana en el marco de la nueva agenda urbana y la agenda 2030*. Barcelona. Fundació Universitat Oberta de Catalunya. 2018.
- TAPIA GÓMEZ, M. C. “La ciudad para quién. Desafíos de la movilidad a la planificación urbana”. En: *Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales*. Barcelona. Universidad de Barcelona. 2018.
- VERDUGO ALONSO, M. Á. y SCHALOC, R. L. *Discapacidad e inclusión. Manual para la docencia*. Salamanca. Amarú Ediciones. 2013.
- WOYKE, E. “Las Smart Cities, la nueva pesadilla de las personas con discapacidad”. En: *Technology review*. 2019.

Normas y páginas web

- España. *Ley de integración social de los minusválidos*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado el 7 de abril de 1982. Núm. 13.
- España. *Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado en 2 de diciembre de 2003. Núm. 51.

España. *Ley por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado en 26 de diciembre de 2007. Núm. 49.

Nueva York. *Convención internacional de derechos humanos para las personas con discapacidad*. Publicada por la Organización de Naciones Unidas en 13 de diciembre de 2006.

España. *Real Decreto por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado en 23 de noviembre de 2007. Núm. 1544.

Cataluña. *Decreto de creación, denominación y determinación del ámbito de competencia de los departamentos de la Administración de la Generalidad de Cataluña*. Publicado por el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña en 27 de diciembre de 2010. Núm. 200.

España. *Real decreto Legislativo por el que se aprueba la Ley General de la Discapacidad y de la Inclusión Social*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado en 23 de noviembre de 2013. Núm. 1.

Cataluña. *Ley catalana de accesibilidad*. Publicada en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña en 4 de noviembre de 2014. Núm. 6742.

AENOR *certificación accesibilidad universal. Criterios DALCO y sistemas de gestión de la accesibilidad*. Publicada en 2007. Núm. UNE 170001.

Barcelona. *Plan de movilidad urbana de Barcelona 2013-2018*. Aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona en 27 de marzo de 2015.

Agenda Urbana Española www.aue.gob.es

Comité Estatal de Representantes de Personas con Discapacidad: www.cermi.es

Instituto Nacional de Estadística: www.ine.es

Observatorio Estatal de la Discapacidad: www.observatoriodeladiscapacidad.es

Real Patronato de la Discapacidad: www.rpd.es

Transports Metropolitans de Barcelona: www.tmb.cat

Ana Belén Sevillano Pérez

Técnico de programas de Plena Inclusión Castilla y León

Licenciada en Derecho. Diplomada en Educación Social. Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia.

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL NUEVO MODELO DE APOYOS EN EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES*

THE PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE NEW SUPPORT-IN-THE-DECISION-MAKING-PROCESS MODEL

SUMARIO: Introducción. –1. El art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la necesidad de la reforma del sistema español. –2. El modelo de apoyos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. –3. El modelo de apoyos en la Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. –4. Las salvaguardias en el modelo de apoyo y su plasmación en la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad; 4.1. Definición de las salvaguardias en la Convención; 4.2. La incorporación de las salvaguardias en la Ley 8/2021; 4.3. Valoración. –5. Conclusiones. –Bibliografía.

RESUMEN

Este Trabajo Fin de Máster analiza las salvaguardias que establece el modelo de apoyos de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad para un co-

* Recibido el 7 de abril de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

recto tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Además analiza el grado de desarrollo de estas garantías a lo largo de la de Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad aprobado en el Congreso el pasado 2 de junio de 2021.

ABSTRACT

This Master's Thesis analyzes the safeguards established by the support model of the Convention on Human Rights for People with Disabilities, for a correct management of their legal capacity. It also analyzes the degree of development of these guarantees throughout the 8/21 Law reforming the civil and procedural legislation on disability, approved in the Congress the 2nd of June 2021.

Palabras clave: Abuso, apoyos, capacidad jurídica, conflicto de intereses, derechos, garantías, intereses, preferencias, proporcionalidad, revisión, salvaguardias, toma de decisiones.

Keywords: Abuse, supports, legal capacity, conflict of interest, rights, guarantees, interests, preferences, proportionality, review, safeguards, decision-making.

INTRODUCCIÓN

La Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad supone el primer paso para la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Naciones Unidas en 2006, en lo referido al proceso de toma de decisiones y la incorporación del modelo social de discapacidad a algo tan relevante como es el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta reforma abre una serie de interrogantes sobre la posible “desprotección” que puede conllevar pasar de un modelo de sustitución en la toma de decisiones a uno de apoyos que garantice el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad.

En este trabajo pretendemos analizar someramente las novedades que plantea esta reforma para, desde el análisis objetivo, valorar las respuestas con las que ya cuenta la propia reforma de cara a proteger posibles abusos que pudieran realizarse a este colectivo más vulnerable en algunos supuestos. Este análisis parte de las salvaguardias que plantea la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su reflejo en la Ley 8/2021, como garantía para su protección.

Vamos a estudiar algunas garantías que recoge también la Ley, dotando de protección a los destinatarios de estas medidas de apoyo, sin que estuvieran recogidas en el articulado de la Convención, aunque han sido aconsejadas en los diversos Informes y Observaciones de órganos de Naciones Unidas como el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad o la Relatora Especial sobre Discapacidad.

1. EL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA NECESIDAD DE LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL

Han pasado ya 12 años desde que España ratificara esta Convención y se incorporara como parte de nuestro ordenamiento jurídico, como establece el art. 96 de la Constitución Española, siendo por tanto de obligado cumplimiento. Además, el propio dictado de la Convención establece en su art. 4 que los Estados Parte realizarán las adaptaciones normativas para promover el ejercicio de los derechos establecidos en ella. La adaptación ha supuesto un esfuerzo importante¹ y, a la vez, ha permitido modificaciones sustanciales en cuestiones que permitían, antes de estas reformas, la consideración de las personas con discapacidad como ciudadanos de “segunda”. En esta línea es claro el ejemplo de la privación del derecho al sufragio establecido en más de 100.000 sentencias de modificación de la capacidad en nuestro país.

A pesar de todos estos cambios, una de las cuestiones que ha quedado pendiente ha sido la adaptación del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención que regula las cuestiones relacionadas con el ejercicio de la capacidad jurídica.

Esta falta de adaptación la puso de manifiesto el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en sus Observaciones Finales de 2011² recomendando la revisión de las leyes para reemplazar el sistema de sustitución por uno de apoyos y, de manera mucho más contundente, al no producirse cambios suficientes, en la Observaciones Finales de 2019³ que recomiendan la derogación de las disposiciones legislativas discriminatorias, recordando asimismo lo establecido en la Observación General número 1 de 2014 sobre el igual reconocimiento de las personas ante la ley⁴.

¹ Ejemplo de estos cambios es la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención, la modificación de la legislación sanitaria para regular el derecho a la información en formatos adecuados, la de la Ley de Propiedad Horizontal en relación con la accesibilidad, normas en materia de empleo, de protección civil, la Ley del jurado o la restitución del derecho de voto. Para un análisis más exhaustivo de estos cambios legislativos hemos consultado Pérez Bueno, L. C. y de Lorenzo, R. (2016).

² Comité de Derechos de las Personas con discapacidad 2011: párr. 34.

³ Comité de Derechos de las Personas con discapacidad 2019: párr. 23.

⁴ Comité de Derechos de las Personas con discapacidad, 2014. Se reconoce a lo largo de toda la exposición y hace mención directa en el párr. 11.

Para desarrollar estas Observaciones el Comité toma como base los informes emitidos por los Estados Parte; dichos informes son los que permiten deducir al Comité que no se ha entendido el alcance del art.12. Las Observaciones plantean claramente que se debe desarrollar el modelo de derechos humanos y pasar de un sistema de sustitución en el proceso de toma de decisiones a uno de apoyos. No es suficiente con un cambio en la terminología utilizada, sino que debe darse un cambio real de paradigma.

En España hasta el momento lo que se ha producido ha sido un cambio en la forma, pero no en el fondo del asunto, al denominarse el proceso como de “modificación de la capacidad” en la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, en vez de la denominación de “incapacitación” utilizada hasta entonces. Pero, en todo caso, se sigue permitiendo la limitación o privación de la capacidad de obrar y, se sigue contemplando la tutela como mecanismo de sustitución en la toma de decisiones, a la que se recurre mucho más que a la curatela, que puede ser entendida como un mecanismo de apoyo o asistencia.

Además, se ha estado produciendo un abuso de sentencias tipo en las que se desarrollaba exactamente igual el alcance de la tutela, restringiendo determinados derechos de ámbito personal y patrimonial a todas las personas con discapacidad, sin valorar las diferencias entre las personas y entre las situaciones de discapacidad. No obstante, es importante tener en cuenta que a partir de 2009 la Sala Primera del Tribunal Supremo comenzó a hacer referencia a la flexibilidad de la tutela y la conveniencia de graduar la modificación de la capacidad en las Sentencias 341/2014 y 244/2015 respectivamente. De hecho, en la Sentencia de 341/2014 aparece textualmente la consideración de la incapacitación como un “traje a medida” y no como algo rígido⁵. Además, esta jurisprudencia aconseja dar prioridad a la curatela sobre la tutela, solución seguida por los Juzgados de Familia en gran medida.

En todo caso, desde el modelo de la Convención, la discapacidad no puede ser nunca una razón para privar o limitar la capacidad jurídica. La capacidad se tiene por el hecho de ser persona y, por ello, no puede restringirse ni modificarse. Ni siquiera excluye esta norma a personas con grandes necesidades de apoyo, cuya capacidad cognitiva y de toma de decisiones puede parecer nula; en estos casos el apoyo tendrá que ser especialmente intenso y seguirá teniendo en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona. La Observación General 1 de 2014 explicita que la capacidad jurídica hace referencia a todos los aspectos de la vida, incluyendo la capacidad de ser titular

⁵ Para una mejor profundización en el alcance de estas sentencias recomendamos el trabajo de Guilarte Martín-Calero, C., 2016.

de derechos y la de actuar en derecho.⁶ Indica esta misma Observación General 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”*.⁷

El art. 12.2 de la Convención señala que *“las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*. Este reconocimiento de la capacidad jurídica por parte de la Convención incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos como la de ejercerlos (esto es lo que en España se llama capacidad jurídica y capacidad de obrar). La capacidad de obrar ha sido la que habitualmente se ha limitado o denegado a las personas con discapacidad, lo que les impide realizar actos con transcendencia jurídica y ejercer sus derechos fundamentales.

El Informe 37/56 de la Relatora Especial sobre Discapacidad⁸ indica, que el derecho al igual reconocimiento como persona ante la Leyes un atributo universal, inherente al ser humano, por lo que negar a una persona su legitimación para actuar también afectará a su condición como persona ante la ley. En este mismo Informe, se reconoce que a las personas con discapacidad se les ha restringido habitualmente su capacidad jurídica por sufrir algún tipo de dolencia o deficiencia, con criterios basados en su condición, o por haber tomado alguna decisión considerada poco adecuada basándose en los resultados o por considerar con criterios funcionales que su aptitud para tomar decisiones es deficiente. La negación de la capacidad jurídica provoca que las personas no tengan control sobre aspectos importantes de su vida, al sustituirse su proceso de adopción de decisiones a través de figuras como la tutela o la curatela. Siguiendo esta misma línea argumental la Observación General 1 plantea que el art. 12 no permite negar la capacidad jurídica de modo discriminatorio, basándose ni en el modelo de estatus, ni en el modelo de resultados, ni en el modelo funcional, sino que exige que se proporcionen apoyos para su ejercicio⁹. En este sentido el art. 12.3 de la Convención dispone que *“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”*.

La Convención no solo reconoce la discapacidad como objeto de protección social, sino que da un paso más, y vela por la autonomía vital y jurídica de las personas con

⁶ Comité de Derechos de las personas con discapacidad 2014 párr. 11.

⁷ Comité de Derechos de las personas con discapacidad 2014: párr. 8.

⁸ Relatora Especial sobre Discapacidad 2017: párr. 14 y ss.

⁹ Comité de Derechos de las personas con discapacidad, 2014: párr. 15.

discapacidad e insta a los Estados parte a proporcionar los apoyos para conseguir y potenciar esa autonomía. Estos dos elementos –velar por la autonomía y proporcionar apoyos– concretan el alcance del art. 12. Los apoyos, que nunca pueden implicar sustitución en la toma de decisiones, deben configurarse en sentido amplio, y van desde el acompañamiento amistoso, el consejo, el otorgamiento de poderes, hasta los apoyos en la comunicación o la accesibilidad eliminando barreras arquitectónicas. Incorpora los apoyos oficiales y los oficiosos de los que habla la Relatora en su Informe¹⁰.

Por su parte, el art. 12.4 se refiere a las salvaguardias del modelo de apoyo en la toma de decisiones, que desarrollaremos con especial detalle más adelante, cuando establece que *“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”*.

Esta forma de resolver las dificultades que algunas personas con discapacidad pueden encontrar a la hora de tomar decisiones y ejercer su capacidad jurídica que plantea la Convención es una concreción más del paso del modelo médico, de explicación de la discapacidad al modelo social.¹¹ El modelo médico diferenciaba entre capacidad jurídica, reconocida a todas las personas, y capacidad de obrar, en la que introduce restricciones y limitaciones en las personas con discapacidad al considerar que sus déficits individuales les impiden ejercer sus derechos por sí mismas y asumir obligaciones. Además el modelo médico no incorporaba la perspectiva de los derechos de las personas, cuando consideraba la limitación de la capacidad como una forma de protección de estas. Esta visión seguía un modelo paternalista de atención en el que las personas con discapacidad se consideran ciudadanos de segunda. Planteaba que las personas deben adaptarse a los derechos y no los derechos a las personas, y establecía restricciones no sólo en la esfera patrimonial, sino también en la esfera política, ciudadana y

¹⁰ Relatora Especial sobre Discapacidad, 2017: párr. 27.

¹¹ Los hitos y nuevos modelos que incorpora la Convención los recogen De Lorenzo, R. y Palacios, A. en Pérez Bueno, L. C. y de Lorenzo, R. (2016).

personal. En el modelo social que propugna la Convención, la discapacidad no se genera como producto de las características particulares de las personas o de un diagnóstico, sino que se genera principalmente por el diseño uniforme de la sociedad que impide la inclusión de las personas con discapacidad. Desde la perspectiva que abre este modelo, las dificultades en la toma de decisiones y ejercicio de la capacidad tienen que ver también con barreras sociales y actitudinales y no sólo con la condición individual de las personas. Debemos detenernos y contemplar la singularidad de cada persona, y observar las capacidades y necesidades que subyacen para que puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones.

Precisamente, como antes se dijo, la visión del modelo médico es la que tenemos en España y que pretende cambiarse con la aprobación el pasado 3 de junio de la Ley 8/2021 para la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Con este texto el legislador español se plantea realizar una reforma integral que incorpora el modelo social de explicación de la discapacidad y aborda un nuevo sistema de apoyos en el proceso de toma de decisiones de las personas con discapacidad que da respuesta a las reivindicaciones que los movimientos asociativos de la discapacidad llevan años promoviendo y que, el Comité de Naciones Unidas, ha señalado como una asignatura pendiente. En lo que sigue se analizarán con más detalle los rasgos del modelo de apoyo en la Convención y los elementos básicos del sistema de apoyo que plantea la Ley, para centrarnos después en la cuestión de las salvaguardias.

2. EL MODELO DE APOYOS EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El art 12.3 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad recoge la obligación de los Estados Parte de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo preciso para el ejercicio de la capacidad jurídica. Así lo recuerda también la Observación General del Comité de Discapacidad de 2014¹² y el Informe 34/58 de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Convención no especifica cómo debe ser el apoyo, cuántas personas pueden ser apoyo, cómo debe establecerse, ni su intensidad. La Relatora Especial sobre Discapacidad, en su Informe 34/58 de diciembre de 2016, aporta una definición de apoyo como *“acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar actividades cotidianas y participar en la sociedad”*¹³. Los apoyos se configuran como una

¹² Comité de Derechos de las personas con discapacidad (2014) párr. 16 y ss.

¹³ En García Medina, J. (2018).

obligación del Estado para que puedan desempeñar las personas con discapacidad sus actividades cotidianas y puedan participar en la sociedad¹⁴. Esto abre un debate ajeno a este trabajo sobre cómo se pueden exigir si no se proporcionan estos apoyos. Según la Relatora los cuatro elementos esenciales de la obligación de prestar apoyos son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y elección y control¹⁵.

El apoyo en la toma de decisiones se configura y describe dentro del sistema de apoyos general que establece la Convención como mecanismo para favorecer la adopción de elecciones y que tengan efectos jurídicos. Engloba los oficiales y los officiosos, incluso refiere como apoyo también las medidas relacionadas con la accesibilidad universal reconocida en el art. 9 de la Convención y la utilización de medios de comunicación no convencionales. En todo caso, un medio de apoyo muy relevante es precisamente la asistencia o ayuda de una tercera persona en el proceso de toma de decisiones.

La falta de diseño de los apoyos en la Convención deja abierto que sean las legislaciones nacionales las que establezcan los mismos. No obstante, del conjunto de la Convención podemos extraer unos rasgos básicos que caracterizan el sistema de apoyos, frente a los modelos de sustitución, sistematizados por P. Cuenca¹⁶ como sigue:

- 1) Gradual: Propone una convivencia entre el modelo de apoyos y el de sustitución durante un tiempo, a fin de poder acomodar las situaciones existentes con las que se irán creando. Entendemos que sería muy poco realista plantear que a la entrada en vigor de la reforma de legislativa todas aquellas personas que se encuentren sometidas a una tutela pasen directamente al sistema de apoyos. Este necesita de un tiempo para valorar lo mejor para cada persona y, además, debe incorporar múltiples actores, instrumentos de apoyo, tecnologías de la comunicación que precisan un tiempo de *impasse* en el que se vayan revisando sentencias y adaptando las tutelas y curatelas existentes a lo planteado en la ley.
- 2) Complejo: Como ya hemos dicho, no se trata de cambiar la denominación. Es importante crear y articular estas figuras de apoyo. En el modelo australiano de apoyos se plantea incluso que formen parte de la cartera de servicios que se ofrezca a las personas dependientes, lo cual implica reformas también en las regulaciones de Servicios Sociales¹⁷. Será necesario dotar a los apoyos de esta-

¹⁴ Relatora Especial sobre Discapacidad, 2016: párr. 29.

¹⁵ Relatora Especial sobre Discapacidad, 2016: párr. 49 y ss.

¹⁶ Cuenca Gómez, P. (2014).

¹⁷ Office of the public Advocate South Australia. (June 2011).

tus legal; tener en cuenta acciones preventivas y protocolos para evitar posibles abusos; establecer disposiciones normativas que garanticen la capacitación tanto de los apoyos como de las propias personas con discapacidad a las que se ha enseñado durante todo este tiempo a asumir las decisiones que otros toman por ellos y ahora deberán ser ellos quienes las tomen; establecer recursos materiales, humanos, financieros que permitan una correcta implantación del nuevo sistema.

- 3) Necesario y proporcional: Las medidas de apoyo no podrán exceder de lo que precisa la persona con discapacidad. Las aportaciones jurisprudenciales han utilizado desde hace tiempo la expresión de “traje a medida” al plantear que el apoyo debe ajustarse a lo que la persona desee y necesite.

Han de ser suficientes para que con ese apoyo pueda ejercer su capacidad jurídica la persona en plenitud de condiciones. Abarca tanto las medidas preventivas, tomadas por el propio interesado antes de que surja la necesidad de apoyo, como las reactivas, cuando aparece la necesidad y la persona no había determinado nada al respecto.

- 4) Diverso: Que permita adaptarse a cada individuo y sus necesidades, teniendo en cuenta el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. Es muy probable que para un tipo de acto se prefiera el apoyo de una persona, por tener mayor criterio o conocimiento en una materia, como puede ser la patrimonial, y en otro aspecto más personal se prefiera el apoyo de otra. En los procesos no acompañados de toma de decisiones no preguntamos a las mismas personas sobre todo lo que tenemos que decidir.

- 5) Respetuoso con los deseos, preferencias y voluntad de las personas: Incorporando que la propia persona elija a sus apoyos como un elemento más de respeto a sus preferencias y a su voluntad. Esta es una de las características que la Convención ha enfatizado constantemente como primordial para pasar de la sustitución al apoyo. Parece que el texto de la propia Convención se aleja del concepto de “mejor interés de la persona” que ha fundamentado los modelos de sustitución en el proceso de toma de decisiones. Esta voluntad debe respetarse tanto en la determinación de quién será el apoyo, como en los límites y directrices que deben seguir los designados para suministrar este apoyo, incluso llegando a interpretar lo que habría sido la voluntad del apoyado. En ningún lugar del texto se hace referencia al mejor interés o interés superior de la persona con discapacidad. Se entiende, como regla general, que solo la persona con discapacidad puede decidir cuál es su interés y, reconoce el derecho a equivocarse como todas las demás. Como plantea la profesora P. Cuenca¹⁸ “el concepto de

¹⁸ Cuenca Gómez, P. (2014).

“normalidad” se refiere a la mayoría de personas que adoptan decisiones de manera interdependiente, condicionadas por el contexto social, económico, etc., buscando el apoyo y consejo de los demás y tomando decisiones no siempre de manera “racional” ni escogiendo las opciones para su “mejor interés”. Muchas personas en la comunidad, incluidas en ese marco de normalidad, tienen dificultades para tomar decisiones, aunque esto a menudo no se reconoce. Sin embargo, a las personas con discapacidad muchas veces se les pide que demuestren su capacidad para tomar decisiones clave, cuestión no planteada a los miembros de la población general. Esto se ha visto claramente en el argumentario utilizado para restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo. Se pedía que demostraran capacidad suficiente para votar, cuando a nadie, en otras circunstancias, se le pregunta nada en este sentido, produciéndose una clara discriminación. La Observación General 1 establece de manera muy concreta que el apoyo en la capacidad jurídica debe respetar la voluntad y preferencias de la persona y nunca decidir por ella¹⁹. Asimismo, las salvaguardias, que desarrollaremos más adelante, parten del respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

- 6) Abierto: Que posibilite ofrecer apoyos a todas las personas con discapacidad con independencia del tipo y grado de discapacidad del que estemos hablando. Cada persona con discapacidad es distinta, como lo somos todas las personas en general. Y las personas con grandes necesidades de apoyo también pueden expresar sus intereses y preferencias, más hoy en día con los avances tecnológicos que innovan continuamente y permiten nuevas formas de comunicación y relación.
- 7) Amplio: Referido a todos los aspectos de la vida: patrimoniales, de salud, afectivos. Además, deberán establecerse para el tiempo que sean necesarios, por lo que procederá la revisión de estos apoyos para poder adaptarlos, bien sea ampliándolos o reduciéndolos.
- 8) Presidido por los derechos: Como plantea el Comité en la Observación General²⁰ el apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Las personas con discapacidad deben contar con apoyo para ejercer el derecho al voto, de acceso a la justicia, a contraer matrimonio, a decidir sobre tratamientos médicos, etc. En todo caso, y dada la relevancia de la materia afectada, deben establecerse especialmente en este ámbito garantías adecuadas. Incluso plantea respetar la decisión de la persona con discapacidad de no disponer de apoyos.

¹⁹ Comité de Derechos de las personas con discapacidad (2014) párr. 17.

²⁰ Comité de Derechos de las personas con discapacidad (2014) párr. 27.

3. EL MODELO DE APOYOS EN LA LEY 8/2021 POR EL QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

La Ley aprobada el pasado 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, regula las medidas de apoyo que precisen las personas mayores de edad o emancipadas para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica cuando existe o puede existir una discapacidad que pudiera limitar este proceso de manera autónoma: discapacidad intelectual o del desarrollo, discapacidad psicosocial y todas aquellas que limitan el proceso de toma de decisiones. Como se abordará más adelante los apoyos van desde los necesarios sobre aspectos patrimoniales a los estrictamente personales como es el caso de los vinculados a la salud, domicilio, afectivos, etc.

El modelo la Ley está inspirado en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales.

La nueva regulación plantea la eliminación de la incapacitación y que la tutela sea sólo la figura de referencia cuando hablamos de menores de edad, estableciendo un modelo nuevo para los mayores de edad con necesidad de apoyos. Esta diferenciación la ha querido plasmar claramente el legislador al regular de manera separada la Tutela y las figuras de apoyo a menores en el Título IX “De la tutela y guarda de menores” y las medidas para los mayores de edad en un Título XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

La Ley regula de manera específica algunas cuestiones referidas a discapacidades sensoriales o físicas que también precisan de apoyos concretos, fundamentalmente relacionadas con la accesibilidad física y documental y con aspectos relacionados con las mayores necesidades económicas que puedan precisar estas personas.

Para adaptar nuestro sistema a la Convención, es necesario restringir en su totalidad el modelo de modificación de la capacidad existente, por cuanto que anula el ejercicio de la capacidad de obrar otorgándosela a un tercero. Plantea la Ley la posibilidad de convivencia de ambos modelos al establecer el procedimiento judicial con los trámites previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que pueden instar quienes tengan modificada la capacidad según el modelo actual tras la aprobación de la reforma para adaptarse a las nuevas figuras de apoyo. Se puede solicitar en cualquier momento esta revisión, contando la autoridad judicial con un año para resolver esta solicitud. En caso de no existir solicitud, se resolverá de oficio en un plazo máximo para de tres años (Disposición transitoria quinta).

Asimismo, se necesita un marco legal flexible que permita que se cuente con los apoyos necesarios y específicos para cada persona en función de sus necesidades y circunstancias. Las medidas de apoyo que se establezcan deben asistir en la toma de decisiones y garantizar el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias. Se ajustarán a los principios de proporcionalidad y necesidad, y procurarán que la persona con discapacidad tome sus propias decisiones, informándola, ayudándola en la comprensión y el razonamiento de las cuestiones sobre las que tenga que decidir, y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Quienes presten los apoyos fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

La Ley señala que solo se establecerán apoyos por vía legal o judicial cuando la voluntad de la persona sea insuficiente. De esta forma, se establecen también y se da prioridad a las medidas preventivas de naturaleza voluntaria para que cualquier persona mayor de edad o emancipada pueda prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. Estas medidas previas serán preferentes en el momento de llegar a su determinación en sentencia judicial. Recoge la Ley, asimismo, previsiones para los casos en que un menor de edad pueda precisar apoyo al alcanzar la mayoría de edad.

La Ley recoge en el nuevo art. 250 del Código Civil, tres instituciones de apoyo para las personas mayores de edad o emancipadas para el ejercicio de la capacidad jurídica: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

- Guardador de hecho es definido en el propio art. 250 como “la medida informal de apoyo que puede existir cuando no existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente”. Consiste en un mecanismo de apoyo a la persona con discapacidad en su entorno natural más cercano, normalmente la propia familia, al que se da estabilidad casi como figura principal de apoyo. Se plantea la posibilidad de recibir un reconocimiento judicial para poder realizar actos que necesiten acreditar la representación (art. 264). Es un mecanismo de apoyo que cuenta con la aceptación tácita de la persona del que se recoge también la posibilidad de ponerle fin, en el nuevo art. 267 que propone la Ley.
- La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado y se trata de un apoyo permanente establecido en vía judicial. La finalidad de la institución es la asistencia, el apoyo y la ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir, en lo posible, las actuaciones de naturaleza representativa. Se constituye por la autoridad judicial y su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolu-

ción judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo. La persona con discapacidad podrá solicitar su extinción a través de un incidente de modificación de las medidas de apoyo.

Regula la Ley la autcuratela, de la persona mayor de edad o menor emancipada, que puede recoger en escritura pública sus preferencias, en caso de necesitar curador en un futuro, así como las personas a las que excluye de tal cargo, como quiere que se lleve a cabo dicha curatela. Estas disposiciones previas serán de obligado cumplimiento para el Juez al constituir la curatela.

- El defensor judicial será nombrado cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente. Se plantea por algunos autores como la figura ideal para atender a situaciones excepcionales de abuso por parte de otros apoyos, o para las personas que no desean una figura de apoyo permanente.

La Ley pivota el proceso para proveer de apoyos a las personas con discapacidad en el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, lo cual supone un cambio sustancial, incorporado por el legislador tras el proceso de consulta abierto en septiembre de 2018. Este procedimiento es más ágil que el contencioso, por lo que supondrá una mayor facilidad para establecer y realizar los cambios necesarios en los apoyos.

4. LAS SALVAGUARDIAS EN EL MODELO DE APOYO Y SU PLASMACIÓN EN LA LEY 8/2021 POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Uno de los elementos esenciales del modelo de apoyo establecido en la Convención es que tiene que contar con determinadas salvaguardias.

Según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), las salvaguardias son sinónimo de custodia, amparo, garantía. Entendemos que cualquier aspecto que sirve de garantía o custodia algo, es una protección especial, y en el caso de los apoyos en el proceso de toma de decisiones de las personas con discapacidad, la protección viene determinada por la propia Convención en el art. 12.4 al definir cuáles son estas garantías que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer las figuras de apoyo.

Como decíamos en la introducción, esta nueva situación de apoyo a la voluntad de las personas con discapacidad sin sustituir la misma, abre cierta inseguridad, sobre todo en el entorno familiar de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo y/o discapacidad psicosocial. Pasar de la sustitución en el proceso de toma de decisio-

nes, característico de un sistema paternalista que promueve actitudes muy protectoras, a un sistema de apoyos en el que prima la voluntad de la persona es algo que, en la práctica, genera miedo a que se produzcan situaciones de desamparo. En este punto queremos ofrecer una breve presentación de las protecciones con las que cuentan las personas por la configuración de estos apoyos en el propio ordenamiento jurídico, que permitirán una respuesta eficaz a esta posible mala praxis que podría existir.

Creemos que incluir a las personas con discapacidad en la sociedad también implica hacerlos partícipes de los mecanismos de protección con que cuenta el ordenamiento jurídico. Para que todas estas acciones puedan funcionar de manera correcta, será necesario realizar ajustes en el procedimiento de provisión de apoyo a los que haremos mención más adelante en este trabajo. Hace falta, por tanto, un abordaje integral desde las distintas instituciones y procedimientos para conseguir que el nuevo sistema sea eficaz.

4.1. Definición de las salvaguardias en la Convención

Surge un debate inicial sobre lo que son las salvaguardias al entender algunos autores que lo que plantea el art. 12.4 de la Convención son alternativas a los apoyos, una especie de mecanismos complementarios, que podrían llegar a incluir la sustitución en el proceso de toma de decisiones. Siguiendo el análisis que realiza Martínez-Pujalte²¹, las salvaguardias son un elemento de los apoyos, no un complemento. El tenor del art. 12.4 de la Convención parte de lo establecido en el apartado 3 en el que se configuran los apoyos como las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al ejercicio de su capacidad jurídica²². Por lo tanto, las medidas de apoyo deben incluir salvaguardias y no son las salvaguardias unas alternativas a los apoyos.

El art 12. 4 de la Convención establece que los Estados Partes incorporarán en su ordenamiento salvaguardias.

Para garantizar que las medidas de apoyo serán adecuadas y efectivas deben: 1) asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, 2) evitar que haya influencias indebidas en la toma de decisiones conflictos de interés y abusos; 3) asegurar que las medidas de apoyo que se planteen sean proporcionales y se adapten a las circunstancias de las personas, 4) revisarse periódicamente por parte del órgano judicial para ir las adaptando a la situación de la persona.

²¹ Martínez-Pujalte, A. L., (2020).

²² Comité de Derechos de las personas con discapacidad, 2014: párr. 20, establece que el art. 12.4 debe interpretarse en consonancia con el resto de apartados del artículo.

Las salvaguardias serán proporcionales al grado en el que las medidas afecten a los derechos e intereses de las personas, a medidas de mayor apoyo, salvaguardias más concretas.

El Informe de la Relatora 37/56 de 2017²³ propone acciones concretas que podrían incluir estas salvaguardias, como pueden ser la rendición de cuentas, mecanismos para impugnar la decisión de la persona encargada del apoyo, incluso asegurar el acceso a asesoramiento independiente por parte de la persona con discapacidad para reducir el riesgo de influencias indebidas. Plantea además que las salvaguardias tienen por objeto proteger a las personas en la prestación de apoyo, no impedirles que tomen decisiones ni protegerlas de la posibilidad de asumir riesgos o de equivocarse.

4.2. La incorporación de las salvaguardias en la Ley 8/2021

1) Asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas

El objetivo principal de las salvaguardias es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona destinataria de los apoyos como rasgo básico del modelo de apoyo.²⁴ Se plantea incluso que cuando sea difícil conocer el alcance de la voluntad de la persona, se sustituirá el concepto de “interés superior” por “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”²⁵ al entender que el interés superior no es una salvaguardia que cumpla con lo establecido en el art. 12 para los adultos.

En la Ley el respeto de la voluntad de las personas susceptibles de recibir apoyos se recoge de manera explícita en el art. 249 párr. 2.º dentro de las Disposiciones Generales que regulan el modelo de apoyos en la toma de decisiones cuando establece que *“Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera.*

El párrafo tercero de este artículo recoge que, incluso si tras intentar conocer esta voluntad, preferencias e intereses haciendo un esfuerzo considerable, esto no es posible, se tendrá en cuenta, para ejercer las funciones de apoyo, la trayectoria vital de la persona, sus creencias y valores y los factores que ella hubiera tomado en considera-

²³ Relatora Especial sobre Discapacidad, 2017: párr. 30.

²⁴ Comité de Derechos de las personas con discapacidad, 2014: párr. 20 y Relatora Especial de discapacidad, 2017: párr. 30.

²⁵ Comité de Derechos de las personas con discapacidad, 2014: párr. 21.

ción, previsión que refleja el principio de mejor interpretación de la voluntad y las preferencias.

Esta protección se refuerza al permitir al Juez que establezca las medidas que considere necesarias para que los apoyos atiendan a la voluntad y los deseos de la persona.

Reitera esta garantía el art. 250, al establecer que la función de las figuras de apoyo es asistir a la persona con discapacidad en lo que sea necesario y respetando estos principios.

En la regulación del establecimiento de estas medidas si se prevé que el menor de edad va a necesitarlas al alcanzar la mayoría de edad se dará participación al menor y se establece nuevamente el respeto a su voluntad y preferencias.

Además, cuando regula el art. 268 las medidas tomadas por la autoridad judicial, por falta de previsión previa al definir la curatela, establece que en todo caso respetarán la voluntad, preferencias y deseos del curatelado.

También, recoge el art. 270 la Ley, que la autoridad judicial establecerá las medidas de control que considere necesarias, para poder garantizar el respeto a la voluntad y a las preferencias de las personas, que precisen apoyo. Cuando no exista previsión de apoyo, se tendrá en cuenta –en el momento de fijar el apoyo– las preferencias de la persona sobre quien puede prestar dichos apoyos (art. 271). Se establece un orden de prelación de curadores en el art. 276, que puede ser alterado después de oír a la persona. Si no está clara cuál es la voluntad de la persona, se elegirá a la que mejor pueda interpretar su voluntad y preferencias.

Se ha retirado en el texto legislativo aprobado el que fue art. 264 en el texto remitido al Senado para su aprobación que recogía esta salvaguardia, al establecer la no impugnación de actos realizados por el guardador de hecho, si responden a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Esta mayor cualificación de la voluntad no se ha incorporado en el texto definitivo aprobado en junio.

2) Evitar que haya abusos, conflictos de interés e influencias indebidas en la toma de decisiones

La propia Observación General²⁶ reconoce la existencia de una mayor vulnerabilidad de las personas con discapacidad ante posibles “influencias indebidas”, más aún

²⁶ Comité de Derechos de las personas con discapacidad, 2014: párr. 22.

cuando precisan el apoyo de una tercera persona para tomar decisiones. Considera la Observación que hay influencia indebida cuando “la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación”. Dicha protección ha de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, incluidos el derecho a equivocarse y a cometer errores.

También es necesario proteger a la persona con discapacidad contra los abusos y los conflictos de intereses.

Para conseguir esta protección el art. 265 de la Ley regula, aun cuando estemos ante un guardador de hecho, la posibilidad de establecer medidas individualizadas o de requerir que informe de su actuación si el Ministerio Fiscal o cualquier interesado lo considerasen pertinente, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Este mismo artículo establece la posibilidad de plantear la rendición de cuentas del guardador de hecho para evitar posibles injerencias inadecuadas por su parte.

También procede que el Ministerio Fiscal solicite información necesaria para garantizar el buen funcionamiento de la curatela, como dispone el art. 270.

La Ley recoge esta salvaguardia cuando plantea en el art. 272 la posibilidad de que el Juez o el Ministerio Fiscal no tengan en cuenta el curador propuesto por la persona, si percibe circunstancias graves desconocidas por la persona o alteración en las causas por las que se propuso esa persona. Esta decisión del Juez, que actúa como garantía, debe ser justificada pues contraviene el respeto a la voluntad de la persona.

Además, la posibilidad de establecer distintas personas para apoyar en ámbitos diferenciados, como dispone al regular la curatela en el art. 277, se puede considerar como una garantía de que no existan esas influencias indebidas. Y se plantea la posibilidad de ser removido en la curatela si la persona nombrada se conduce de manera inadecuada en el ejercicio de su responsabilidad, según señala el art. 278. En el caso de la curatela, se recoge expresamente el posible conflicto de intereses entre curador y la persona a la que se apoya, ofreciendo la posibilidad de nombrar un defensor judicial por parte del Letrado de la Administración de Justicia, previa audiencia de la persona apoyada para poder garantizar sus preferencias una vez más. (art. 283 y 295).

Para evitar los conflictos de interés, en la configuración general que realiza la Ley de los modelos de apoyo, el art. 250, establece que no podrán ser figuras de apoyo quienes, en virtud de relación contractual presten servicios a la persona.

Por otro lado, es causa de inhabilidad para ser curador tener un conflicto de interés como explicita el art. 275.3.2.º. A este artículo, además, se remite la Ley cuando hace referencia a las mismas causas de inhabilidad respecto al defensor judicial.

Una protección adicional que afecta a la posible actuación indebida en la curatela es la posibilidad de establecer una fianza al curador para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones (art. 284 de la Ley).

Un avance de la aprobada Ley 8/2021 ha sido la incorporación de la figura del facilitador en el art. 7 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, no recogido en los proyectos previos de manera explícita. Va a permitir que la persona con discapacidad esté acompañada por un profesional para que pueda entender y ser entendida, va a suponer una garantía adicional a todas las salvaguardas en general y a esta en particular.

3) Asegurar que las medidas de apoyo que se planteen sean proporcionales y se adapten a las circunstancias de las personas

La necesidad y la proporcionalidad de las medidas de apoyo están recogidas en el párrafo 1.º del art. 249 que regula las Disposiciones Generales aplicables a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

La curatela, que pasa a ser la figura de mayor intensidad en el apoyo a las personas con discapacidad, la plantea el legislador como la indicada cuando no exista otra medida suficiente reflejando esta salvaguardia de la adaptación de los apoyos a las circunstancias y necesidades de la persona. Parece que la voluntad del legislador ha sido dar continuidad a la guarda de hecho y solo buscar otras figuras de apoyo cuando no sea posible continuar con esta.

El art. 268 establece que las medidas tomadas por el juez serán proporcionadas a las necesidades y respetarán la máxima autonomía de la persona en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Además, la nueva regulación del art. 269 explicita que deben establecerse los supuestos en los que el curador puede ostentar la representación de la persona de manera muy determinada. Se concreta con esto la no sustitución en ejercicio de la capacidad jurídica, apoyo en la toma de decisiones y clara indicación de en qué cuestiones puede ejercer la representación, siendo la regla general la asistencia, entendiendo así incluida la salvaguardia de la proporcionalidad y la individualización de los apoyos.

En ningún caso podrá incluir la sentencia la mera prohibición de derechos de manera genérica.

4) Revisarse periódicamente por parte del órgano judicial para ir las adaptando a la situación de la persona

El art. 249, establece la posibilidad de que la persona precise menos apoyos en el futuro, dejando en este primer momento de la regulación abierta la “puerta” a la revisión de las medidas.

El art. 268 recoge la revisión general y aplicable en todos los supuestos, de las medidas en un plazo máximo de tres años, como garantía de adaptación de las mismas a las circunstancias que genera la discapacidad, que pueden hacer necesario un mayor o menor apoyo en función de su evolución. La revisión se realizará a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, lo cual facilitará mucho su tramitación conforme a lo dispuesto en la Ley 15/2015.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que recoge la Ley 8/2021 incluye la revisión periódica de las medidas que adopte el juez en la sentencia en el art 761 de la LEC.

4.3. Valoración

Tras este análisis de las disposiciones de la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en relación con la incorporación de las salvaguardias establecidas por la Convención, podemos concluir que la nueva regulación supone un avance e incluye bastantes elementos de protección, aunque hay algún elemento que precisaría de una mayor concreción.

En cuanto al establecimiento de garantías referidas a asegurar el respeto a la voluntad de la persona, es cierta la referencia en gran parte del articulado a este aspecto. Ahora bien, aunque en la Ley se limitan las posibilidades de representación, esta limitación podría haber sido más específica. Esta falta de concreción puede dar pie a un uso excesivo de esta figura. Más aún cuando se plantea la posibilidad de representación tanto en el apoyo realizado por el curador, como en la posibilidad de que el guardador de hecho (figura más informal en su definición) pueda recabar solicitud judicial para prestar él el consentimiento. La gran incidencia de la representación en la Ley ha sido analizada por la profesora Cuenca²⁷. Se corre el riesgo de poder convertir la curatela

²⁷ Cuenca Gómez, P., 2018.

con posibilidad de representación en un modelo cercano a la tutela vigente en la actualidad, con el consiguiente riesgo de seguir promoviendo figuras más cercanas a la sustitución que al apoyo en el proceso de toma de decisiones. La inclusión de la representación en actos apoyados por el guardador de hecho es un ejemplo más de este posible riesgo.

La Ley deja alguna sombra en cuanto al respeto a la voluntariedad real sobre todo en lo referente a la curatela y el defensor judicial, como indica el profesor Martínez-Pujalte²⁸. No recoge la posibilidad de que la persona se oponga expresamente a la provisión de apoyos, o la extinción de la curatela por solicitud de la persona con discapacidad.

En la última revisión de la Ley previa a su envío al Senado, se incluyeron más referencias a la protección de la persona frente a influencias indebidas concepto que estaba bastante ausente en la primera versión. Parece algo complicado, cuando hablamos de una persona con discapacidad intelectual o del desarrollo, que se caracteriza por manifestar una excesiva deseabilidad social, que vaya a remover a su figura de apoyo, aunque esta realice actividades indebidas. Es difícil equilibrar entre la autonomía y la protección frente a conflictos de intereses. Una opción interesante mencionada anteriormente que propuso la Relatora podría haber sido la incorporación de figuras de asesoramiento independiente a la persona con discapacidad, como elemento de garantía frente a influencias indebidas.

Podría haberse concretado, de manera más precisa, alguna figura que permitiera garantizar la detección de conflictos de intereses o de intervenciones indebidas realizadas por las figuras de apoyo. Las figuras de asesoramiento independiente, especializadas en materias diversas, como asesores financieros, fiscales para temas patrimoniales, laborales si hablamos de empleo, consejeros, terapeutas o coach respecto a cuestiones personales, podrían haber sido figuras externas de apoyo que habrían garantizado en mayor medida esta salvaguardia.

En lo que respecta a la proporcionalidad y a la adaptación de los apoyos a la situación de la persona, una de las preocupaciones que aparecen, sobre todo, en el entorno de las personas con discapacidad intelectual y/o del desarrollo y la discapacidad psicosocial, ante el nuevo modelo que propone la Ley es cómo va a realizar correctamente el juez el “traje a medida” para definir los apoyos necesarios para cada persona. Como reconoce Sancho Gargallo:²⁹

²⁸ Recomendamos el trabajo de Martínez-Pujalte, A. L., 2020, sobre la “Voluntariedad como nota esencial del apoyo”.

²⁹ Sancho Gargallo, I. y Alía Robles, A., 2019.

“El sentido común, siendo necesario en la actuación prudencial del juez, resulta insuficiente para dar un tratamiento adecuado a algunas manifestaciones de la persona con discapacidad”.

Será por ello necesario que los distintos operadores jurídicos conozcan las especificidades que tiene la discapacidad, fundamentalmente referida a discapacidad intelectual, enfermedad mental y deterioro cognitivo, como principales circunstancias de los colectivos destinatarios de estos apoyos. La Observación General n.º 6 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad referida a la igualdad y no discriminación recoge la necesidad de dotar de formación a los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley entre los que se encuentra la judicatura. Esta cuestión aparece también en las Observaciones Finales de 2011³⁰, donde se recomienda que se proporcione formación sobre el igual reconocimiento como personas ante la Ley de las personas con discapacidad a todos los funcionarios públicos y otros interesados. Para que los apoyos se puedan considerar aceptables y de buena calidad, ya indicó la Relatora Especial³¹ que deberían establecerse desde el enfoque centrado en la persona. Para ello recomienda que los Estados establezcan normas de capacitación y certificación de estos apoyos. La Exposición de Motivos de la Ley reconoce la necesidad de impulsar un cambio en el entorno, especialmente hace referencia a los profesionales del Derecho, para eliminar visiones paternalistas de la discapacidad, partiendo de los nuevos modelos de definición, en clara referencia al modelo social promulgado por la Convención. En el articulado de la Ley no se recoge ningún mecanismo que permita prever algún tipo de acción encaminada a conseguir este cambio de mentalidad. No se recoge la formación a los operadores jurídicos, a pesar de ser una recomendación del Comité.

Este nuevo sistema dará lugar a adaptaciones en los órganos judiciales, que precisarán a su vez de “apoyos” para poder realizar correctamente el tan famoso “traje a medida”. El hecho de que el procedimiento de provisión de apoyos se sustancie en la jurisdicción voluntaria permitirá procedimientos más rápidos y flexibles lo cual supone una mayor facilidad para ir adaptando el traje a la evolución de la persona y puede configurarse como una protección al permitir más rapidez en el proceso de establecimiento de los apoyos.

Continuando con la proporcionalidad y adaptación de las medidas de apoyo a la situación de la persona, cabe señalar que, en la reforma propuesta en la Ley de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siguen apareciendo los informes pertinentes, además del re-

³⁰ Comité de Derechos de las personas con discapacidad, 2011: párr. 34.

³¹ Relatora Especial sobre Discapacidad, 2016: párr. 53.

conocimiento judicial, para conocer los extremos en los que puede ser necesario establecer el apoyo. Esta información por parte de distintos profesionales vinculados al campo concreto de discapacidad de que estemos hablando, facilitará la concreción de los apoyos a establecer, de una manera más individualizada. En la Exposición de Motivos de la Ley se plantea esta necesidad de alejarse del esquema tradicional de informe para pasar a una colaboración interprofesional con expertos especializados en el ámbito jurídico, asistencial y sanitario para que puedan aconsejar las medidas de apoyo más adecuadas en cada caso (traje a medida). Incluir informes sociales amplios en los que se pueda hacer referencia a las relaciones familiares, el ocio habitual, informes laborales sobre desempeño en el puesto de trabajo, etc. dará una visión integral de la persona que permitirá ser más atinado en la concreción de los apoyos. Para ello sería muy adecuado que se establecieran que tipos de informes se pueden recabar de cara a obtener esta información. Los que ya se han venido utilizando, como los médicos, psiquiátricos, forenses, aportan una visión relevante, aunque faltan aspectos importantes referidos a la persona.

No aparece en el articulado de la Ley la recomendación de ofrecer formación y asistencia a las familias, apoyo mayoritario en el proceso de toma de decisiones que estamos estudiando. Servirían estas acciones para aportar coherencia y facilitar la coordinación. No se ha tenido en cuenta, como elemento de protección, la formación a las propias personas con discapacidad y más en concreto a las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo sobre como tomar decisiones. Es difícil empezar a hacer algo que nunca se ha considerado como una posibilidad. Hablar de valores, de qué son las necesidades, incluso de economía doméstica permitirá tomar decisiones con menor margen de error a quienes no han tenido nunca esa posibilidad debido al modelo paternalista en el que se ha estado trabajando con este colectivo.

La revisión periódica de los apoyos está recogida, aunque podría haberse planteado la obligatoriedad, por parte de las figuras de apoyo, de instar esta revisión cuando estas estimen que pueden ser de menor intensidad. El hecho de que el legislador recoja la revisión de los apoyos por necesitar la persona menos intensidad de los mismos es una forma novedosa y positiva de abordar esta cuestión. En los sistemas más proteccionistas que precedieron a esta reforma, los cambios se planteaban, generalmente, como respuesta a una mayor necesidad de apoyos. No obstante, se plantea un plazo demasiado fijo para realizar la revisión, sin establecer mecanismos que puedan flexibilizarlo en el caso de que cambien las circunstancias que generaron la necesidad de establecer los apoyos. Esta flexibilización habría tenido cabida perfectamente, más aún cuando se ha recurrido a la Jurisdicción Voluntaria para configurar una gran parte de los procedimientos establecidos en esta regulación.

A la hora de valorar la protección de las personas que plantea la Ley es importante mencionar, algunos elementos que no se recogen expresamente en el art. 12.4 y si incorpora esta nueva regulación. En primer lugar, la inscripción de las medidas de apoyo establecidas judicialmente en el Registro de la Propiedad como establece la modificación de la Ley Hipotecaria. Se inscribirán las medidas cuando afecten a la disposición y administración de bienes inmuebles, pudiéndose inscribir desde el momento de la demanda de solicitud de medidas de apoyo. Además, se puede hacer constar la existencia de un patrimonio protegido cuando esté formado por un dominio o derecho real sobre un bien inmueble. Implica proteger posibles disposiciones sin apoyo de bienes inmuebles y pondría sobre aviso de la existencia del apoyo en caso de haberse obviado a lo largo del proceso de disposición del mismo. Esta medida de la inscripción ha tenido un amplio debate en otros países, como Suiza que consideraba estigmatizante y contrario al respeto a la vida privada la inscripción de la tutela y la curatela en los registros públicos. En España el legislador opta por dar una función muy importante no solo al Registro de la Propiedad sino también al Registro Civil, en el que se prevé que se inscriban las medidas de apoyo, no con carácter constitutivo, sino como medio de conocimiento de estas medidas, importante sobre todo cuando hablamos de las medidas preventivas que plantea la propia persona con carácter previo a la necesidad de las mismas.

Dotar de una mayor inclusión a las personas con discapacidad y garantizar el respeto a su voluntad en el ámbito jurídico debería tener como consecuencia una mayor participación de estas en procedimientos y actos jurídicos. Es necesario que el procedimiento judicial por el que se provean las medidas de apoyo a las personas con discapacidad incorpore los ajustes de procedimiento que ya establecía el art. 13 de la Convención de cara a conseguir un correcto acceso a la justicia. Estos ajustes se prevén en la Ley al incorporar el art. 7 bis en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se plantea de manera genérica realizar adaptaciones y flexibilizaciones necesarias, tanto por petición del Tribunal, del Fiscal o a instancia de parte para garantizar la participación de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones.

Fundamental es que se realicen los apoyos en la comunicación que sean necesarios, como se ha reconocido en la redacción final del art. 7 bis de la reformada Ley de Enjuiciamiento Civil. Utilizar sistemas alternativos de comunicación, intérpretes de lenguaje de signos, Braille, o adaptar la comunicación a las personas con discapacidad intelectual garantizarán que las personas tengan toda la información y puedan expresar sus intereses. Estos ajustes los ha indicado el Informe sobre el Acceso a la Justicia en virtud del art. 13 de la Convención de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2017³². Adaptar los ritmos, interpretar los si-

³² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2017: párr. 3.

lencios, como manifestación de un sufrimiento en caso de enfermedad mental o por necesidad de más tiempo en las personas con discapacidad intelectual garantizará el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona³³. Además, se hace necesaria la participación de expertos cuando en los procedimientos participan personas especialmente vulnerables. Este apoyo durante el proceso será el Facilitador reconocido en el art. 7 bis.2 c), cuya actuación sirve de protección significativa en los procedimientos judiciales. Estos expertos deben ser independientes y examinar el grado de vulnerabilidad, las necesidades concretas de la persona, así como la idoneidad de las medidas de apoyo planteadas.

También se consideran ajustes los cambios en el procedimiento relativos a las salas de audiencia, no sólo en lo concerniente a la accesibilidad física, sino también a practicar la prueba³⁴, por ejemplo en un entorno más amable o la entrevista al interesado sin estar subido el juez al estrado, realizar grabaciones de testificales que conformen la prueba pre constituida en video y eviten una re victimización al no tener que repetir el testimonio hasta 10 veces ante 7 profesionales diferentes, como se ha contabilizado en algunos casos.

En el Informe antes reseñado se incluye la necesidad de que sea la persona la que determine qué ajuste precisa³⁵. Esto, nuevamente, significa dar prioridad a las preferencias de la persona, como sello de identidad de un modelo inclusivo de la discapacidad. Será necesario prever con tiempo suficiente los ajustes que se van a necesitar en cada procedimiento para que puedan estar disponibles en el momento.

Otro ajuste reconocido en la nueva legislación es la adaptación a Lectura Fácil de las comunicaciones del juzgado y sobre todo la Sentencia que determina los apoyos en el proceso de toma de decisiones, que supone uno de los grandes ajustes que permite un acceso a la Justicia de las personas con discapacidad intelectual. En la actualidad se realizan versiones en Lectura Fácil de resoluciones judiciales que afectan al proceso de modificación de la capacidad y podrán aplicarse al proceso en el que se decidan las medidas de apoyo que introduce la Ley estudiado. Con ello se conseguirá hacer cumplir el derecho a un proceso justo en el que, cuando la persona comprende lo que se le indica, se amplía sus posibilidades de cumplir y recurrir el contenido de las resoluciones. Para poder poner en marcha estos ajustes es fundamental la coordinación entre los distintos operadores jurídicos y las entidades especializadas.

³³ Para un análisis en profundidad de los Ajustes del procedimiento recomendamos Araoz, I., 2018.

³⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2017: párr. 24.

³⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2017: párr. 26.

5. CONCLUSIONES

La pregunta que motiva este trabajo es la posible existencia de desprotección de las personas con discapacidad en el modelo que establece la Ley 8/2021 de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. ¿Existe protección? Por lo que desarrollado hasta ahora la respuesta es SÍ. Pero ¿es suficiente? Creo que la protección establecida deja “huecos” que pueden generar, en la puesta en práctica de la reforma, desprotección real a las personas con discapacidad.

De lo expuesto a lo largo de estas páginas tenemos una adaptación de la legislación civil y procesal a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad que supone un avance hacia lo que marca el art. 12 para conseguir el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Existe una protección de las personas con discapacidad en el nuevo modelo de apoyos, a través de la incorporación de las salvaguardias y otras disposiciones.

El hecho de que estos apoyos se ajusten a los principios de voluntad y preferencias de la persona, que sean revisables y que solo en ciertas ocasiones supongan la representación de la persona con discapacidad supone un cambio muy importante en la consideración de las personas con discapacidad primero como personas y apoyando en segundo término lo que sea necesario por el hecho de tener esa discapacidad. En este punto habría sido deseable establecer un marco más cerrado de posibles representaciones y que no existiera posibilidad de representación general, supuesto cercano a la eliminada tutela. El sistema de apoyos que organiza la Ley elimina la sustitución como única opción, aunque la visión paternalista de la discapacidad puede subyacer de alguna manera, cuando lo que se establecen siguen siendo figuras de apoyo que, en alguna circunstancia siguen sonando a sustitución.

Proveer de los apoyos necesarios e individualizados a cada persona es la mejor opción para que se dé igualdad de condiciones respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Quizá habría sido interesante buscar figuras nuevas y no adaptar las existentes como plantea la profesora Cuenca³⁶. Creo que la solución que ofrece la Ley es acorde a lo dispuesto en la Convención, aunque basar los apoyos en las figuras ya existentes no protege a las personas con discapacidad frente a posibles abusos. Habría dado mayores garantías el establecimiento de figuras autónomas especializadas en las distintas materias, que pudieran asesorar e informar, sin decidir en su

³⁶ Cuenca Gómez, P., 2018.

nombre, como haría cualquier persona. La guarda de hecho permite que la persona siga siendo “vigilada” por otra persona.

Es posible que estos déficits partan de no confiar plenamente en el destierro del principio de interés superior que se observa por la falta de referencias al conflicto de intereses y el abuso de poder en las Disposiciones Generales. Se regula la protección frente a abusos mediante la remoción del apoyo, sin ofrecer propuestas de acompañamiento que permitan garantizar el respeto real de la voluntad de la persona con discapacidad. Ciertamente se ha recogido y regulado la protección de las personas con discapacidad y las garantías que establece el art. 12.4. También se ha dejado margen suficiente para poder seguir estableciendo propuestas de apoyo muy cercanas a la sustitución. Existen referencias a interpretar la voluntad de la persona, aunque hay poca consulta directa a la persona. ¿Cómo se puede proteger a la persona frente a abusos, si no se la da más presencia en el procedimiento? Habría sido necesario para una correcta salvaguardia de la persona darle más protagonismo. Este modelo de protección, que parece configurar los apoyos en la Ley, es más cercano al modelo tradicional de tratamiento de la discapacidad, entendido como sobreprotección, que al modelo que plantea la Convención, que concibe la protección como promoción de la autonomía.

El modelo que establece la Ley corre el riesgo de convertirse en una buena forma de justificar ante Naciones Unidas y sus órganos de seguimiento de la Convención, la adaptación normativa que se viene solicitando desde hace años a nuestro país. En la puesta en práctica del modelo diseñado, si no se introducen acciones que permitan ir modificando la mentalidad de los operadores jurídicos, de las familias y de las propias personas con discapacidad, puede seguir siendo un modelo en el que prime la curatela con representación y se sigan tomando decisiones en nombre de las personas con discapacidad. Esta posible práctica no protege la autonomía de la persona.

La Ley incorpora de una manera muy importante el modelo social de discapacidad, que define la misma como la que se genera por las barreras que se producen en el entorno y no por la propia discapacidad. Será por ello necesario dotar de recursos económicos al sistema para que se pueda contar con Facilitadores y equipos de valoración formados *ad hoc*: equipos de validación en Lectura Fácil, intérpretes de lengua de signos, medios técnicos para facilitar el acceso a la documentación de personas invidentes. Habrá que buscar nuevas fórmulas en el sistema judicial que permitan una mayor agilidad del sistema y a la vez permitan ajustar los tiempos necesarios para realizar determinadas diligencias con personas con discapacidad. Pasar por procesos de formación para que los distintos operadores jurídicos puedan conocer la realidad diversa de la discapacidad para trabajar de una manera más cercana con ella y no a través de un sustituto. Y formación a los familiares y personas que van a ser apoyo para poder realizar esta función con plenas garantías para la persona apoyada.

Y sobre todo, será necesario avanzar en la eliminación de prejuicios y mitos sobre la discapacidad para que caigan las barreras mentales y se consiga la plena inclusión de las personas con discapacidad y con ello se produzca una real protección de su autonomía. La protección de las personas con discapacidad debería establecerse como una responsabilidad social. Si es el entorno el que crea la diferencia, ese mismo entorno debería ofrecer los apoyos necesarios para hacer frente a las dificultades que puedan tener determinadas personas. Es posible que esto tarde un poco más, aunque en casi todos los ámbitos en los que se ha incorporado a la vida “normal” a colectivos excluidos (mujeres, personas de otras razas, etc.) ha sido necesario que la obligación de las disposiciones jurídicas nos hicieran ver las potencialidades de estos colectivos y así se haya conseguido una mayor incorporación a la sociedad. Porque la sociedad somos todos y esto es un gran paso en el “Nada sobre nosotr@s sin nosotr@s”.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAOZ, I. *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual o del desarrollo*. Madrid: Plena inclusión España, 2018.
- CUENCA GÓMEZ, P. “Reflexiones sobre la Ley de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2018, n.º 38, pp. 82-101.
- _____. “Sobre la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica” en MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. y MIRANDA ERRO, J., (dir.), *Avanzado en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la discapacidad*. Pamplona: Thomson Reuters, 2018.
- CUENCA GÓMEZ, P. “La configuración de los apoyos”. Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad (2, 3 y 4 de septiembre, Lima, Perú, 2014). <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/La-configuraci%C3%B3n-de-los-apoyos-Patricia-Cuenca.pdf> (9 junio 2020).
- _____. “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”. *Revista Derechos y Libertades*, 2010, n.º 24, pp. 221-257.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación Judicial de la capacidad”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2011, n.º 23, pp. 53-81.
- GARCÍA MEDINA, J. “Ajustes razonables y apoyos en la Convención de Derechos de las personas con discapacidad. Retos y dificultades”, *Revista Studia Histórica. Historia Contemporánea*, 2018, Vol. 36, pp. 131-149

- GARCÍA RUBIO, M. P. “La Esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil español a la luz del art.12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006”. En GARCÍA GOLDAR, M. (Dir.) *Propostas do modernización do dereito*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 2017.
- _____. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”. *Revista de Derecho Civil*. 2018, Vol. 5, n.º 3. pp. 29-60.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la sala primera”. *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Pamplona: Aranzadi, 2016, pp. 59-107.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. “A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2020 (en prensa).
- MAYOR DEL HOYO, M. V. “La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2014. Núm. 2173. Sección doctrinal.
- Office of the public Advocate South Australia. (June 2011) *Developing a Model of Practice for Supported Decision Making*.
http://www.opa.sa.gov.au/resources/supported_decision_making (10 junio 2020)
- PÉREZ BUENO, L. C. y DE LORENZO, R. (dir.) *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2006-20016: una década de vigencia*. Madrid: Cinca, 2016.
- SANCHO GARGALLO, I. y ALÍA ROBLES, A. “Guía para la exploración judicial de una persona con discapacidad”. *Actualidad Civil*, n.º 2. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.

Documentación de Organismos Nacionales

- España. 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. Ministerio de Justicia. (2019).
- España. Memoria de análisis de impacto normativo de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en Materia de discapacidad. Ministerio de Justicia. (2018).

Documentación de Organismos de Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2018) sobre el Derecho al Acceso a la Justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A/HRC/37/25.

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación. CRPD/C/GC/6.

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General núm. 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/GC/1.

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. (2019) Observaciones Finales ES/CO/2-3.

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. (2011) Observaciones Finales ES/CO/01.

Relatora Especial sobre Discapacidad. (2017) Informe HRC/37/56.

Relatora Especial sobre Discapacidad. (2016) Informe HRC/34/58.

Carlos Javier Pérez San Blas

Licenciado en Derecho

LA COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ Y TRABAJO. UN RECORRIDO HISTÓRICO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL*

COMPATIBILITY BETWEEN HIGHLY DISABLED PENSION AND WORK. A HISTORICAL OVERVIEW OF JURISPRUDENTIAL DOCTRINE

SUMARIO: I. Introducción. –II. La Incapacidad Permanente Laboral: 1. Concepto, gradación y grados; 2. La Incapacidad Permanente Absoluta; 3. La Gran Invalidez. –III. Compatibilidad entre pensión de gran invalidez y trabajo: 1. Trabajo y pensión; 1.1. Criterio clásico: restrictivo; 1.2. Criterio intermedio: flexible; 1.3. Criterio actual: favorable; 1.4. Incidencia de la Ley 27/2011; 2. Trabajo y revisión de grado; 3. Trabajo y futuras prestaciones; 4. Epílogo: Panorama actual. –IV. Valoración, conclusiones y propuestas. –Bibliografía.

RESUMEN

El contenido del trabajo tiene como destinatarios a un grupo específico de personas con el siguiente perfil: joven o adulto en edad laboral, en el que confluyen simultáneamente la situación de discapacidad y el estado de dependencia. Y el objeto de

* Recibido el 2 de mayo de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

estudio es el régimen jurídico de compatibilidad/incompatibilidad a la hora de simultanear la percepción de:

- 1. Una pensión contributiva de Gran Invalidez como prestación económica de la Seguridad Social.*
- 2. Los ingresos económicos y/o salariales derivados del trabajo por cuenta propia o ajena.*

ABSTRACT

The content of this work is aimed at a specific collective of people with the following profile: adult or young adult in working age, who converge simultaneously the situation of disability and dependency status. The object of this study is the juridical regime of compatibility/incompatibility when it comes to combine the perception of:

- 1. A contributory pension of great disability such as a Social Security's economic benefit.*
- 2. The economic incomes and/or salaries derivatives of the work on their own or else's.*

Palabras clave: persona con discapacidad, pensión de incapacidad laboral permanente, trabajo, compatibilidad.

Keywords: people with disabilities, work permanent incapacity pension, job, compatibility.

I. INTRODUCCIÓN

Nos ubicamos en la hipótesis de una persona laboralmente activa que, a consecuencia de un accidente, enfermedad o cualquier otra causa originaria o sobrevenida, deriva en una situación de discapacidad y/o dependencia que devenga la percepción de una pensión de Gran Invalidez, con la que atiende sus necesidades económicas vitales, a la vez que entonces o de cara al futuro se plantea la posibilidad o incluso necesidad de reincorporarse a la vida laboral.

La justificación del estudio se deriva de que el actual régimen jurídico de la Incapacidad Permanente genera cierta inseguridad jurídica, debida a la ausencia de un criterio transparente y uniforme que produce un efecto de incertidumbre y que a su vez suele desaconsejar de trabajar a las personas con discapacidad ante el riesgo de perder

su pensión. Se basa en la evidencia de que existe una relación de causalidad, entre la normativa vigente en la actualidad y su presión disuasoria o realmente excluyente sobre los afectados hacia una inclusión laboral y por consiguiente también social, con todos los efectos colaterales que ello conlleva.

Este trabajo se fundamenta en:

1. La situación de ambigüedad o indefinición de las normas jurídicas que regulan esta materia. El paradigma de referencia es la redacción literal del art. 198.2 de la LGSS, que analizaremos a lo largo del estudio.

2. La ausencia en el tiempo de una jurisprudencia consolidada en el TS que interprete y delimite de manera rigurosa el contenido y alcance de aquel precepto, así como la existencia de una doctrina diversa en los Tribunales de rango inferior en los casos ya planteados y/o resueltos.

3. La práctica habitual, y que casi podríamos catalogar como sistemática, de proceder del ISNN a una revisión de grado, dando lugar a una rebaja de la pensión e incluso a la pérdida de la calificación de incapacidad laboral, o en su defecto a suspender el abono de la prestación, una vez que tiene constancia y le sea comunicada a la Entidad Gestora el inicio de una actividad laboral mediante el alta en la Seguridad Social.

Como resumen del trabajo, comenzaremos aludiendo a la incapacidad permanente laboral, precisando los rasgos diferenciales de la incapacidad permanente absoluta y de la gran invalidez, antes de analizar exhaustivamente el tema del debate de la compatibilidad trabajo/pensión, desde las ópticas legal, doctrinal y fundamentalmente jurisprudencial con los pronunciamientos del Alto Tribunal, para concluir con una valoración global que permita aportar propuestas con el ánimo de iluminar y resolver el debate planteado.

II. LA INCAPACIDAD PERMANENTE LABORAL

1. Concepto, gradación y grados

La incapacidad permanente es una de las contingencias cubiertas por nuestro sistema de Seguridad Social, que protege con una prestación económica (pensión vitalicia), a aquellos beneficiarios en situación de necesidad por falta de ingresos cuando, a consecuencia de un deterioro de su salud presumiblemente definitivo, vean disminuida en mayor o menor medida su capacidad para realizar su actividad laboral. Su finalidad consiste en sustituir aquellas rentas del trabajo que se han perdido, como consecuencia

de la aparición de la incapacidad que imposibilita al trabajador para continuar realizando la actividad profesional que desempeñaba con anterioridad.

La contingencia protegida está legalmente definida de una manera descriptiva, en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, (EDL 2015/188234 BOE-A-2015-11724), en adelante LGSS, en su art. 193.1: “La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.”

Dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, cada uno de los grados de incapacidad reconocidos determina una particular extensión en su cobertura prestacional o *quantum* indemnizatorio, en función del estado de necesidad generado por la pérdida de ingresos profesionales. Para su gradación se siguen dos criterios fundamentales: la capacidad profesional o de ganancia¹, según evalúe la incidencia de la lesión sobre el trabajo o la aptitud para obtener empleo. Nuestro sistema de Seguridad Social sigue el primero basado en el criterio profesional, al igual que otros países de nuestro entorno como Italia, Alemania o Gran Bretaña.

Antes de estudiar esta gradación, hay que recordar el *status* transitorio de nuestra regulación legal, toda vez la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social (BOE-A-1997-15810, núm. 169), modificó el art. 137 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE-A-1994-14960, núm. 154) del TRLGSS, en adelante LGSS/1994, estableciendo que la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará en los grados de incapacidad permanente parcial, total, absoluta y gran invalidez. Esa calificación en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca, 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. También le añadió una DT 5.^a bis que otorgaba al Gobierno un plazo de un año para desarrollar aquellas disposiciones reglamentarias, disponiendo que entretanto se siguiera aplicando la legislación anterior, plazo que caducó sin ser aprobadas. No obstante, la DT 26.^a de la nueva LGSS, proroga *sine die* aquel plazo, al añadir que no entrará en vigor aquella modificación en el nuevo art.

¹ Barba Mora, A.: *Incapacidad Permanente y Seguridad Social*. Aranzadi, 2001, pp. 49 y ss.

194 LGSS hasta que aquellas se aprueben, siendo de aplicación hasta entonces en su anterior redacción ese art. 194.1 LGSS: “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.”

Si bien es solo objeto del estudio el grado de gran invalidez, veremos primero y someramente la incapacidad permanente absoluta, porque, aunque son conceptos legales diferentes, sin embargo, el legislador otorga a ambas figuras jurídicas el mismo tratamiento al efecto de su compatibilidad con el trabajo, lo cual resultará decisivo más adelante a la hora de analizarla.

2. La Incapacidad Permanente Absoluta

Se encuentra definida legalmente en el art. 194.5 LGSS: “Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.”

Ha sido doctrina tradicional, que la incapacidad permanente absoluta, supone la imposibilidad de realizar las tareas profesionales conforme a las exigencias de continuidad, dedicación y eficacia que todo trabajo comporta, y no la mera posibilidad del ejercicio esporádico de determinadas labores.² Implica la carencia de la capacidad necesaria para realizar la mayor parte de las profesiones u oficios, teniendo en cuenta que el desempeño de un trabajo suele suponer el desplazamiento diario y durante toda la jornada al centro de empleo, utilizando los medios de transportes públicos o privados, entender instrucciones y prestar atención, comunicar y relacionarse colectivamente, consumir eficazmente las tareas ordinarias, desarrollar una cierta actividad física, con las exigencias de dedicación y diligencia para tener un grado adecuado de rendimiento profesional³. Más allá de conservar ciertas aptitudes para algunas actividades, se carecen de facultades reales para consumir con eficacia las tareas fundamentales que correspondan a un oficio, con el nivel de una categoría profesional, en el seno de una empresa.⁴

² SSTS de 11 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6326), 9 de febrero de 1987 (RJ 1987, 812) y 1 de febrero de 1988 (RJ 1988, 551), entre otras.

³ STS de 3 de febrero de 1986 (RJ 1986, 698).

⁴ SSTS de 24 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2680) y 25 de junio de 1987 (RJ 1987, 4643).

Delimitada ya conceptualmente la IPA, solo nos queda añadir para el interés que nos ocupa, que la prestación que genera es una pensión vitalicia del 100 % de la base reguladora, determinada según la contingencia de la que se derive.

3. La Gran Invalidez

Aparece definida legalmente en el art. 194.5 LGSS: “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.”

La gran invalidez es por tanto uno de los grados de incapacidad permanente, y su reconocimiento *ex lege* como un grado autónomo, tuvo su origen en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los *Minusválidos* (BOE núm. 103, 30/4/1982), en adelante LISMI, ya que en su DF 5.^a modificó la redacción del art. 135.6 del TRLGSS por Decreto 2065/1974 de 30 de mayo (BOE núm. 173, 20/07/1974), en adelante LGSS/1974, de manera que ya no se exigiría para la declaración de gran invalidez estar afecto de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. La calificación de GI no implicaba ya necesariamente, el previo reconocimiento de IPA.

No puede considerarse ya por tanto la gran invalidez, como señalaban algunos autores, una agravación de la absoluta, o sea una especie de incapacidad permanente absoluta cualificada, sino como un grado propio y autónomo, y no presupone por tanto la incapacidad genérica absoluta para todo trabajo. Así viene reconocido reiteradamente por la doctrina del Tribunal Supremo, que en sentencia de 22 de julio de 1996 (Rec. 4088/1995), citando las anteriores de 15 de noviembre de 1993 (Rec. 997/1993), y 18 de Julio de 1994 (Rec. 226/94), señala que “la gran invalidez es un grado autónomo de la incapacidad permanente, de tal modo que su reconocimiento o bien es inicial y directo, en una primera calificación de las secuelas, o bien se reconoce por agravación del grado de invalidez antes establecido, cualquiera que fuere dicho grado anterior, porque la modificación legal introducida por la DF 5.^a de la LISMI, consiste en que no es preciso que el reconocimiento de la gran invalidez parta de un previo establecimiento de la incapacidad permanente absoluta.”

La calificación de gran invalidez valora, no solo la capacidad laboral residual del sujeto (toda vez que el precepto la define como una situación de incapacidad permanente y la considera como uno de sus grados), sino que su nota distintiva radica en un criterio de carácter existencial relativo a la necesidad de ayuda de tercera persona para

realizar los actos más esenciales de la vida⁵. Este es su elemento diferencial o específico, su falta de capacidad para desenvolverse en todos los ámbitos de la vida cotidiana, y como mecanismo de protección se otorga un complemento en la pensión, para poder compensar los gastos que vaya a tener la persona dependiente que necesita de la asistencia de otra, siendo ese el destino de esta prestación de carácter finalista vinculada a esa necesidad generada de retribuir a un tercer asistente.

La prestación que genera es una pensión vitalicia del 100 % de la base reguladora, determinada según la contingencia de la que se derive, con las mismas reglas que la incapacidad permanente total y absoluta, y se incrementa su cuantía con un complemento cuyo importe será equivalente al resultado de sumar, el 45 % de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante más el 30 % de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente, sin que en ningún caso pueda tener un importe inferior al 45 % de la pensión a percibir sin ese complemento por el trabajador (art.196.4). Ese incremento no está sujeto al límite de actualización fijado anualmente por la ley de Presupuestos Generales del Estado, dado que no es equiparable en sentido estricto a la prestación económica en concepto de pensión, sino a ayuda complementaria con una concreta finalidad ajena al de renta de inactividad que cubra las necesidades ordinarias (STS 15/03/1990 RJ 1990, 2456).

La interpretación de lo que debe entenderse por “actos más esenciales de la vida” ha generado una diversa jurisprudencia, dado que el legislador solo enumera tres: vestirse, desplazarse y comer, pero añade la posibilidad de otros actos análogos, con lo cual se sigue un criterio meramente enunciativo y no un sistema de *numerus clausus*, y de hecho la propia norma recurre a la aplicación analógica (STS de 3 de julio de 1982). No se requiere que la ayuda de un tercero sea necesaria para realizar todos los actos esenciales de la vida, sino los que resultan precisos para la satisfacción de las necesidades primarias permanentes e ineludibles, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar los actos indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponde a la convivencia humana⁶. No es necesaria una actividad constante al lado del incapacitado, sino la necesidad de asistencia en cualquier momento que resulte preciso para salvaguardar su integridad física y seguridad humana⁷. Se requiere naturalmente la colaboración de otra tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales, pero no que la necesidad de que esa ayuda sea continuada, ni excluir a quienes hubieran adquirido

⁵ SSTS de 13 de julio de 1983 (RJ 1983, 3777) y 19 de enero de 1984 (RJ 1984, 70).

⁶ SSTS de 26/06/88 Ar. 2712, 19/01/84 Ar. 70, 27/06/84 Ar. 3964, 23/03/88 Ar. 2367 y 19/02/90 Ar. 1116.

⁷ SSTS 19/01/89 Ar. 269; 23/01/89 Ar. 282; 30/01/89 Ar. 318; y 12/06/90 Ar. 5064.

las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de esos actos sin esa colaboración de terceros o sin necesidad de ayuda permanente⁸.

III. COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ Y TRABAJO

No existe en nuestro ordenamiento una regulación legal unitaria del régimen de compatibilidades e incompatibilidades, entre el percibo de una prestación pública de la Seguridad Social con el ejercicio de una actividad laboral, lo que se genera ciertas disfunciones que han sido objeto de una amplia interpretación jurisprudencial, pero de un reducido interés por la doctrina iuslaboralista. Tampoco existe una ordenación jurídica sistemática de los diversos supuestos posibles, y ello obliga a examinar los casos concretos analizando por separado cada una de las prestaciones particulares en relación con su compatibilidad con el trabajo. En cambio, y a diferencia de otras prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, una de las características de las pensiones de incapacidad laboral permanente es su compatibilidad, en mayor o menor medida, con la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena.

Señalan Alonso Olea y Tortuero Plaza⁹, que el riesgo de incapacidad, dominado por la idea de que su rasgo definitorio es la reducción o eliminación de la posibilidad de obtener rentas del trabajo, tiene múltiples dificultades de cobertura por su variedad: la invalidez es una abstracción bajo la que coexisten individuos diferentes con su propia y peculiar invalidez, y una gran mayoría conserva aptitudes residuales recuperables, lo que desvela los defectos de una concepción de la incapacidad laboral referida a la profesión u oficio *ex ante*.

Sin entrar en los supuestos de incapacidad permanente parcial (compatibilidad absoluta) y permanente total para la profesión habitual (compatible siempre y cuando las funciones laborales no coincidan con aquellas que dieron lugar a la misma), cuya regulación es diáfana y no generan apenas controversias interpretativas, por lo que no son objeto de este trabajo, el tema se complica con relación a los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y de gran invalidez. Este asunto no ha sido siempre pacífico, oscilando con el devenir del tiempo entre la postura más radical de la prohibición absoluta del trabajo, la estricta de determinar qué tipo de actividades estaban o no permitidos para el pensionista, o la más flexible de admitir la compatibilidad plena entre pensión y trabajo.

⁸ SSTS de 3 de marzo de 2014 (Rec. 1246/2013), 10 de febrero de 2015 (Rec. 1764/2014) y 20 de abril de 2016 (Rec. 2977/2016).

⁹ Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. S., *Instituciones de Seguridad Social*, 2002, Civitas, 18.ª edición, p. 293.

Hoy en día, al amparo del art. 35 CE, queda definitivamente incuestionado el derecho al trabajo, ya que como expresamente ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989, 908), no se puede prohibir a nadie el ejercicio de una actividad laboral, ni aun estando declarado en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

El debate entonces ha derivado hacia el estudio de las consecuencias que el desempeño de una actividad profesional tiene sobre el cobro de la pensión, o invirtiendo los términos, en determinar qué trabajos son compatibles con el recibo simultáneo de la pensión, y en este punto tampoco se ha logrado una respuesta unitaria y generalizada, ya que depende varios factores como el tipo de trabajo por desarrollar, el grado de incapacidad laboral y o la interpretación que en cada caso se haga del texto legal.

Los interrogantes giran en torno a los siguientes aspectos:

- Deber de causar alta y cotizar en el Sistema.
- Incidencia en el abono de la pensión, *versus* compatibilidad.
- Procedencia de la revisión grado.
- Consecuencias sobre futuras prestaciones del Sistema.

El primero de ellos está resuelto de forma inequívoca, ya que, en el caso de la realización de cualquier trabajo por el pensionista de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, se está obligado a comunicarlo a la Entidad Gestora y a formalizar el alta y cotización en la Seguridad Social. El RD 1071/1984, de 23 de mayo (BOE-A-1984-12729, núm. 136), en materia de invalidez permanente en la Seguridad Social, señala en su art. 2.1 que “los pensionistas de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta y gran invalidez que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, deberán comunicar tal circunstancia a la Entidad gestora competente”, y la Resolución de 2 de noviembre de 1992 de la Dirección General de Ordenación Jurídica de la Seguridad Social (BOE núm. 282, 24-11-1992), añade que “los pensionistas de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez que desarrollen trabajos que den lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, están sujetos a las obligaciones de alta y cotización en el régimen correspondiente, así como a cualesquiera otras obligaciones que pueden venir impuestas por las normas que rigen el sistema, sin que sea obstáculo para ello su condición de pensionistas en tales grados de incapacidad”. La única especialidad radicaba en la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional, toda vez que en este caso para que los pensionistas pudieran realizar trabajos por cuenta ajena, necesitaban haber obtenido previamente autorización de la Entidad Gestora, conforme al art. 43 de la Orden de 15 de abril de 1969 (BOE-A-1969-575,

núm. 110), de normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, exigencia que tras el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, puede entenderse implícitamente derogada.

1. Trabajo y pensión

Respecto a la compatibilidad entre el cobro de la pensión y el desempeño de un trabajo, esta materia está regulada en el art. 198.2 LGSS, que establece que “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”. Pero previamente el art. 195.5 LGSS señala que “se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”. He aquí el origen de toda la polémica: por una parte, la calificación de la incapacidad permanente como absoluta se condiciona a la total ausencia de capacidad de trabajo, pero por otra parte se admite la posibilidad del ejercicio de una actividad laboral retribuida. La controversia deriva de la interpretación conjunta de ambos preceptos aparentemente contradictorios, que no ha sido siempre unívoca ni por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia, de manera que se han sucedido líneas de interpretación jurídica diferentes que avalan posiciones radicalmente contrapuestas.

1.1. Criterio clásico: restrictivo

Inicialmente y durante largo tiempo, se consideró tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, con una interpretación de carácter restrictiva, la absoluta incompatibilidad con una actividad laboral que comprenda el núcleo del ejercicio de una profesión u oficio, ya que en este caso se pondría de manifiesto un cambio en la capacidad de trabajo, que habría de conducir necesariamente a la revisión del grado de incapacidad permanente.

En la doctrina han sido exponentes de esta postura, entre otros, López-Tarruella y Viqueira Pérez¹⁰, que partiendo de una concepción rígida del precepto legal entienden que el único trabajo compatible con la capacidad residual del pensionista es el de carácter limitado y esporádico, relativo a aquellas actividades que en atención a su jornada o retribución, puedan considerarse marginales y no constitutivas del medio fundamental de vida. Conclusión que extraen de la propia definición legal de la inca-

¹⁰ López-Tarruella, F. y Viqueira Pérez, C.: *El trabajo del inválido absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*. Civitas, Madrid, 1.ª edición, 1991, pp. 41 y ss.

pacidad permanente absoluta para todo trabajo que inhabilita por completo para el ejercicio de toda profesión u oficio, entendiéndolo a *sensu contrario* que la capacidad de trabajo perdida y por tanto protegida por la contingencia es la que supone el desarrollo de cualquier actividad laboral. Afirman que, aunque no haya una expresa declaración de incompatibilidad entre en la percepción de la pensión y la realización de un trabajo, sin embargo, la incompatibilidad se encuentra implícitamente plasmada, *ex definitione*, en la normativa.

También argumentan en contra, López Gandía y Romero Ródenas¹¹, que la compatibilidad con el trabajo se ha construido legalmente, pese a su aparente indeterminación y a la necesidad de una reforma legal, como algo excepcional y con características especiales en cuanto a su forma de desempeño (horario, jornada, lugar y contenido), muy próximo al trabajo marginal y no lucrativo, lejano de una ocupación a una jornada completa que incluya el núcleo esencial de una profesión. El art. 198.2 LGSS no debe interpretarse de manera aislada, sino en relación y subordinado al concepto de incapacidad permanente desde la propia definición de los grados que hace la Ley, por lo que no les resulta lógico que el incapacitado permanente absoluto para todo trabajo o con gran invalidez pueda trabajar, pues entonces no habría diferencias de grado. Además alegan que no existe incompatibilidad con el derecho al trabajo, pues siempre cabe la opción de elegir entre pensión y trabajo, y que no parece coherente que, si las lesiones no se han agravado pero permiten ahora una actividad laboral, no quepa revisión de la propia incapacidad declarada.

La jurisprudencia tradicional, partiendo del sentido antagónico de ambos preceptos, siguió inicialmente un criterio estricto, entendiéndolo que solo eran compatibles las actividades de carácter residual o marginal de mínima significación y relieve con base en que, de una lectura sistemática de la normativa aplicable, esas actividades bien pudieran identificarse con las que para “excluir del campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social correspondiente” y según el art. 7.6 LGSS/1994 realizan “las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida”. Lo fundamentaba en la propia definición legal del grado, que es la que *ex lege* incapacita para el ejercicio de toda profesión u oficio, y también en la configuración de estas prestaciones como mecanismos de sustitución de las rentas de activo, cuya finalidad es la cobertura de situaciones de necesidad debidas a la pérdida de los ingresos del trabajo, mientras que si la capacidad laboral residual del sujeto le permite obtener ingresos profesionales, decae la necesidad de protección. Conclusión que es una consecuencia de

¹¹ López Gandía, J. y Romero Ródenas, M. J.: *La Incapacidad Permanente: acción protectora, calificación y revisión*. Bomarzo, 2011, p. 50.

los principios que inspiran la normativa de Seguridad Social, o como ha señalado el Tribunal Supremo¹² el contenido del art. 138.2 LGSS/1974 se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, que no requieran darse de alta ni cotizar por ellos a la Seguridad Social, por ser los cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el mercado de trabajo, ya que otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con la lógica del Sistema y con la doctrina de la Sala, que tiene reiteradamente declarado que la IPA impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea.

El Tribunal Supremo, en sucesivos recursos de casación por infracción del art. 138.2 de la LGSS/1974, en sus respectivos fundamentos de derecho había dictado en esta materia, la siguiente doctrina:

La STS 11746/1986, de 7 de julio (RJ 1986, 3967), reconoce que el precepto declara compatible con el percibo de prestaciones por IPA el ejercicio de actividades lucrativas o no, pero también expresa que las mismas han de ser compatibles con el estado del inválido; y añade que si el ordenamiento jurídico reclama una aplicación e interpretación integradora, dicha exigencia se hace aún más imperiosa si las normas en aparente conflicto o discordia pertenecen a un mismo cuerpo legal, con lo que hay que cohonestar el art. 138.2 con los arts. 132.3 y 135.5 de la propia Ley, para concluir que las actividades compatibles no son, ni pueden ser, las mismas que el trabajador venía realizando cuando surgió la contingencia determinante de la invalidez, por lo que es evidente que aquellas tienen que ser de otro orden, adjetivo o marginal.

En SSTs 16440/1988 y 16357/1988, de 19 y 26 de diciembre (RJ 1988, 9864 y 9915), interpretan el alcance del art. 138.2 en relación con el 135.5, en sentido de que la IPA requiere que las dolencias que afecten al trabajador le inhabiliten de manera plena para el ejercicio de toda profesión u oficio, según las exigencias que son propias al débito laboral, por lo que el derecho al cobro de la prestación es compatible con la idoneidad del afectado para la realización de actividades lucrativas, pero siempre naturalmente que la aptitud para desarrollarlas no comprendan el núcleo funcional de una profesión u oficio cualquiera que sean estos, pues a todos afecta tal grado de invalidez.

Y la STS 9352/1989, de 26 de enero (RJ 1989, 302), consagra una compatibilidad de la pensión y la realización de determinadas actividades marginales que no entrañen

¹²SSTs de 20 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6166), 13 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2546) y 7 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1807), entre otras.

el desarrollo de una profesión u oficio, y que no deben manifestar un cambio en su capacidad de trabajo, ya que de producirse éste operaría la revisión, con las consecuencias económicas correspondientes.

Como consecuencia de esta interpretación restrictiva, el pensionista podría solo simultanear la percepción de un salario con el cobro de la prestación de IPA o GI, si la actividad de las características ya reseñadas era compatible con su capacidad residual, ya que por el contrario el trabajo no compatible le estaba jurídicamente vedado, de manera que en la práctica la postura tradicional del INSS llegaba incluso a denegarle el derecho al alta y cotización en el Sistema. En todo caso la realización de un trabajo debía ponerse en conocimiento de la Entidad Gestora, que si entendía que las actividades eran distintas a las permitidas, podía además reaccionar y proceder a una revisión para comprobar si se había producido un cambio o mejoría que determinasen una rebaja del grado de incapacidad, lo que podría implicar la asignación de otra prestación que correspondiera a un grado inferior, o eventualmente la desaparición de toda incapacidad con la pérdida de la pensión, e incluso a obligar al sujeto a reintegrar la prestación indebidamente recibida.

1.2. Criterio intermedio: flexible

Conviene reseñar que aquella interpretación restrictiva, no siempre había tenido acogida en la jurisprudencia social. Paralelamente en el tiempo ha convivido con otra corriente interpretativa jurisdiccional¹³ más flexible, que relativiza el precepto y permite los supuestos en que exista un trabajo por cuenta propia o ajena compatible con el estado del incapacitado y con su capacidad laboral residual, invocando expresamente el art. 35 CE que reconoce el derecho, inherente a la naturaleza humana, de todos los españoles a trabajar (aparte y además de configurarlo como deber), lo que supone que no puede prohibirse a nadie el ejercicio de una actividad laboral, ni aun a quien está declarado en situación de IPA.

El Tribunal Supremo ya se había pronunciado en este sentido, en sentencia de 2 de marzo de 1979 (N.º de Resolución: 667/1979, RJ 1979, 954), dictada en recurso de casación por interpretación errónea del art. 24.4 de la Orden de 15 de abril de 1969, que señala que “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”, en el supuesto de un trabajador reconocido en situación de IPA, a quién se

¹³ SSTS de 6 octubre, 3 y 23 de noviembre 1987 (RJ 1987, 6841, 7797 y 8045).

denegó la afiliación a la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos. Estimando la sentencia que el trabajador, por lo dispuesto en dicho precepto, puede realizar todas las actividades laborales que permita su estado sin limitación alguna, y sin que en ningún extremo de la disposición legal se afirme que solo puede desempeñar actividades “superfluas, accidentales o esporádicas”, resolvió que no se deben restringir las actividades que pueden realizar los trabajadores declarados en aquella situación, pues la única exigencia contemplada por el precepto se refiere concretamente a que sean compatibles con su estado y que no representan un cambio en su capacidad laboral.

Además de las anteriores, las sentencias de 20 de febrero y 6 de marzo de 1989 (RJ 1989, 908 y 1794), han admitido que de la declaración de IPA no se deriva ninguna prohibición para realizar un trabajo por cuenta propia o ajena, con invocación expresa del derecho al trabajo que consagra el art. 35 CE, como también lo corrobora el art. 138.2 LGSS/1974 que permite el trabajo compatible, y lo refuerza y ratifica el art. 2 RD 1071/1984 al dar por supuesto la existencia de incapaces permanentes absolutos y de grandes inválidos que trabajan, todo sin perjuicio de la obligación administrativa de comunicación porque afecta a la pensión que vienen percibiendo, de las consecuencias económicas que de ello se desprendan, de las limitaciones que pudieran derivarse en orden al ámbito de la compatibilidad, e incluso a la existencia de indicios determinantes para la iniciación de un procedimiento de revisión.

Y también conviene añadir que esta tendencia a favorecer la compatibilidad entre el trabajo y la pensión se mantuvo habitualmente durante aquella época y existe un gran repertorio al respecto, en el ámbito jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁴.

De la Villa Gil, justifica que la regla general de la incompatibilidad entre la percepción simultánea de una renta del trabajo y una prestación de incapacidad laboral (explicable esta en cuanto a sustitutoria de aquella), quiebra en el supuesto de la incapacidad permanente absoluta, ya que el legislador en aras de contribuir a su reinserción, consagró la compatibilidad siempre que la renta del trabajo se obtuviera en una actividad conciliable con el estado del inválido, y cuyo fundamento radica en su reinserción social y laboral, salvando el grave obstáculo de la amenaza legal de una posible pérdida de la pensión por la realización de una actividad ordinaria retribuida¹⁵. No obs-

¹⁴ SSTSJ Andalucía de 9 de septiembre de 1992 y 4 de julio de 1995 (Ar/6551 y Ar/2996), STSJ Asturias de 15 de enero de 1993 (Ar/75), STSJ Cataluña de 26 de mayo de 1997 (Ar/ 1968), STSJ Castilla y León de 2 de febrero de 1998 (Ar/138).

¹⁵ De la Villa Gil, L. E.: *Diez lecciones sobre la nueva legislación de Seguridad Social*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, p. 69.

tante, también pone de manifiesto el absurdo por falta de coherencia de que, una misma situación de incapacidad permanente para todo trabajo, fuera a su vez de una capacidad laboral completa y normal¹⁶.

1.3. Criterio actual: favorable

La actual corriente interpretativa de carácter favorable a la compatibilidad, considera que, en líneas generales, el art. 198.2 LGSS admite la simultaneidad entre trabajo y pensión, estableciendo solo dos límites: primero, la compatibilidad con el estado del incapacitado, en una referencia a su estado de salud y que responde a la finalidad de su protección, de tal forma que existirá incompatibilidad cuando el trabajo le sea perjudicial; y segundo, que no haya habido cambio en la capacidad de trabajo, puesta de manifiesto por su desarrollado y susceptible de dar lugar a una revisión del grado reconocido.

A partir de la decisiva sentencia de 30 de enero de 2008 (Rec. 480/2007), el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo unificó doctrina en esta materia cambiando radicalmente de criterio, y reiterando en numerosos pronunciamientos posteriores la compatibilidad plena entre el derecho a la pensión y la realización de trabajos por cuenta propia o ajena. Este punto de inflexión inicia una vigente tesis interpretativa favorable mantenida en una amplísima jurisprudencia¹⁷. Sentencia aquella, que examinamos a continuación en detalle y a cuyas razones nos atenemos por razones de seguridad jurídica.

Este es el relato los de hechos: supuesto de un trabajador de profesión habitual ayudante de cocinero, que fue declarado en situación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, por enfermedad común a causa de una lesión medular. Posteriormente comienza a prestar servicios a tiempo completo como oficial especialista en funciones consistentes en la realización de dibujos de planos en ordenador. Comunica al INSS su alta laboral y la Entidad Gestora inicia expediente revisión por reanudación de actividad, en el que declara que no ha lugar a revisar el grado de incapacidad al persistir las mismas secuelas, pero sí que procedía la suspensión de la prestación manteniendo el incremento correspondiente a la situación de GI. El actor formulada demanda ante el Juzgado de lo Social, que dictó sentencia reconociendo “el derecho del actor a

¹⁶ De la Villa Gil, L. E., en el Prólogo al libro de López-Tarruella, F. y Viqueira Pérez., C.: *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión...* cit.

¹⁷ SSTs de 10 de noviembre de 2008 (Rec. 56/2008), 23 de abril, 14 de octubre, 10 de noviembre, 1 y 22 de diciembre de 2009 (Rec. 2512/2008, 3429/2008, 61/2009, 1674/2008 y 2066/2009), 14 de julio de 2010 (Rec. 3531/2009), y 19 de marzo de 2013 (Rec. 2022/2012), entre otras.

compatibilizar el percibo de la pensión con el trabajo por cuenta ajena que está realizando”. La sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS ante la Sala de lo Social del TSJ, que lo desestimó, formulando recurso de casación para la unificación de doctrina, por la infracción del art. 141.2 LGSS/1994.

La sentencia reflexiona en su FD 3.º, considerando una cierta dificultad teórica que pudiera derivarse *ex definitione* del propio concepto de la situación incapacitante para admitir su compatibilidad con el trabajo ordinario. Partiendo de que el art. 141.2 LGSS/1994 declara compatible la pensión de IPA-GI con determinadas actividades laborales, el razonamiento interpretativo lo enfrenta al art. 135.5 con el que literalmente se muestra de difícil conciliación por la categórica definición que hace de la IPA al ir referida a toda profesión u oficio, de modo que el propio legislador por sus amplios términos, flexibiliza en gran medida ese riguroso concepto, que ha de ser interpretado con cierta moderación e invita a considerar que su maximalismo se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo. También reconoce la sentencia que, con anterioridad a la unificación de doctrina, había sido criterio tradicional de la Sala, el de considerar que los trabajos compatibles eran los cometidos laborales que no comprenden el núcleo fundamental de una profesión u oficio y que no manifiesten un cambio en la capacidad de trabajo, ya que de producirse esta operaría la revisión con sus consecuencias económicas. Conclusión que se derivaría de la propia naturaleza de la pensión, sustitutoria de las rentas del trabajo, y consecuencia de una interpretación llevada a cabo en función de los principios que inspiran la legislación de Seguridad Social, rechazando otra solución que contradice plenamente el Sistema.

Pero la propia sentencia en su FD 4.º, añade que, a pesar de la validez de los anteriores argumentos, el criterio mayoritario de la Sala atribuye mayor poder de convicción a estas otras siguientes consideraciones:

1.º) El derecho al trabajo consagrado en el art. 35 CE, que es inherente a la condición humana como un valor cívico, y del que no se puede excluir a quien se encuentre en situación de IPA o GI (SSTS 06/10/87, 03/11/87, 23/11/87, 26/01/89, 20/02/89). También lo reconocen otros preceptos legales como el propio art. 141.2 LGSS/1994, el art. 2.1 RD 1071/1984, art. 18.4 de la Orden 18-1-1996, y el art. 24.4 de la Orden 15-4-1969.

2.º) La literalidad del art. 141.2, flexibiliza el concepto de IPA al apuntar la plena compatibilidad y no establecer límite alguno a la simultaneidad trabajo/pensión. Ningún otro precepto legal obliga a entender que las actividades laborales compatibles sean solo las marginales, superfluas, accidentales o esporádicas.

3.º) La anterior interpretación restrictiva no siempre ha sido acogida por la jurisprudencia social, pues ya el propio Tribunal (en las sentencias previamente reseñadas) había mantenido que el trabajador en situación de IPA, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación y no supongan un cambio en su capacidad, sin limitación alguna.

4.º) La interpretación contraria, situaría en mejor condición al trabajador en situación de IPT, legalmente apto para realizar cualquier trabajo diferente a su profesión habitual, que al de IPA al que negaría los ingresos de toda actividad laboral, condenándolo a una situación de marginalidad.

5.º) La incompatibilidad entre pensión y trabajo produciría un efecto desmotivador hacia la reinserción social y laboral de los trabajadores con discapacidad, pues aunque las nuevas cotizaciones habrían de tener eficacia respecto de futuras prestaciones, lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos del trabajo (consecuencia impuesta por la lógica del Sistema), privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad laboral que con toda seguridad ha de realizarse con un considerable esfuerzo.

6.º) El actual entorno laboral proporciona nuevas posibilidades de trabajo que se derivan del uso de las nuevas tecnologías informáticas y del teletrabajo, que favorecen la prestación de servicios profesionales sin necesidad de desplazamientos al centro de trabajo. Este nuevo planteamiento cobra pleno vigor al permitir una pluralidad de actividades laborales a quienes se encuentran en esta situación, de manera que, en este marco de actividades sedentarias, la compatibilidad representa un considerable acicate para la deseable reinserción social y laboral de los trabajadores con discapacidad.

7.º) El planteamiento contrario, apuntaba ya en el art. 2 RD 1071/1984, y se evidencia aún más en la OM 18.01.1996 dictada para el desarrollo del RD 1300/1995, sobre incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social, en cuyo art. 18.4 se regula la actuación del INSS para los supuestos de que el percceptor de IP ejerciese trabajos por cuenta propia o ajena, y en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el art. 141.2 LGSS. Pero estas disposiciones reglamentarias han de ser consideradas *ultra vires* de la manifestación legal de compatibilidad que establece esa norma, que no se remite a desarrollo reglamentario alguno y por lo mismo ineficaces.

A partir de lo cual, la conclusión que se impone es que la doctrina ajustada a Derecho es la de considerarse compatible con la pensión por gran invalidez, el trabajo a

tiempo completo en una determinada actividad laboral, “sin perjuicio de reconocer la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión”.

Caso similar al anterior, objeto de la STS de 14 de octubre de 2009 (Rec. 3429/2008), el es de una trabajadora que, tras ser declarada en situación de gran invalidez, comenzó a prestar sus servicios como trabajadora social en una Fundación. La Entidad Gestora al tener conocimiento de los hechos, inició expediente de revisión que terminó por resolución declarando que no procedía revisar la declaración de incapacidad permanente, pero si suspender temporalmente mientras la beneficiaria trabajase el pago de la prestación, salvo el incremento destinado a pagar la ayuda de otra persona. Contra esa resolución interpuso demanda que, aunque fue estimada en primera instancia donde se declaró compatible el cobro de la pensión con el trabajo, fue desestimada por la sentencia de suplicación al entenderse que el cobro de la prestación solo era compatible con aquellas actividades, marginales o residuales que no comprendan el núcleo funcional de una profesión u oficio. Objeto del recurso de casación, la STS en su FD 2.º resume que la cuestión planteada consiste en interpretar el art. 141.2 de la LGSS/1994 y determinar qué actividades son compatibles con el cobro de una pensión por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez, para finalmente declarar que la controversia había sido ya resuelta por el Pleno de la Sala en sus sentencias de 30 de enero de 2008 (Rec. 480/2007) y 10 de noviembre de 2008 (Rec. 56/2008) en favor de la tesis de la compatibilidad, fundamentándolo en idénticas consideraciones que las anteriormente expuestas, que a su vez asume y reproduce. Y en aplicación de esa doctrina unificada al caso de autos, estima el recurso y, consecuentemente, casa y anula la sentencia recurrida, resolviendo el debate planteado en favor de la plena compatibilidad.

A los dos casos anteriores relativos a GI, se suman otros similares sobre IPA, resueltos por el Tribunal Supremo en recursos de casación para la unificación de doctrina, al amparo del art. 217 LPL (EDL 1995/13689, BOE núm. 86, de 11/04/1995), hoy art. 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (EDL 2011/222121, BOE núm. 245, de 11/10/2011), con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia contradictorias entre sí, o con otras sentencias del Supremo, respecto de litigantes en idéntica situación. Son relativos supuestos de trabajadores que fueron declarados (habitualmente a temprana edad) en situación de IPA (primer dato decisivo), y que con el transcurso del tiempo comienzan a realizar una actividad laboral (segunda coincidencia sustancial), frente a lo cual reacciona el INSS en los respectivos casos suspendiendo por incompatibilidad el abono de la prestación (tercer extremo relevante), resolución que se impugna dando origen al litigio, con respuestas diversas en los tribunales de

instancia. Se cumplen así los requisitos que la doctrina unificada¹⁸ exige para la viabilidad del RCU: diversidad de resoluciones judiciales ante controversias esencialmente idénticas o, dicho de otra forma, contradicción entre sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. A destacar, entre otros:

STS (Social) de 10 noviembre de 2008, (Rec. 56/2008, EDJ 2008/403438).

Resumen: desestima el recurso del INSS, para declarar que el art. 141.2 LGSS/1994 permite compatibilizar el trabajo con la pensión, y reitera la doctrina unificada en esta materia del Pleno de la Sala (STS 30-1-2008). Resuelve la cuestión planteada en determinar si cabe compatibilizar el percibo de una pensión de IPA con un trabajo de pintor a tiempo completo, razonando la inexistencia de incompatibilidad legal que se pueda desprender del precepto citado, a la vista de la finalidad de la norma que es la inclusión social de la persona con discapacidad, y de que el trabajo realizado no perjudica su salud sino que evidencia la mejora de su patología.

STS (Social) de 1 diciembre de 2009, (Rec. 1674/2008, EDJ 2009/307426).

Resumen: estima la demanda declarando el derecho del actor a compatibilizar la actividad de administrador mercantil de una SL con la percepción de la pensión por IPA que tiene reconocida y que fue suspendida por el INSS. La única incompatibilidad que formula el art. 141.2 LGSS/1994 es la relativa a las actividades que sean incompatibles en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado. El desarrollo por éste de actividades no perjudiciales dará lugar, no a una incompatibilidad, sino a una revisión de grado por mejoría o error de diagnóstico. Este es el sistema legal de incompatibilidad y no cabe corregirlo a través de una interpretación restrictiva.

STS (Social) de 14 julio de 2010, (Rec. 3531/2009, EDJ 2010/185110).

Resumen: estima el recurso de casación interpuesto por el demandante incapacitado absoluto contra la sentencia que declaró la incompatibilidad entre su pensión y el ejercicio de su cargo de concejal, con obligación de devolver lo percibido durante el período de incompatibilidad. Según la Sala, la única incompatibilidad es la relativa a las actividades que sean perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado, pero si no lo son, lo que se dará será una revisión por mejoría o por error de diagnóstico,

¹⁸ STS de 19 de diciembre de 2017 (rcud 1245/2016), 1 de marzo de 2018 (rcud 595/2017, 13 y 14 de marzo de 2018 (rcud 1520/2017 y 3959/2016), 22 de enero de 2020 (rcud. 2256/2016), entre otras.

pero nunca una incompatibilidad con la pensión. Y procede a reiterar la doctrina inicialmente expuesta en Sala General y posteriormente reiterada en diversas ocasiones, que afirma la plena compatibilidad de la pensión por IPA y de GI con el trabajo remunerado en jornada ordinaria.

STS (Social) de 19 de marzo de 2013, (Rec. 2022/2012, EDJ 2013/43507).

Resumen: estima el recurso interpuesto por el beneficiario de la prestación por IPA y declara su compatibilidad con el desempeño del cargo de administrador. El mantenimiento del puesto de administrador de una sociedad mercantil es compatible con su alta en el en el régimen de trabajadores por cuenta ajena, pues supone el desempeño de una la actividad profesional que no es perjudicial o inadecuada al estado del incapacitado. Reitera la doctrina de la sentencia de contraste, que a su vez se hacía eco de lo dicho en la STS de 30 de enero 2008 y reproducida entre otras en la STS de 14 julio 2010.

1.4. Incidencia de la Ley 27/2011

En este punto del análisis general, es importante destacar que el régimen legal anteriormente expuesto, puede entenderse modificado con efectos de 1 de enero de 2014, tras la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE-A-2011-13242, núm. 184), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que introdujo en el art. 198 LGSS un apartado tercero, que señala que “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 apartado primero del art. 213 de esta Ley”. Pues bien hasta entonces, la regulación del régimen de compatibilidad/incompatibilidad de las pensiones de IPA y GI con el trabajo, había permanecido cronológicamente inalterado en todos los textos legales sucesivos, desde el inicial art. 138.2 TALGSS/1966, pasando por el art. 138.2 TGRLGSS/1974, hasta el art. 141.2 TRLGSS/1994, y en los que bajo el epígrafe “compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por invalidez permanente”, señalaban que “las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán 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”, y por tanto en términos semejantes al actual art. 198.2 LGSS.

Es la nueva redacción que añade el art. 198.3 LGSS, la que obliga interpretar este precepto a *sensu contrario*, quedando implícitamente declarada la compatibilidad con el trabajo siempre que no haya alcanzado el trabajador la edad de jubilación¹⁹, reforzando el criterio jurisprudencial que ya había sido mantenido estable desde el año 2008. La nueva norma reconoce tácitamente esta interpretación, le otorga carta de naturaleza, y solo la limita, en lo que respecta a la edad, mediante la equiparación con la jubilación. De hecho, la propia Ley 27/2011 en su Preámbulo y en lo que se refiere al régimen jurídico de la pensión de IPA/GI confiesa expresamente como finalidad, que la compatibilidad es una buena medida para favorecer la reinserción de los beneficiarios en el mundo laboral, refrendando la lógica de la compatibilidad, siguiendo al efecto la recomendación 18.^a de la nueva reformulación del Pacto de Toledo, cuyo Informe de Evaluación y Reforma fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011, a fin de anticipar las reformas necesarias en la estructura del Seguridad Social para que pueda responder con eficacia a los nuevos desafíos y estar en condiciones óptimas de seguir proveyendo la más amplia cobertura protectora posible ante los riesgos sociales, que garantice prestaciones sociales suficientes.

Por último, hay que añadir como consecuencia de este criterio de compatibilidad, el pensionista puede desarrollar un trabajo que suponga el ejercicio de actividades compatibles, estando sujeto a la obligación de alta y cotización en la Seguridad Social, lo que a su vez plantea dos nuevas cuestiones que ya habíamos pronosticado: la procedencia de revisión grado y las consecuencias sobre futuras prestaciones del Sistema, y que desarrollamos a continuación.

2. Trabajo y revisión de grado

Las causas de revisión están tasadas y son la agravación, la mejoría y el error en el diagnóstico, y de lo que se trata ahora es determinar la influencia del trabajo a los efectos de la revisión de la IP declarada. La realización de una nueva actividad laboral no implica la suspensión automática de la pensión por parte del INSS, pero podría justificar la iniciación de un expediente de revisión de grado, en tanto que puede ser un indicio razonable de que el estado incapacitante ha mejorado. Solo en el caso de desempeño de un trabajo, en el que se demuestre la realización por el beneficiario de actividades incompatibles con su estado, o que pongan de manifiesto que no está realmente incapacitado en el grado concedido, podría dar lugar a una revisión a la baja por mejoría o por error de diagnóstico, del que podría derivarse la extinción de la pen-

¹⁹ Blanco Lahoz, J. F. y López Gandía, J.: *Curso de Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, 10.^a edición, pp. 491 y 492.

sión o la atribución de una nueva de grado inferior. Por el contrario, en el caso de que el cuadro patológico haya permanecido estable desde que le fue reconocida la IP, esa constatación determina la inviabilidad de la modificación de grado.

Para llegar a la anterior conclusión, que no siempre fue pacífica, es necesario repasar la amplia y a veces confusa regulación aún vigente en esta materia:

1.º) El art. 200 LGSS (EDL 2015/188234), atribuye al INSS la competencia para declarar la situación de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas, mediante resolución en que ha constar necesariamente el plazo de “revisión” por agravación o mejoría, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima de jubilación, y que será vinculante para todos los sujetos. No obstante, añade que, si el pensionista estuviera ejerciendo cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, el INSS podrá de oficio o a instancia del propio interesado, promover la “revisión” con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado, y salvo para las revisiones fundadas en error de diagnóstico que podrán llevarse a cabo en cualquier momento.

2.º) El RD 1300/1995 de 21 de julio (EDL 1995/15091, BOE-A-1995-19848) en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, unifica, organiza y regula el procedimiento para evaluar y calificar, inicialmente o en los supuestos de “revisión de grado”, la incapacidad permanente en sus distintos grados y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social. En aplicación y desarrollo del anterior, la Orden de 18 de enero de 1996 (BOE-A-1996-1644, núm. 23) establece el procedimiento administrativo para el ejercicio de esas competencias, y en su art. 17.2 señala que la “revisión de grado” reconocido no podrá promoverse hasta tanto haya transcurrido el plazo señalado en la resolución, salvo las excepciones previstas para los supuestos de realización de trabajos o error de diagnóstico.

3.º) El RD 1071/1984 (EDL 1984/8541), recuerda que el art. 138.2 de la LGSS/1974 prevé la posibilidad de que las prestaciones por invalidez puedan compatibilizarse con la realización de la actividad laboral por parte de los pensionistas, por lo que las Entidades Gestoras deben tener un exacto conocimiento de esas situaciones de compatibilidad, a efectos de seguimiento y control de permanencia en las mismas. Para ello, en su art. 1.3 les atribuye el régimen de control de las situaciones que puedan dar lugar a una “revisión de la invalidez”, con base en las informaciones facilitadas por los pensionistas conforme a su art. 2.1 y demás datos que obren en su poder.

4.º) La Resolución de 2 de noviembre de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de Seguridad Social, reconoce que el pen-

sionista de IPA puede realizar trabajos susceptibles de inclusión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, por lo que no puede eximirse de la obligación de darse de alta y cotizar por imperativo de las propias normas que regulan el Sistema, y que el cumplimiento de estas obligaciones se entiende sin perjuicio de las facultades de “revisión de la incapacidad permanente” que asistan a la Entidad Gestora, de conformidad con la normativa en vigor.

Pues bien, el debate planteado ya ha tenido respuesta en unificación de doctrina, en STS de 23 abril de 2009²⁰. Aunque el supuesto no va referido a la compatibilidad entre la pensión y el trabajo, sino a la revisión del grado de IP declarado por causa de la actividad laboral, declara que ambas cuestiones están relacionadas y obliga a recordar la doctrina al respecto. Si la Sala rechaza que el trabajo ordinario justifique por sí mismo la suspensión de las prestaciones a percibir por IPA o GI, con mayor motivo habría de excluir que esa actividad laboral determine la modificación o supresión de las pensiones por vía revisora. Ello implicaría confundir dos cuestiones diversas, como son las causas de revisión y el plazo revisorio. Las causas están tasadas y son la agravación, la mejoría y el error de diagnóstico; el plazo es tan solo uno, el que se hubiese fijado en el acto declarativo de IP, aunque se exceptúa en los casos de la existencia de nuevas dolencias, que concurra error de diagnóstico o por desarrollar una nueva actividad profesional.

Por tanto el trabajo del pensionista justifica que se inicie expediente de revisión, en tanto que puede ser indicio razonable de que el estado incapacitante ha mejorado, pero no implica necesariamente la modificación del grado de IP, pues esta consecuencia únicamente puede producirse si efectivamente se constata una mejoría que justifique tal declaración, lo que exige comparar la situación patológica que determinó la declaración de IP y la existente cuando se lleva cabo la revisión, llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias (STS 31/10/05, Rec. 3383/04), y también que esa alteración tiene una trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo que justifique la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada (STS 22/07/96, Rec. 4088/95).

La STS de 1 de diciembre de 2009²¹, hace especial referencia al segundo inciso del art. 141.2 LGSS/1994, que exige que el ejercicio de las actividades no represente un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, con lo que lo orienta hacia la

²⁰ EDJ 2009/101852 - ROJ: STS 3264/2009 - Rec. 2512/2008.

²¹ EDJ 2009/307426 - ROJ: STS 8101/2009 - Rec. 1674/2008.

revisión de la incapacidad para ser interpretado en función del art. 143.2.2.º. Otra vez hay que resaltar que no estamos ante una regla de incompatibilidad trabajo/pensión, sino ante la constatación de la realización de un trabajo cuyo desempeño puede poner de relieve que el beneficiario no está realmente incapacitado en el grado concedido, y por ello no procede la suspensión de la pensión sino la iniciación del expediente de revisión de grado. Además constata una deficiencia en la conexión entre los dos artículos, porque el primero de ellos remite a la revisión para los supuestos en que el desempeño del trabajo ponga de relieve un cambio en la capacidad de trabajo, es decir una “mejoría”, pero también puede poner de relieve que ese estado no resulta determinante de la incapacidad reconocida, y en ese caso tampoco estamos ante un supuesto de incompatibilidad, sino ante una revisión por error de diagnóstico, que según el segundo de ellos podrá llevarse a cabo en cualquier momento.

Por su parte, la STS de 25 abril de 2018²², recuerda que el derecho a las prestaciones de incapacidad laboral en los grados de total, absoluta y gran invalidez, siendo pensiones vitalicias, pueden ser objeto de revisión, suspensión y extinción, que se configura como una medida verificable ante supuestos de error en el diagnóstico, agravación o mejoría. También por venir ejerciendo el beneficiario un trabajo, por cuenta propia o ajena, en aplicación del art. 200.3 LGSS, ya que al ponerlo en conocimiento de la Entidad Gestora, se debe tramitar el expediente administrativo de revisión grado para determinar si la situación invalidante permite o no desarrollar la actividad, siguiendo la previsión normativa del art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del RD 1300/1995, la cual se apoyaba en esas normas reglamentarias, para justificar la suspensión de la prestación en caso de incompatibilidad. Criterio de la Entidad Gestora rechazado por la Sala, que ha considerado estas disposiciones reglamentarias como *ultra vires*²³ de la manifestación legal de compatibilidad que establece el art. 141.2 LGSS/1994, que recordemos no se remite a desarrollo reglamentario alguno y por lo mismo ineficaces. Esa calificación dada por la Sala a estas normas no afecta al procedimiento administrativo de revisión para valorar si la actividad laboral es compatible o no con el derecho prestacional, pero siempre dentro de ámbito de compatibilidad marcado por la norma legal y de los términos que la jurisprudencia ha establecido para acotarla.

²² EDJ 2018/72646 - ROJ: STS 1805/2018 - Rec. 2322/2016.

²³ SSTs 30-1-2008 (Rec. 480/2007), 10-11-2008 (Rec. 56/2008), 23-4-2009 (Rec. 2512/2008), 14-10-2009 (Rec. 3429/2008), 22-12-2009 (Rec. 2066/2009) y 14-7-2010 (Rec. 3531/2009).

3. Trabajo y futuras prestaciones

El último aspecto que nos hemos planteado es analizar qué incidencia tendrán las nuevas cotizaciones satisfechas como consecuencia del trabajo del pensionista, en relación con la posibilidad de generar o mejorar futuras prestaciones, como la pensión de jubilación o una nueva de incapacidad, y si tienen eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida.

Pues bien, de forma genérica podemos anticipar que las situaciones de compatibilidad tienen, no solo el alcance de poder desarrollar una actividad profesional, sino que pueden concurrir con el derecho prestacional, y que este puede ser actualizado cuando esa concurrencia desaparezca, incrementando la base reguladora al computar las cotizaciones realizadas en ese espacio temporal. También que solamente se podrá mejorar o conceder nueva prestación, siempre y cuando se solicite en base a nuevas dolencias o la agravación de las anteriores que conlleven un grado superior de incapacidad.

El Tribunal Supremo ya se pronunció en sendas sentencias de 16 octubre de 2013²⁴ y de 3 de marzo de 2014²⁵. En ambos casos similares, se posibilita que un trabajador de la ONCE que compatibilizó su trabajo como vendedor del cupón con la prestación de GI, pueda con cargo a las ulteriores cotizaciones satisfechas como consecuencia del nuevo trabajo desarrollado siendo pensionista, lograr que tengan eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida. La Sala emplea como argumentación, la misma doctrina de la compatibilidad trabajo/pensión, aplicable al caso y para inclinarse a favor, por dos razones: la primera, hacer una interpretación de los textos legales que sea lo más favorable posible a la efectividad del derecho al trabajo, que no se haga de mejor condición al trabajador declarado en IPT que al declarado en IPA o GI, evitando una interpretación contraria que tendría cierto efecto desmotivador sobre la reincorporación social y laboral de quien se halla en esta situación; y la segunda, aunque sea *obiter dicta* en la sentencia recurrida, que aunque las nuevas cotizaciones habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras, ello no sería suficiente como para evitar que se produzca aquel efecto desincentivador que se intenta conjurar con la nueva doctrina. Se trata ahora de sacar las consecuencias lógicas de esta doctrina y de elevar a decisión lo que en ella aparecía como un *obiter dictum*: que las cotizaciones satisfechas como consecuencia del nuevo trabajo desarrollado por el pensionista han de tener efi-

²⁴ STS Rec. 907/2012 - EDJ 2013/292355 STS - ROJ: STS 6655:2013.

²⁵ STS Rec. 1246/2013 - EDJ 2014/38997 STS - ROJ: STS 1094:2014.

cacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida, prestación de IPA o GI, siempre y cuando la situación clínica del pensionista le impida seguir desarrollando la actividad profesional desarrollada desde que se produjo su primera declaración de incapacidad.

Otro supuesto es el de pensionista por incapacidad permanente, que después desarrolla un nuevo trabajo compatible y, con posterioridad y por otra contingencia, solicita nueva pensión por incapacidad permanente. El ámbito que analizamos es el de la compatibilidad/incompatibilidad entre pensiones.

Esta materia está resuelta por el TS en sentencia de 21 de febrero de 2018²⁶, en la que se denuncia la interpretación errónea del art. 122 LGSS/1994 en relación con el art. 139.4 del mismo texto legal. En este caso, la pretensión es la compatibilidad de una pensión de gran invalidez en un régimen especial, con la pensión de gran invalidez en el RGSS, teniendo en cuenta cotizaciones suficientes en ambos regímenes para dicho reconocimiento, y en la que se establece que, como regla general, la incompatibilidad entre pensiones la establece el art. 122 LGSS para las pensiones de un mismo régimen de la Seguridad Social, pero nada impide la compatibilidad entre pensiones de distintos regímenes.

En efecto, conforme a la doctrina de la Sala contenida, entre otras, en la STS de 22 de noviembre de 2010 (Rec. 233/2010), son compatibles las pensiones de incapacidad permanente generadas en distintos regímenes, como ya se ha venido pronunciando en múltiples ocasiones en las SSTS de 29.12.1992 (Rec. 128/1992), 20.1.1993 (Rec. 1729/1991), y 15.3.1996 (Rec. 1316/1995). Como señala la sentencia de 15 de julio de 2010 (Rec. 4445/09), los criterios generales sobre los que se asienta esta doctrina pueden resumirse en los puntos siguientes:

a) Los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen (STS de 14 de julio de 2014, Rec. 338/2013).

b) La incompatibilidad se rige por el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución (STS de 5 de febrero de 2008, Rec. 462/2007).

c) En caso de concurrencia de pensiones, lo jurídicamente correcto en tal supuesto es reconocer la nueva pensión, ya que así se permite que el asegurado ejercite el dere-

²⁶ STS n.º 174/2018, Rec. 1498/2016 y ROJ: 741/2018.

cho de opción que le atribuye el art. 122 LGSS/1994 (STS de 18 de diciembre de 2002, Rec. 173/2002).

d) La misma naturaleza contributiva del sistema, determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas, en la DA 38.^a LGSS/1994²⁷ (STS de 10 de mayo de 2006, Rec. 4521/2004).

Ahora bien, como añade la propia sentencia, el reconocimiento de la prestación de gran invalidez lleva consigo aparejado el complemento económico destinado a que el gran “inválido”, que necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, pueda remunerar a la persona que le atienda. Pero este complemento que no forma parte propiamente de la pensión ya que tiene distinta función, no puede percibirse doblemente en varios regímenes, por lo que el beneficiario solo podrá percibir un complemento, que será el del régimen que considere oportuno ejercitando el derecho de opción previsto en el art. 122 LGSS/1994. De manera que no procede el reconocimiento de dos prestaciones de GI de diversos regímenes, sino una única pensión de GI con su correspondiente complemento, pudiendo optar el beneficiario por la que régimen que más le interese, manteniéndose la otra pensión como IPA compatible con aquélla.

Queda por analizar los efectos que tiene sobre la pensión de jubilación, el trabajo compatible y cotizado desempeñado por un pensionista por incapacidad permanente o, planteado en otros términos, la incidencia de la prestación y un trabajo posterior, en la ulterior pensión de jubilación.

El art. 200.4 LGSS establece que “las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y siete años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo”. Por tanto, en el caso no haber desarrollado ninguna otra actividad laboral, el pensionista por incapacidad permanente pasará a ser considerado pensionista de jubilación, al alcanzar la edad, en las mismas condiciones y cuantía. Pero en el supuesto contrario que estamos analizando, la respuesta lógica basada en toda la doctrina expuesta sería que las cotizaciones realizadas por el pensionista por IP en el posterior trabajo compatible

²⁷ “Efecto de las cotizaciones superpuestas en varios regímenes en orden a las pensiones de la Seguridad Social”.

se tendrán en cuenta a la hora de calcular la futura pensión de jubilación una vez que alcance la edad, cómputo que afectaría tanto al cálculo de la base reguladora como al porcentaje aplicable a la misma.

Si esas nuevas cotizaciones tuvieran en el tiempo entidad suficiente para generar por sí mismas pensión de jubilación, devengarían simultáneamente, pero si ambas pensiones se causasen en el mismo régimen general de la Seguridad Social, por aplicación del actual art. 163 de la LGSS, el pensionista deberá optar por una de ellas. Sin embargo, se tendrá derecho a recibir las dos pensiones, en el caso de verse involucrados dos regímenes diferentes.

4. Epílogo: Panorama actual

A pesar de todo lo anteriormente expuesto y de que la controversia sobre la compatibilidad entre pensión y trabajo parece ya resuelta definitivamente por esta doctrina unificada reiterada jurisprudencialmente, todavía en la actualidad nos encontramos ante una praxis administrativa e incluso jurisdiccional, de índole obstruccionista y que se resiste a admitirla de hecho en la vida real. Asimismo, hallamos en una gran parte de la doctrina científica, una en acogida poco favorable a este nuevo criterio. Veamos a continuación algunas muestras.

Aunque resulte inaudito, podemos citar por ejemplo que recientemente y después de una década de pronunciamientos reiterados, el Tribunal Supremo²⁸ en sentencia de 20 marzo de 2019, ha tenido que pronunciarse de nuevo en otro supuesto similar a los anteriores. En este caso, al actor se le declaró en situación de IPA en 2009, teniendo en ese momento la profesión de cocinero autónomo. En de junio de 2016 comunica al INSS que iniciaba la realización de una actividad laboral a tiempo parcial por cuenta ajena como programador informático, simultánea a la condición de pensionista. Al mes siguiente se procedió por el INSS a declarar la incompatibilidad de la pensión con el trabajo por no ser adecuado con su estado. Tras reclamación previa y agotada la vía administrativa, formula demanda ante el Juzgado de lo Social que finalmente estima su pretensión, pero recurrida en suplicación por el letrado del INSS, la Sala de lo Social del TSJ, estimando el recurso formulado, se posiciona en una tesis ampliamente ya superada, argumentando que el art. 198.2 LGSS no establece una compatibilidad general, sino la posibilidad de que el pensionista pueda hacer uso de la capacidad residual que conserve para dedicarse a un trabajo de discreta intensidad en lo cuantitativo y cuali-

²⁸ STS (Social) de 20 marzo de 2019, n.º 233/2019, Rec.2648/2017, EDJ 2019/563378.

tativo, pero que si tal trabajo fuera normal no podría permanecer lucrándose de la prestación, y que la compatibilidad que se pretende no cuenta con amparo legal, porque se aspira a trabajar por cuenta ajena con jornada continuada sin abandonar la condición de incapacitado. Por descontento que el Tribunal Supremo, al amparo y aplicando toda la doctrina anterior, resuelve de nuevo estimando el recurso, y considera necesario concluir que el trabajador no ejercita una actividad profesional que sea perjudicial o inadecuada a su estado, que no se ha procedido por la gestora a la revisión de la incapacidad declarada en virtud de mejoría o error de diagnóstico, y que procede declarar compatible la situación de IPA reconocida con la realización del trabajo desempeñado.

En el ámbito doctrinal y frente a este criterio favorable, se posiciona entre otros, Gala Durán²⁹, quien critica que desde la perspectiva jurisprudencial, y fundamentadas en la voluntad de facilitar la inserción laboral de las personas que perciben una pensión por IPA o GI, se haya llegado a soluciones que llevan a la plena compatibilidad entre el cobro total de la pensión y el desarrollo de una actividad laboral, postura refrendada en el nuevo art. 141.3 LGSS/1994, y que resultan inasumibles desde la lógica global que subyace en el propio Sistema, a la vez que crea ciertas disfunciones y desigualdades de trato entre los propios pensionistas. Defiende la necesidad de reformarlo en base dos premisas: la necesidad de fomentar, facilitar y garantizar el acceso de este colectivo al empleo y su mantenimiento en el mismo; y mantener un necesario equilibrio entre el cobro de una pensión pública y la percepción de ingresos profesionales, sin generar situaciones de sobreprotección.

Asimismo, se manifiestan contrarios Álvarez Cortés y Alonso Russi³⁰, que en su “Comentario a la STS de 14 de Octubre de 2009”, no comparten el criterio de pretender que el sistema de Seguridad Social sirva como mecanismo de reinserción social de las personas con discapacidad, ya que los conceptos de marginalidad y exclusión social van ligados al ámbito del Trabajo Social y de los Servicios Sociales, y siempre vinculados al componente de la falta de ingresos. En aras al reparto de riqueza que suponen los recursos del Sistema, defienden que el que el acceso a otros ingresos condicione los beneficios del mismo, como ya ocurre con los pensionistas de jubilación que desean trabajar. Temen que mantener criterios de compatibilidad, con los estímulos económicos y con la reducción de cotizaciones sociales como mecanismos de reinserción, pueda suponer un problema importante en orden a la financiación de un Sistema que cada vez más tiene sus recursos limitados.

²⁹ Gala Durán, C.: *La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la ley 27/2011*. Temas Laborales n.º 122/2013, pp. 79-123.

³⁰ Álvarez Cortés, J. C. y Alonso Russi, E.: *Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena*. Temas Laborales n.º 106/2010, pp. 250 y ss.

También Moreno de Vega y Lomo³¹, argumenta que nuestro legislador plantea una regulación de la IP auspicando cinco posibles opciones, que toman su fundamento en el nivel de degradación de la capacidad laboral y funcional en general, y si por definición la IPA imposibilita para la práctica de cualquier actividad laboral, carece de sentido que ahora se trate de impulsar su compatibilidad con el empleo como vía de promoción del mismo, estimando que la única opción viable en caso de revisión de la aptitud profesional por la ulterior reincorporación al mercado de trabajo, es la suspensión de la prestación. Opina que no tiene sentido hablar de un potencial factor para la reinserción laboral, de una IPA a modo de trampolín para la recolocación en el mercado de trabajo, sino que es una prestación del Sistema que contribuye a la protección de ciertas personas con un específico grado de discapacidad, a través de la asignación de un recurso económico sustitutivo de las rentas salariales, garantizándose así su cometido de política social.

Todo ello pone de manifiesto las fisuras existentes en andamiaje legal, jurisprudencial y doctrinal sobre el que se ha edificado el debate sobre la compatibilidad trabajo/pensión para las personas con discapacidad, así como la conveniencia de una reforma puntual pero precisa que lo reconstruya y afiance.

IV. VALORACIÓN, CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La pensión de Gran Invalidez está sometida, en lo que respecta a su compatibilidad con el trabajo, a un régimen jurídico idéntico a la pensión de Incapacidad Permanente Absoluta, en el vigente art. 198.2 LGSS. Esa unicidad en el tratamiento remonta su origen al primer Texto Articulado de 1966 (art. 138.2), para extenderse posteriormente en su literalidad en mismo artículo de la LGSS/1974 y en la anterior LGSS/1994 (art. 141.2).

Ese mimetismo prorrogado a lo largo de toda la vigencia de nuestro actual sistema de Seguridad Social contrasta con el derrotero que han recorrido ambas figuras jurídicas. Si bien definidas por separado en cada uno de los citados cuerpos legales, justificaba su configuración unitaria el considerar la GI como un supuesto de IPA que requería su previa declaración como tal, una especie de IPA cualificada por la situación de dependencia del sujeto afectado. Pero aquella concepción identitaria quiebra, tras la entrada en vigor en 1982 de la LISMI, en que ambas figuras segregan su camino, y la GI se emancipa para erigirse como un grado propio y autónomo de Incapacidad La-

³¹ Moreno de Vega y Lomo, F.: “¿Compatibilidad entra pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4/2013, 20/9/2015.

boral, que no requiere desde entonces la previa calificación de IPA, con el propósito confesado por el legislador en la reforma de lograr la inserción laboral como vía hacia la integración social por medio de un trabajo útil y retribuido.

No ocurre lo mismo con el tratamiento de sus respectivas compatibilidades, cuya vigencia común permanece congelada en el tiempo, ajena a aquel cambio normativo. Siendo figuras jurídicas independientes y autónomas, contrastan en su definición legal pero coinciden en sus consecuencias legales, y no deberían ser sometidas a tratamientos identitarios, sino más bien propios y autónomos. La IPA presupone una concepción profesional basada en un criterio de capacidad laboral residual, mientras la GI califica una situación vital identificada por la necesidad de asistencia personal. La IPA por definición inhabilita para el ejercicio de toda profesión u oficio, pero la GI se define sin aludir a aquella radical connotación laboral, por lo que no podemos compartir la equiparación de ambos grados en lo que atañe a su compatibilidad con el trabajo, en cuanto a que la capacidad laboral puede ser diferenciada. La lógica legal orienta a aplicar a la GI el régimen de compatibilidad con el trabajo del art. 198, en el grado que en aquella haya sido reconocido, ya sea IPT, IPA o autónomo, en cuyo caso requiere un tratamiento propio. Ateniéndonos a la redacción literal del art. 198.2, en su filtro legal a efectos de compatibilidad solo debe ser sujeta al escrutinio del doble requisito exigido: la compatibilidad con su estado y que no implique un cambio de su capacidad.

En cambio, su indefinición ha propiciado debates interpretativos que han conducido a soluciones tan bien fundamentadas como antagónicas. La ingeniería hermenéutica desplegada hasta ahora, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, tiene respaldo en un defecto de técnica legal en su redacción, hasta el punto de que el propio TS lo califica de un precepto “críptico”, o de “elíptico” por la más reconocida doctrina, y que conduce al enfrentamiento del razonamiento interpretativo con el concepto de IP vinculado.

En la actualidad, y aunque parece que la controversia está ya resuelta definitivamente por la doctrina unificada del Tribunal Supremo, sin embargo no puede asegurarse la permanencia en el tiempo de un resultado, cuyo vuelco radical para admitir la compatibilidad plena, se ha basado en unos fundamentos de derecho que también pudieron haber sido utilizados perfectamente con al menos dos décadas de antelación por la misma Sala del TS que antes mantenía la posición contraria, y que concluye declarando la evidencia de “reconocer la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión”.

Conclusión que nos permite, asumiendo como propia esa opinión más autorizada, presentar la primera propuesta de la necesidad de un cambio normativo que clarifique dotando de seguridad jurídica, los espacios de penumbra sembrados con la vigente regulación, que ha permanecido estable a lo largo de más de medio siglo y donde el legislador resuelva expresamente sobre la compatibilidad de ambos derechos.

Como hemos visto, la posición de gran parte de la doctrina científica se mantiene enquistada en un criterio de incompatibilidad, que tiene su lógica fundamentada en los principios informadores del sistema de Seguridad Social, y en la consideración de las prestaciones como rentas sustitutorias del salario que obedecen a estados de necesidad. Y es cierto que así fue concebido el Sistema en sus orígenes, pero los tiempos cambian y la realidad evoluciona, por lo que se demandan soluciones que resuelvan los nuevos desafíos.

El sistema de Seguridad Social despliega su acción protectora mediante prestaciones, para atender las situaciones de necesidad social de los beneficiarios protegidos, surgidas al materializarse el riesgo de la contingencia asegurada. Sus elementos básicos son: la contingencia protegida, la situación o estado de necesidad, y la prestación asignada para paliar el daño. La prestación, en este caso pensión vitalicia, es el mecanismo protector del Sistema cuyo alcance se basa en unos parámetros previamente tasados, que no cubre en su integridad el daño causado. Y ello porque, según el TC, en nuestro Sistema prima la noción de estado de necesidad (que se presume *iuris et de iure*) frente al concepto de riesgo protegido (SSTC 103/1983 y 239/2002).

Las prestaciones de IP no tienen carácter indemnizatorio, sino que se configuran como un mecanismo de sustitución de las rentas de activo, ya que la pensión que genera compensa al salario perdido. Esa pensión que obedece a un criterio contributivo, sobre la base de las cotizaciones previamente aportadas.

Sin embargo, el principio de suficiencia económica es también un mandato constitucional (art. 41 CE) hacia los poderes públicos, que han de garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

Si la protección económica depende del estado de necesidad sobrevenido, se debería tener en cuenta tanto el defecto de ingresos laborales como también paralelamente el incremento del gasto. Y esta ponderación es un elemento esencial, en la que, en nuestro Sistema, siempre ha primado el lucro cesante (pérdida de rentas del trabajo), sobre el daño emergente (sobrecoste generado por la incapacidad). Pero es que la discapacidad conlleva unas consecuencias económicas negativas, tanto por la vía de detracción de ingresos procedentes de la actividad y el empleo, como por un incremento

de los costes que supone convivir con una discapacidad, sufriendo un agravio económico comparativo³² con relación al resto de la población “normalizada”.

Este desequilibrio es otra conclusión que nos permite aportar una segunda sugerencia a modo de propuesta, para que en una modificación del *quantum* prestacional se reestablezca un mayor equilibrio, valorando dentro del complemento de gran invalidez, la incidencia de la incapacidad laboral en el sobreesfuerzo económico derivado de la necesidad de convivir *sine die* con una discapacidad y en situación de dependencia (agravio socio-económico).

En cuanto a la inserción laboral de las personas con discapacidad, el INE realizada con periodicidad anual la operación estadística *El Empleo de las Personas con Discapacidad*³³. Los últimos datos publicados corresponden al año 2019, y se caracterizan por su baja participación en el mercado de trabajo. Así, la tasa de actividad es inferior a la mitad de la que se registra para las personas sin discapacidad, y entre las activas la ocupación es también mucho menor, porque la tasa de empleo es inferior a la mitad, mientras la tasa de paro es superior en casi el doble, para personas con discapacidad con relación al resto. Y esa inactividad laboral está causada sustancialmente por la IP, ya que las pensiones constituyen una garantía económica difícilmente renunciabile, que “oficiosamente” los inhabilita para trabajar.

En conclusión, las políticas activas de empleo desarrolladas han resultado insuficientes para compensar las desventajas a las que se enfrentan las personas con discapacidad, por lo que, y sin perjuicio de su mantenimiento y refuerzo, convendría prestar atención a la vertiente pasiva de la política de empleo, y dentro del cauce protector del sistema de Seguridad Social, velar para que hoy en día la ambigüedad de la LGSS no suponga una barrera regulatoria hacia el ejercicio real y efectivo del derecho al trabajo, para lo que resulta determinante que la regulación jurídica de las prestaciones públicas no tenga una influencia inhibidora en el acceso al mercado de trabajo³⁴.

³² Jiménez Lara, A. y Huete García, A.: *Estudio sobre el agravio comparativo económico que origina la discapacidad*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Universidad Carlos III de Madrid, 2011, pp. 36 y ss. y 41 y ss.

³³ Disponible en Internet:

https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736055502&idp=1254735976595

³⁴ VERDUGO, M. A.: *Influencia en la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de las personas con discapacidad*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Madrid, 2009, pp. 75, 82 y 83.

En esa línea podemos aventurar la propuesta fundamental para que el legislador zanjara definitivamente el debate expuesto, en la línea apuntada por las recientes sentencias del TS, admitiendo expresamente en la reforma la compatibilidad entre la pensión de GI y el trabajo. Y también acabar con el anacronismo de su propia definición, abandonando el peyorativo término de “invalidez” que aún permanece congelado en el tiempo a pesar de la armonización terminológica llevada a cabo en su día por la Ley 27/1997, para pasar a denominarse pensión de Gran Incapacidad en coherencia con la nomenclatura adoptada en el resto de grados de IPL.

Los argumentos para avalar su encaje jurídico tienen su base en que, la necesaria inserción laboral de las personas con discapacidad demanda interpretar el art. 35 CE a la luz del art. 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que requiere a los Estados Partes para salvaguardar y promover su ejercicio del derecho al trabajo, “incluidas las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo”, situándolo en conexión con los valores y derechos constitucionales de los arts. 9.2, 14, 41 y 49 CE, que obligan a los poderes públicos a desarrollar a favor de aquellas una política integral tuitiva e integradora en la sociedad, así como de llevar a cabo acciones para “promover las condiciones” y “remover los obstáculos” para su acceso al mercado de trabajo, que legitima la adopción de medidas de “discriminación jurídica positiva”, de manera que el trato favorable se convierte en una exigencia que emana del derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación en el empleo, de las personas en razón de su discapacidad. Se fundamenta en que las desigualdades de partida deben ser corregidas con medidas de acción positivas que compensen la desigualdad real, y lo ampara nuestro Tribunal Constitucional al admitir “la legitimidad de un derecho desigual igualatorio” (SSTC 128/1987 Y 229/1992), señalando que la finalidad de erradicar una discriminación o desventaja existente, puede ser un argumento justificador de diferencias de trato, siendo preciso que se produzca en un ámbito en el que efectivamente exista una situación real de desventaja, y que la medida diferenciadora sea adecuada para la corrección de la misma.

Esta aspiración viene refrendada en posiciones oficiales, como la Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012, donde se manifestó la necesidad de tomar medidas para que las pensiones por incapacidad laboral de quienes se incorporan al trabajo no se vean reducidas por haber accedido a un empleo, y que el sistema de Seguridad Social no suponga una traba para el acceso al empleo de calidad de las personas con discapacidad, sino que se estimulen compatibilizándolas en tránsito de medidas pasivas a medidas activas (apartados 1.5 y 6).

También el informe de la renovación del Pacto de Toledo, de diciembre de 2011, recomienda que el camino debe seguir siendo ser la plena compatibilidad entre el tra-

bajo y la pensión, y recoge que “la Comisión entiende que debe flexibilizarse el régimen jurídico de las pensiones por incapacidad permanente, para moderar la incompatibilidad existente que obliga a elegir entre pensión o trabajo. Ello induce a las personas que han adquirido una discapacidad durante su vida laboral a optar por la pensión y, consiguientemente, a permanecer en situación de inactividad, cuando podrían, en muchos casos, desarrollar una actividad laboral acorde con sus circunstancias”.

Se hace también necesario combatir una realidad, cuyo reflejo social subyace en el análisis estadístico que el CIS publicó en Septiembre de 2016, en su Estudio nº 3150, sobre la Percepción de la Discriminación en España, y donde se planteó el interrogante de si en España, a igualdad de formación y experiencia, todas las personas tienen las mismas oportunidades a la hora de ser seleccionadas para un puesto de trabajo, siendo negativa la respuesta mayoritaria con el 78,4 % de los encuestados; pues bien sobre la causa de ello y entre las respuestas mayoritarias se citaron como características, la de tener una discapacidad física o psíquica en un 37,9 % y 43,4 % respectivamente.

Hay que concluir insistiendo en la importancia que tiene para las personas que se enfrentarán a una discapacidad durante su trayectoria vital, el acceso empleo con el objetivo de promover su inclusión social y calidad de vida, mediante el trabajo en un mercado laboral abierto, inclusivo y accesible, donde puedan integrarse compitiendo con igualdad de oportunidades y desde el puesto adecuado, en niveles de eficiencia y productividad, con el propósito añadido de aumentar el empleo (propio y ajeno) y la actividad económica, generando a su vez inercias de retorno económico a favor de la Hacienda Pública.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M.: *Invalidez Permanente y Seguridad Social*. Madrid, Editorial Civitas, 1982.
- ÁLVAREZ CORTES, J. C. y ALONSO RUSSI, E.: “Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena”. *Temas Laborales*, n.º 106, 2010.
- BARBAMORA, A.: *Incapacidad permanente y Seguridad Social*. Navarra, Aranzadi, 2001.
- GALA DURÁN, C.: “La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la ley 27/2011”. *Temas Laborales*, n.º 122, 2013.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias”; en AGUSTÍ JULIÀ, J. y FARGAS, J. (Coord.): *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*. Albacete, Bomarzo, 2010.

- HUETE GARCÍA, A. (Tesis Doctoral): *La discapacidad como factor de exclusión social. Evidencias empíricas desde una perspectiva de derechos*. Salamanca, 2012.
- JIMÉNEZ LARA, A. y HUETE GARCÍA, A.: *Estudio sobre el agravio comparativo económico que origina la discapacidad*. Madrid, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Universidad Carlos III de Madrid, 2011.
- LÓPEZ-TARRUELLA, MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: *El trabajo del inválido permanente absoluto: compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*. Madrid, Civitas, 1991.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y ROMERO RODENAS, M. J.: *La Incapacidad Permanente: acción protectora, calificación y revisión*. Bomarzo, 2011.
- MERCADER UGUINA, J. R. (Director), ARAGÓN GÓMEZ, C. (Coordinadora) y otros: *La Compatibilidad de las Prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el Trabajo*. Valladolid, Thomson Reuters, 2013.
- MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “¿Compatibilidad entra pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?”. *Aranzadi Social*, n.º 4, 2013.
- ROMERO RODENAS, M. J.: *La Compatibilidad del Trabajo con las Prestaciones de Seguridad Social*. Albacete, Bomarzo, 2019.
- ROQUETA BUJ, R.: “El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 29, 2001.
- VERDUGO, M. A.: *Influencia en la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de las personas con discapacidad*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Madrid, 2009.

RESEÑAS, RECENSIONES Y COMENTARIOS SOBRE PRONUNCIAMIENTOS DE TRIBUNALES, ASÍ COMO DE NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS DE ESPECIAL RELEVANCIA

Antonio-Luis Martínez-Pujalte

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

Director de la Cátedra de Discapacidad y Empleabilidad

Universidad Miguel Hernández de Elche

Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad

LA LEY DE EUTANASIA: UN PASO ATRÁS*

EUTHANASIA LAW: A STEP BACK

Pienso que puede afirmarse que, desde que en el año 2003 se aprobase la ya célebre LIONDAU, en nuestro país se ha producido un avance permanente –sin duda lento, pero con importantes conquistas año tras año– hacia la implantación del modelo social y el reconocimiento de la plena igualdad de derechos de las personas con discapacidad. En este camino, sin embargo, la reciente aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, constituye un llamativo paso atrás, que nos retrotrae a las versiones más obsoletas del modelo de la prescindencia.

Nos encontramos, en efecto, ante una Ley que parece pensada principalmente para las personas con discapacidad. Así lo muestra, sobre todo, la definición de uno de los dos supuestos habilitantes de la solicitud de eutanasia: el que la Ley denomina “padeamiento grave, crónico e imposibilitante”, que define como la “situación que hace re-

* Recibido el 23 de abril de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

ferencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable”. Es manifiesto el enfoque capacitista de esa definición, en la que se habla con toda claridad de circunstancias que generan una discapacidad. La redacción del artículo 3 b) de la Ley parece incluso despreciar la existencia y la relevancia de los apoyos para la autonomía personal –incluidos los apoyos tecnológicos–, que pueden permitir a una persona superar sus limitaciones para el desarrollo de las actividades de la vida diaria.

Nos encontramos, en suma, ante una invitación pública a que las personas con discapacidad, especialmente con discapacidades graves, opten por la terminación de su vida. Facilitar esta opción supone una grave dejación de sus responsabilidades por parte de los poderes públicos, que han de proporcionar todos los medios necesarios para que las personas con discapacidad cuenten con los apoyos que precisen para facilitar su autonomía personal y alcancen una calidad de vida digna. En cambio, parece sugerirse que una alternativa al menos igualmente razonable es la terminación de su vida, reflejando claramente, de este modo, la continuidad en nuestro ordenamiento jurídico del modelo de la prescindencia.

Se trata, por lo demás, de una disposición legislativa que promoverá y reforzará el estereotipo según el cual la vida de las personas con discapacidad tiene menos valor o menos calidad, lo que, como expresara recientemente el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sucede siempre que el acceso a la muerte asistida se extienda más allá de los enfermos terminales cuya muerte es previsible “para incluir a las personas con discapacidad que presentan deficiencias o enfermedades degenerativas y a las personas con deficiencias estables que experimentan una funcionalidad reducida”, como ocurre con la Ley española. La norma se sitúa, por tanto, en franca oposición con el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que exige a los Estados luchar contra los prejuicios y estereotipos respecto de las personas con discapacidad. Es particularmente grave que, además, en este caso el prejuicio pueda ser asimilado por las propias personas con discapacidad –en una clara forma de opresión interiorizada–, que pueden verse inclinadas a optar por la eutanasia como consecuencia de las presiones del entorno social o familiar.

Por si fuera poco, las consecuencias negativas para las personas con discapacidad de la nueva Ley se ven agravadas, además, por una de sus disposiciones más preocupantes, concretamente la contenida en el art. 5.2, que dispone que no será preciso que

el paciente solicite la prestación de ayuda para morir “en aquellos casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes... y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos”. En otras palabras: basta la opinión de un médico –sin control alguno de carácter judicial ni de cualquier otra naturaleza– que entienda que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades o que carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, para que en tal caso la eutanasia pueda aplicarse si la persona, en una situación previa a la discapacidad o enfermedad, la eligió para el futuro en un documento de instrucciones previas, sin que se le permita modificar la elección realizada entonces. Nos encontramos ante una flagrante violación del artículo 12 de la Convención, que reconoce a las personas con discapacidad el derecho a ejercer por sí mismos la capacidad jurídica, con los apoyos que precisen, y a adoptar sus propias decisiones, derecho que por supuesto incluye la facultad de modificar, cuando lo estimen oportuno, las decisiones adoptadas previamente; y que resulta además profundamente incoherente 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, que curiosamente se ha tramitado a la vez, y cuyo principio rector es el respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad. En cambio, la Ley de regulación de la eutanasia prescinde de la voluntad, las preferencias y la decisión de la persona y permite que sea sustituida en la toma de decisiones en una materia tan grave como el fin de la propia vida.

Me gustaría concluir con una última reflexión. En el trasfondo de esta Ley parece inevitable descubrir una mentalidad utilitarista, que otorga un menor valor a la vida de aquellas personas que, por encontrarse en situación de fragilidad o vulnerabilidad, están en condiciones de prestar una menor aportación a la sociedad y en cambio reclaman de ella mayores atenciones y cuidados, y por ello están legitimadas para solicitar la prestación de ayuda para morir. Ese enfoque es intrínsecamente capacitista y negador del igual valor de la vida de las personas con discapacidad.

Mariana Samaniego González

Asociada Principal en J&A Garrigues

Gregorio Saravia Méndez

Doctor en Derecho, Programa en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Delegado de Derechos Humanos y para la Convención del CERMI

////////////////////////////////////
**COMENTARIOS A LA SENTENCIA N.º 89/20 DEL JUZGADO DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 5 DE OVIEDO Y A LA SENTEN-
CIA 00780/2020 DEL TSJ DE ASTURIAS DESDE LA PERSPECTIVA DE
LAS OBLIGACIONES LEGALES DE CONTRATACIÓN DE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD***

**COMMENTS ON JUDGMENT NO. 89/20 OF THE CONTENTIOUS-AD-
MINISTRATIVE COURT NO. 5 OF OVIEDO AND JUDGMENT 00780/2020
OF THE TSJ OF ASTURIAS FROM THE PERSPECTIVE OF THE LEGAL
OBLIGATIONS OF HIRING PEOPLE WITH DISABILITIES**

La necesidad de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo del derecho de acceso al empleo por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas deriva de los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española (CE) y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) ratificada por España.

* Recibido el 18 de mayo de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

De hecho, la CDPD en su artículo 27 reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás e insta a los Estados parte a que promuevan el ejercicio del derecho al trabajo adoptando medidas pertinentes. Los Estados Parte se comprometen a promulgar legislación que no sólo prohíba la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a cualquier forma de empleo, sino también para emplear a personas con discapacidad en el sector público y promover el empleo de las mismas en el sector privado, mediante políticas y medidas pertinentes.

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 (TRLGDPD), estableció que será finalidad de la política de empleo la de 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. Para ello, las administraciones públicas competentes fomentarán sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, y promoverán los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo.

El TRLGDPD, en relación con el ejercicio del derecho al trabajo por parte de las personas con discapacidad, distingue tres tipos de empleo (ordinario, protegido en centros especiales de empleo y autónomo) y sobre el acceso al empleo público contempla que se fomentará el empleo de las personas con discapacidad mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su inclusión laboral. A su vez, el propio TRLGDPD establece una cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. En este sentido, exige a las empresas de más de 50 trabajadores la incorporación de un porcentaje de personas con discapacidad no inferior al 2 %. Este sistema de cuotas garantiza que estas personas no queden excluidas en su totalidad del mercado laboral. En el empleo público, se reserva un 7 % de las plazas para las Administraciones Públicas, disponiendo de adaptaciones en las pruebas si son necesarias. El 2 % de las plazas deben ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas por personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

Todas las modalidades laborales mencionadas presentan una incuestionable misión social. Sin embargo, todas han de ir encaminadas, siempre que sea posible, al empleo ordinario, el máximo exponente de la plena inclusión. Para favorecer esta modalidad, cabe destacar medidas como las reducciones y bonificaciones en las cuotas de cotización, tanto para trabajadores asalariados como por cuenta propia, o la modalidad de contratación específica para personas con discapacidad, en el caso del empleo por cuenta ajena.

Si bien la inclusión de las personas con discapacidad es un derecho incuestionable, en la práctica no está libre de resistencias que les impide el disfrute pleno de sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía.

Las personas con discapacidad, especialmente las que tienen discapacidad severa, conforman un grupo con altas tasas de desempleo. No tenemos una fotografía actual del mercado de trabajo de las personas con discapacidad, pero en el último informe Odismet 2021, que son los últimos datos disponibles, se registran un total de 1.876.900 personas con discapacidad entre los 16 y los 64 años, lo que representa un 6,2 % de la población de España. Desde 2008 el colectivo ha crecido en 795.100 personas, lo que supone que desde dicho ejercicio la tasa de prevalencia se ha incrementado en 3,8 puntos. Los indicadores vinculados al empleo muestran notables diferencias entre la población general y las personas con discapacidad, evidenciando la complejidad del acceso al empleo para este grupo.

De dichos datos obtenemos un total de 1.238.400 personas con discapacidad inactivas laboralmente, siendo la principal causa de inactividad la situación de incapacidad permanente (61,2 %). Los datos de paro advierten de 79.523 personas con discapacidad paradas de larga duración, es decir, el 53,7 % del total de personas con discapacidad demandantes de empleo. El paro de larga duración afecta en mayor medida a las mujeres, los mayores de 45 años y a aquellos sin formación o con estudios primarios.

También hay precariedad laboral. Tan solo 10 de cada 100 contratos son de carácter indefinido. El salario medio anual bruto de las personas con discapacidad se fija en 19.946,2€, un 17,3 % menos que la población general. Desde 2010, ese salario se ha visto reducido en 607€; situación que no se reproduce en la población general, donde el incremento salarial es tenue pero constante.

La precariedad se hace más patente en los grupos más vulnerables. Las mujeres con discapacidad son objeto de una multidiscriminación que condiciona significativamente su acceso al empleo y sus condiciones laborales. La brecha salarial de género afecta a este segmento de manera incisiva. Igualmente sucede con aquellos con discapacidad intelectual y en los segmentos de menor edad.

Si analizamos la Estrategia Europea sobre los Derechos de las personas con Discapacidad 2021-2030 y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS) de la ONU podemos apreciar una perspectiva de políticas sociales de empleo para las personas con discapacidad que se está impulsando.

La Estrategia de los Derechos de las Personas con Discapacidad 2021-2030 se enmarca dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU. Los ODS conforman una agenda de política internacional que promueve la cooperación internacional y el desarrollo legislativo nacional para crear sociedades más justas e igualitarias. Ambas se caracterizan por tratarse de una hoja de ruta.

En el contexto europeo, el Parlamento Europeo ha fijado entre sus objetivos en materia de políticas sociales un compromiso con el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el diálogo entre la dirección y otros miembros del personal, el desarrollo de los recursos humanos para garantizar un nivel de empleo elevado y duradero y la prevención de la exclusión social. Se trata de objetivos comunes de la Unión Europea y sus Estados miembros en materia social y laboral, cuya base jurídica se encuentra en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y artículos 9, 10, 19, 45 a 48, 145 a 150 y 151 a 161 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

A pesar de que el papel del Parlamento se ha limitado durante mucho tiempo a la consulta y la supervisión, se muestra activo en el impulso de las medidas de la Unión en los ámbitos del empleo y la política social. Desde las primeras fases de la integración europea, el Parlamento ha abogado reiteradamente por una política social más activa para reflejar la importancia creciente de la Unión en la vida económica, apoyando las distintas propuestas de la Comisión en este ámbito.

En cuanto al empleo, la Comisión recuerda que, tras la evaluación de la estrategia de discapacidad 2010-2020, señaló al empleo como una de las 5 prioridades de la agenda política para acciones futuras. La situación de las personas con discapacidad en el mercado laboral en Europa traducida en cifras sería así:

50,8 % de personas con discapacidad están empleadas en comparación con el 75 % de personas sin discapacidad;

37,6 % personas con discapacidad son inactivas en comparación con el 17,6 % de personas sin discapacidad;

28,4 % de personas con discapacidad están en riesgo de pobreza y exclusión social comparadas con el 18,4 % de personas sin discapacidad.

Este es el duro contexto social y normativo, a nivel nacional y europeo, que ha de servir de base para el análisis de los recientes pronunciamientos judiciales en materia de empleo de las personas con discapacidad.

En concreto, merece la pena destacar que, el día 13 de mayo de 2020, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 5 de Oviedo estimó el recurso interpuesto contra la Resolución de 28 de mayo de 2019 del Rector de la Universidad de Oviedo (confirmada en reposición) por la que se convoca una plaza de Profesor Ayudante Doctor, adscrita al Departamento de Historia, Área de conocimiento de Historia Contemporánea, que se declaró nula por no ser conforme a derecho. Asimismo, se condenó a la Universidad de Oviedo a publicar una nueva convocatoria de la citada plaza sin el requisito específico de tener un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, al que nos referiremos posteriormente. Dicha Sentencia fue confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Asturias mediante Sentencia, de 9 de diciembre de 2020.

En relación con estas Sentencias realizaremos una serie de breves consideraciones.

En primer lugar, es menester subrayar que, en la Resolución, de 28 de mayo de 2019, objeto de recurso, por la que se convocó una plaza de Profesor Ayudante Doctor en la Universidad de Oviedo, se había incluido como requisito específico el de tener un grado de discapacidad igual o superior al 33 %. La recurrente consideró, en particular, que la introducción ex novo de este requisito específico en la convocatoria, sin que el mismo hubiera sido objeto de análisis en los trámites administrativos previos a dicha convocatoria (informes del Departamento y del órgano de representación del personal), viciaba la resolución de nulidad de pleno derecho al no haberse seguido el procedimiento establecido y vulnerar el principio de igualdad.

En segundo lugar, al margen de las cuestiones procesales suscitadas, tanto el Juzgado como el TSJ de Asturias consideraron que en el procedimiento quedó probado que el requisito de discapacidad fue introducido directamente en la convocatoria, sin que se hubiera planteado en los trámites previos regulados en la normativa aplicable. Siendo ello así, y tratándose de un requisito esencial que alteraba la naturaleza de la convocatoria, se concluye que no se observó el procedimiento establecido. Por ello, como se ha adelantado, el Juzgado estimó el recurso y se anuló la Resolución impugnada, condenando a la Universidad de Oviedo a publicar una nueva convocatoria de la plaza sin el requisito específico de tener un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, criterio que fue confirmado en apelación por el TSJ.

En particular, el TSJ de Asturias señaló que no puede hurtarse a los señalados órganos informantes del análisis de las características definitorias de la plaza que se propone (esto es, del requisito específico de discapacidad), de modo que, una vez configurada la plaza, no pueden cambiarse aquellos requisitos específicos que afectan *“al devenir procedimental, al derecho de participación de los interesados y a la publicidad”*, sin someter de nuevo el proceso a las garantías procedimentales establecidas

para el acceso a la función pública. Parece, además, que la introducción de dicho requisito se había producido a instancias de la persona interesada, según se refleja en la Sentencia del TSJ de Asturias.

En tercer lugar, del análisis de ambas Sentencias se desprende que la Universidad de Oviedo había invocado a lo largo del proceso la normativa en materia de discapacidad y, en particular, el cumplimiento de las obligaciones legales de contratación de personas con discapacidad (en concreto, se extrae que esta plaza, no incluida en la Oferta pública de la Universidad por su carácter temporal, habría de servir para sumarse al cupo legal). El TSJ de Asturias, sin embargo, apuntó que no se cuestionan las competencias de los órganos de la Universidad ni “*se desconocen los derechos de las personas con discapacidad reconocidos legalmente*”, sino el procedimiento seguido.

En cuarto lugar, frente a la Sentencia del TSJ de Asturias cabía, en principio, recurso de casación en el plazo de 30 días. No obstante, no hay constancia de que haya sido interpuesto en plazo.

Partiendo del anterior análisis sobre el alcance de ambas Sentencias y atendiendo a su fundamentación decisoria puede afirmarse que no se examina tanto la provisión de puestos del sector público por personas con discapacidad –en este caso, en la Universidad–, ni siquiera en aquellos puestos de carácter temporal, sino que, más bien, se critica el procedimiento seguido por la Universidad en este supuesto concreto. Sin embargo, quizás hubiera sido una buena ocasión para que los pronunciamientos judiciales hubieran profundizado más en la cuestión y, en particular, en el alcance de estas obligaciones respecto de las plazas de carácter temporal, lo que no fue objeto de análisis específico.

Como conclusión, se puede sostener que no se sienta un criterio sobre el acceso de las personas con discapacidad a la función pública en la Universidad que pueda resultar extrapolable a todos los supuestos, con carácter general, sino solo respecto de aquellos en los que se planteen cuestiones procedimentales similares a las analizadas y, en particular, en los que el requisito específico de discapacidad no se valore en los eventuales trámites previos a la convocatoria que resulten exigibles según cada procedimiento específico. Sin embargo, esta hubiera podido ser una buena ocasión, como venimos señalando, para analizar el alcance y la verdadera aplicación de las obligaciones normativas en materia de discapacidad, en especial, en el marco de los procesos selectivos en el ámbito universitario, e ir generando el necesario acervo interpretativo que incentive que la discapacidad sea un factor a tener presente.

Gregorio Saravia Méndez

Doctor en Derecho, Programa en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Delegado de Derechos Humanos y para la Convención del CERMI

Beatriz de Miguel Vijandi

Coordinadora General de Fundación Derecho y Discapacidad

////////////////////////////////////
**SOBRE EL DIÁLOGO CIVIL Y LA PARTICIPACIÓN DEL TERCER SEC-
TOR DE ACCIÓN SOCIAL: ALGUNOS EJEMPLOS RECIENTES***

**ON SOCIAL DIALOGUE AND SOCIAL THIRD SECTOR PARTICIPA-
TION: SOME RECENT EXAMPLES**

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia del diálogo social, un concepto totalmente arraigado que se mantiene entre gobiernos e interlocutores sociales (representantes de las empresas y de los trabajadores), el diálogo civil es una noción de carácter más reciente, menos estructurada y que se encuentra inmersa en un proceso de consolidación. Desde el punto de vista de su definición, se puede afirmar que el diálogo civil es el que mantienen las instituciones de gobierno con la sociedad civil organizada. En el marco de las sociedades más avanzadas, es posible observar una sociedad civil robusta que se organiza en asociaciones, fundaciones, plataformas, redes y foros que conforman las organizaciones no gubernamentales (ONG) y es a las que corresponde mantener vivo y dinámico el diálogo civil.

* Recibido el 15 de mayo de 2021. Aceptado el 15 de julio de 2021.

Si bien la democracia representativa tiene entre uno de sus pilares fundamentales el principio por el cual la ciudadanía delega el poder de dirección de los asuntos públicos en los gobernantes que son libremente elegidos mediante procesos electorales periódicos, en las últimas décadas se ha asistido al convencimiento de que los poderes públicos no pueden gestionar políticas idóneas sin escuchar a la ciudadanía. No se trata de echar a un lado el principio de representación, sino de fortalecer los canales de la democracia participativa en la que la ciudadanía lleva a cabo una enriquecedora aportación para una mejor gestión de los asuntos públicos.

El diálogo civil es, por tanto, un aliado indispensable para una democracia que aspire a perfeccionarse e incorporar en su seno las contribuciones que la sociedad civil está llamada a hacer para incrementar la calidad de la gobernanza y la toma de decisiones sobre las políticas públicas.

Reflexionar sobre el diálogo civil conduce también a hacerlo sobre el Tercer Sector, ya que resulta esencial escuchar y abrir los caminos de la participación a las personas y grupos más vulnerables de la sociedad. En efecto, la acción de gobierno destinada a paliar la pobreza y la exclusión social tiene que tener una especial consideración sobre el papel que cumple el Tercer Sector. De ahí que los poderes públicos no pueden llegar a diseñar y poner en marcha políticas eficaces –en cuestiones tales como la solidaridad, la igualdad de oportunidades o la no discriminación– sin tender con el Tercer Sector un puente de diálogo abierto, transparente y frecuente.

En los apartados siguientes se ofrecerán de forma sucinta algunos apuntes sobre el diálogo civil, una realidad que ha llegado para quedarse y que acrecienta la calidad democrática a la vez que potencia nuevas perspectivas para una gobernanza acorde con los desafíos actuales, y aportar algunos ejemplos recientes que permitan ilustrar cómo se ha desarrollado la práctica del diálogo civil en el marco del Tercer Sector de Acción Social (TSAS) recientemente, sin la pretensión de aportar un análisis profundo de estas prácticas, sino más bien exponer unas realidades recientes.

2. DESARROLLO DEL DIÁLOGO CIVIL EN EL MARCO DEL TRATADO DE LISBOA

La Unión Europea (UE) entiende al Diálogo Civil como uno de los principios democráticos fundamentales. De hecho, así aparece recogido en el propio Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la UE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea firmado el 13 de diciembre de 2007, cuando dispone en su artículo 11 que *“las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente*

sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión”, añadiendo a continuación que “las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil”.

A ello se une la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de enero de 2009, sobre las perspectivas de desarrollo del diálogo civil en el marco del Tratado de Lisboa cuando proclama que el diálogo civil es un principio superior en todos los ámbitos de actuación de la Unión Europea.

También deben mencionarse aquí, en primer lugar, el artículo 15 del TFUE, que específicamente reconoce a la sociedad civil como parte de la *buena gobernanza* y el Comité Económico y Social Europeo, que en principio representaría a la sociedad civil a nivel de la UE, pero en el que inexplicablemente no pueden participar las entidades del TSAS en igualdad de condiciones que los agentes sociales.

Instituciones europeas, tales como la Comisión Europea y el Parlamento Europeo, han reconocido al Tercer Sector como pieza fundamental en el desarrollo social y económico. Y debe resaltarse que las disposiciones adoptadas por las instituciones comunitarias han contribuido a darle al TSAS una mayor visibilidad institucional. Sin embargo, no siempre ha sido así. Dicho reconocimiento ha sido gradual, discontinuo y desigual por parte de las instituciones.

El avance hacia el reconocimiento institucional del TSAS en la UE y la articulación de políticas europeas se ha visto favorecida por las medidas integradas en la Estrategia 2020 que fortalecen la colaboración entre el Tercer Sector y las instituciones comunitarias. La consideración del gasto en política social como una inversión y no como un coste, ha servido de acicate para una mayor inversión social por parte del TSAS. Ejemplo de ello, son las disposiciones que regulan la política de cohesión durante el periodo 2014-2020, en especial el Fondo Social Europeo, que es una de las principales fuentes de financiación del sector.

Por otro lado, la aprobación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública reconoce las especificidades de los servicios sociales de interés general y permite que la prestación de servicios sociales pueda realizarse a través de procesos diferentes a la contratación pública compatibles con los principios de transparencia y no discriminación exigidos por la normativa europea.

Ha existido también un reconocimiento por parte de la Comisión Europea del papel que cumplen las entidades del Tercer Sector como creadoras de empleo e innovación social, como así también en otros ámbitos de la actividad social, la ciudadanía activa

y la democracia participativa. Dicho reconocimiento se ha visto acompañado de un mayor respaldo jurídico y económico.

A su vez, hay cuestiones que han dificultado el despliegue de la interlocución del sector a escala europea tal como ha sido la escasa participación del mismo en la elaboración de los Programas Nacionales de Reformas (PNR) respecto de la mayoría de los países de la UE.

El Tercer Sector de Acción Social es un interlocutor específico en el diálogo civil. Para ello, siempre es necesario impulsar la cohesión y articulación del sector a nivel europeo con el fin de alcanzar una verdadera incidencia política. En definitiva, se trata de hacer efectiva la previsión normativa prevista en el artículo 11 del Tratado de la Unión Europea sobre diálogo civil ya comentada.

En este sentido, la resolución del Parlamento Europeo, de 13 de enero de 2009, sobre las perspectivas de desarrollo del diálogo civil en el marco del Tratado de Lisboa había considerado que una UE democrática y próxima a la ciudadanía requiere la estrecha cooperación de las instituciones de la UE y de los Estados miembros con la sociedad civil a escala europea, nacional, regional y local.

La sociedad civil está llamada a jugar un papel esencial en la UE como nexo entre las demandas y peticiones ciudadanas con las instituciones europeas. Se trata de construir una red europea de cooperación y refuerzo de la identidad europea misma, debido a que el diálogo civil ha alcanzado el estatus de principio superior en todos los ámbitos de actividad de la UE.

La resolución insta a las instituciones de la UE a implicarse en el diálogo civil con todos los representantes de la sociedad civil interesados y a garantizar que toda la ciudadanía de la UE, es decir, las mujeres y los hombres tengan la oportunidad de participar activamente, sin ser discriminados y de manera abierta.

3. EL DIÁLOGO CIVIL EN EL ÁMBITO ESPAÑOL DEL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL Y DEL MOVIMIENTO ASOCIATIVO DE LA DISCAPACIDAD

En este apartado se sitúa el marco del diálogo civil y la participación del Tercer Sector y, dentro de él, del movimiento asociativo de la discapacidad, destacando algunos de los hitos, instituciones y preceptos más destacados que lo configuran.

3.1. La participación y el diálogo civil con el Tercer Sector de Acción Social (TSAS)

La participación y el diálogo civil del Tercer Sector de Acción Social (TSAS) ha tenido un particular impulso desde la constitución de la Plataforma del Tercer Sector (PTS) en 2012, que a su vez promovió dos importantes logros para el TSAS, que son la creación de la Comisión de Diálogo Civil en 2013 y la Ley del Tercer Sector de Acción social en 2015.

La Plataforma del Tercer Sector se constituyó en enero de 2012 para defender, a través de una única voz, los derechos e intereses sociales de la ciudadanía, principalmente de las personas en situación de pobreza o riesgo de exclusión. Con este objetivo se unieron las siete organizaciones más representativas del ámbito de lo social: la Plataforma del Voluntariado de España (PVE), la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión social en el Estado Español (EAPN-ES), la Plataforma de ONG de Acción Social (POAS), el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), Cruz Roja Española, Cáritas y la Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE). A ellas se han unido posteriormente entidades colaboradoras y Plataformas del Tercer Sector de ámbito regional. A día de hoy, la Plataforma está compuesta por veinte organizaciones y representa a cerca de 28.000 entidades del Tercer Sector, de las que forman parte 577.000 trabajadores y 1,5 millones de personas voluntarias.

Desde sus inicios, la Plataforma del Tercer Sector ha reivindicado el diálogo civil como herramienta indispensable para participar en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de los colectivos vulnerables. No obstante, más allá de algunas menciones puntuales, como las recogidas en la Ley de Dependencia, el principio del Diálogo Civil no había tenido mucha incidencia en España. Es en virtud de las labores de la Plataforma que ha sido posible el desarrollo del diálogo civil entre el Tercer Sector y las administraciones públicas a nivel estatal.

La creación de la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector vino recogida en el Boletín Oficial del Estado del día 1 de febrero de 2013, plasma las necesarias instancias de interlocución y negociación. Desde ella se han impulsado reformas tan relevantes como la asignación tributaria del Impuesto a la Renta de las Personas Físicas (IRPF) para fines sociales o la búsqueda de fórmulas para el tema de los impagos de las administraciones públicas con el Tercer Sector.

Desde su constitución, la Comisión viene siendo un mecanismo de interlocución permanente entre el Estado y las entidades del Tercer Sector, cuya representación se asienta en la Plataforma del Tercer Sector. Especializada en el ámbito de las políticas públicas en materia social que son de competencia estatal, es también objetivo de la Comisión dar impulso a una alianza público-privada para la ejecución de medidas a favor de las entidades que integran el Tercer Sector. De esta manera, se ha alcanzado un sistema de diálogo y participación permanentes que además de instaurar un mecanismo concreto de interlocución entre la Administración General del Estado y el Tercer Sector, ha permitido el desarrollo de un modelo en el que ambos actores establecen sinergias que conducen a las mejores soluciones a los problemas sociales.

Conforme a su norma de creación, la finalidad de la Comisión para el Diálogo Civil es institucionalizar la colaboración, la cooperación y el diálogo permanente entre la Plataforma del Tercer Sector y la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, en relación con las políticas públicas en materia social.

El objetivo compartido es impulsar el reconocimiento del Tercer Sector de Acción Social como actor clave en la defensa de los derechos sociales y lograr la cohesión y la inclusión social en todas sus dimensiones, evitando que determinados grupos de población más vulnerables queden excluidos socialmente. Su fin último es servir para el establecimiento de una alianza público-privada para la ejecución de medidas por las entidades que integran el Tercer Sector.

Desde el punto de vista jurídico, las funciones de la Comisión de Diálogo Civil son garantizar y fortalecer la interlocución del Tercer Sector del ámbito social en el diseño y aplicación de las políticas públicas de inclusión social; conocer y debatir las iniciativas de la Plataforma de Tercer Sector relativas a grupos de población en riesgo de pobreza y exclusión social o situación de vulnerabilidad social; ser informada con antelación suficiente sobre aquellos proyectos normativos o iniciativas de contenido social promovidas por la Administración General del Estado y por la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, cuando afecten directamente a grupos de población en riesgo de exclusión o vulnerabilidad social.

Con la constitución de la Plataforma del Tercer Sector, y la creación de la Comisión para el Diálogo Civil se habían abierto importantes mecanismos y herramientas de interlocución entre el Tercer Sector y los poderes públicos. No obstante, no existía una norma comprensiva que regulase al Tercer Sector, y esta carencia suponía un alto grado de invisibilidad y de desconocimiento de la sociedad sobre las realidades del Tercer Sector. Para cubrir ese vacío se promulgó la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, que a su vez subraya la relevancia e implicaciones del Diálogo

Civil y fija tres objetivos fundamentales: (i) regular las entidades del TSAS, (ii) reforzar su capacidad como interlocutoras ante la Administración General del Estado y (iii) definir las medidas de fomento y promoción del Tercer Sector.

3.2. La participación del movimiento asociativo de la discapacidad

En el ámbito del movimiento asociativo de la discapacidad en España hay que destacar que el papel que cumple el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) como máximo representante del movimiento asociativo de la discapacidad y como promotor de las políticas públicas de discapacidad. El CERMI ha logrado constituirse como un órgano de interlocución reconocido por las entidades públicas que ejecutan políticas públicas y como una plataforma de representación, defensa y acción de la ciudadanía española con discapacidad. Es la plataforma de representación, defensa y acción de la ciudadanía española con discapacidad, más de 3,8 millones de hombres y mujeres, más sus familias, que conscientes de su situación de grupo social desfavorecido, deciden unirse, a través de las organizaciones en las que se agrupan, para avanzar en el reconocimiento de sus derechos y alcanzar la plena ciudadanía en igualdad de derechos y oportunidades con el resto de componentes de la sociedad.

El CERMI es la expresión de la sociedad civil española organizada en torno a la discapacidad para la interlocución, la presión y la incidencia políticas; la plataforma de encuentro y acción política de las personas con discapacidad, constituido por las principales organizaciones estatales de personas con discapacidad, varias entidades adheridas de acción sectorial y 19, tantas como territorios posibles, plataformas autonómicas, todas las cuales agrupan a su vez a más de 8.000 asociaciones y entidades, que representan en su conjunto a los 3.8 millones de personas con discapacidad que hay en España, un 10% de la población total.

Desde hace más de una década el CERMI viene velando por el respeto al modelo social de atención a las personas con discapacidad, un modelo de derechos que se recoge de manera internacional en la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención), ratificada en España en 2008, que constituye el punto de partida para el diseño de las políticas públicas de discapacidad en España. Ya no se trata de una mera acción social sino del reconocimiento integral de todos los derechos y libertades fundamentales para las personas con discapacidad. De ahí que ya no resulte adecuado diseñar políticas de discapacidad de modo parcial y discrecional, porque se trata de garantizar que toda persona con discapacidad pueda ejercer la totalidad de los derechos humanos.

El enfoque de la transversalidad significa que la planificación, organización, mejora y evaluación de los procesos políticos debe incorporar una perspectiva de igualdad de oportunidades en todas las políticas por parte de los actores involucrados en las mismas. Sobre esta cuestión, el artículo 2 literal o) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social establece un *“principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones Públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad”*.

El legislador plasma el propósito de que el tema de la discapacidad en las políticas públicas se vuelva transversal porque así es como se consolida realmente la atención a las necesidades específicas de la población que vive con alguna discapacidad. Ejemplo de ello es la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020 que, a partir del principio de transversalidad, señala que no deben ser actuaciones específicas exclusivamente direccionadas a la discapacidad, sino que cualquier acción pública de carácter general afecta a las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.

Se deben dejar atrás aquellos modelos de gestión de las políticas públicas que daban prioridad a políticas homogéneas diseñadas por un único actor, para sustituirlos por procesos en los que las políticas públicas de discapacidad sean el resultado de una interacción estratégica de varios actores interdependientes. Esta transformación de modelo entraña dos elementos clave: 1) una interacción compleja; 2) una negociación y un proceso colectivo-participativo de todos los actores intervinientes.

De forma que en este modelo el movimiento social de la discapacidad se constituye como elemento imprescindible en el desarrollo de políticas públicas; no pueden ya programarse políticas públicas de discapacidad sin la participación de los grupos poblacionales hacia las que van dirigidas dichas políticas. Y esta participación debe ser desde el origen, durante el desarrollo y aplicación de las mismas. De hecho, así lo estipula el propio Preámbulo de la Convención: *“las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente”*, y dentro de las obligaciones generales del artículo 4.3 cuando dice que *“en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y co-*

laborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan". Se reconoce así el diálogo civil entre el movimiento asociativo de la discapacidad y los poderes públicos.

4. AVANCES RECIENTES Y SIGNIFICATIVOS EN LA PARTICIPACIÓN Y EL DIÁLOGO CIVIL DEL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL Y DEL MOVIMIENTO ASOCIATIVO DE LA DISCAPACIDAD

En este apartado se entra en mayor detalle en algunos ejemplos recientes de gran calado en materia de participación y diálogo civil del TSAS y del movimiento asociativo de la discapacidad, que podrán servir de palanca y tener un importante impacto a futuro. Concretamente, se destacan a los siguientes: a) la creación de la reciente prestación del Ingreso Mínimo Vital y su gestión compartida con el TSAS, b) el desarrollo de la denominación de Consumidor Vulnerable, c) el desarrollo del Reglamento de Entidades Colaboradoras con la Administración, y d) la propuesta de reforma constitucional del artículo 49 en materia de discapacidad.

4.1. Prestación del Ingreso Mínimo Vital

La prestación del Ingreso Mínimo Vital (IMV) es un ejemplo reciente de participación del Tercer Sector de Acción Social en las políticas públicas, tanto en su gestación y desarrollo como en su implementación. Se trata de una prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que carecen de recursos económicos para cubrir sus necesidades básicas, y garantizar de esta forma una mejora de las oportunidades de inclusión social de las personas beneficiarias. Y, Si bien había algunas entidades del Tercer Sector que llevaban años reivindicando sistemáticamente esta prestación, fue a la vista de las necesidades que surgirían a raíz del impacto de la COVID-19 que la Plataforma del Tercer Sector hizo suya y prioritaria esta reivindicación.

Como resultado, la Plataforma remitió el 25 de marzo de 2020 al Secretario de Estado de Derechos Sociales una propuesta de regulación del Ingreso Mínimo Vital (IMV); esta solicitaba que esta prestación se convirtiera en una renta mínima estable y duradera, que se contemplase en los Presupuestos Generales del Estado, que se presentara como un derecho subjetivo a la protección y garantía de las condiciones básicas del desarrollo vital, que fuera accesible para todos los hogares en pobreza con el objetivo de garantizar un ingreso y condiciones adecuadas para poder tener una vida digna y que se configurara como un derecho de ámbito estatal que sirviera de instrumento fundamental para la inclusión y cohesión social en España.

Finalmente, el día 1 de junio el Boletín Oficial del Estado publicó el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, y que se trata, sin duda, de una conquista del Tercer Sector. Y si bien es cierto que esta ha sido una reivindicación planteada sistemáticamente desde diversas entidades del Tercer Sector, así como agentes sociales, en los últimos diez años, se ha materializado en gran parte gracias al impulso de la Plataforma del Tercer Sector, que la hizo suya y canalizó las principales demandas que se plantearon al Gobierno desde la Plataforma del Tercer Sector: que se tratara de una renta mínima vital estable y duradera, configurada como un auténtico derecho subjetivo a la protección y garantía de las condiciones básicas del desarrollo vital y que se reconociera en todo el territorio del Estado como mínimo común, sin perjuicio de la complementación por las comunidades autónomas.

La Plataforma del Tercer del Sector y sus entidades miembro tuvieron una participación muy activa en el proceso de elaboración de la norma. Se mantuvieron distintas reuniones de trabajo, tanto con los titulares de los Ministerios promotores de la iniciativa, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, así como con la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, y se remitieron diversos documentos de propuestas, cuyas ideas fundamentales fueron recogidos en el texto del Real Decreto-ley. De hecho, el propio preámbulo del Real Decreto-Ley hace mención expresa de la relevante participación del Tercer Sector en los trabajos preparatorios en los siguientes términos: *“con el fin de garantizar la coordinación y la adecuación de la norma a la realidad territorial, se ha llevado a cabo un intenso diálogo con las comunidades y ciudades autónomas, así como con la Federación Española de Municipios y Provincias. Asimismo, se ha incluido en el diálogo social con los agentes sociales y se ha desarrollado un amplio proceso de consulta con numerosas entidades del Tercer Sector de Acción Social.”*

En segundo lugar, conviene destacar que entre las propuestas de la Plataforma del Tercer Sector a los titulares de los Ministerios promotores de este texto normativo se incluyó la necesidad de que el texto contemplara la participación y colaboración del Tercer Sector de Acción Social y sus organizaciones de trayectoria más consolidada en el despliegue y gestión del ingreso mínimo vital. Esta reivindicación se recoge expresamente en el Real Decreto-ley. Por un lado, su exposición de motivos pone de manifiesto el papel del tercer sector en el modelo de gobernanza de esta prestación social con el fin de *“maximizar la capilaridad institucional para llegar por diferentes canales a todos los posibles solicitantes, con el objeto de minimizar los problemas de acceso a la política pública”*. Esta participación del Tercer Sector se articula en texto normativo en un doble sentido. Por un lado, en el artículo 28 que regula la cooperación para la inclusión social de las personas beneficiarias se reconoce la participación del Tercer Sector como agente necesario en ese ámbito cooperativo. En particular, se prevé lo si-

guiente: “*El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones promoverá, en el ámbito de sus competencias, estrategias de inclusión de las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital mediante la cooperación y colaboración con los departamentos ministeriales, las comunidades autónomas, las entidades locales, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, así como con las entidades del Tercer Sector de Acción Social. El diseño de estas estrategias se dirigirá a la remoción de los obstáculos sociales o laborales que dificultan el pleno ejercicio de derechos y socavan la cohesión social.*” Y, por otro lado, se crea en el artículo 31 el Consejo consultivo del ingreso mínimo vital como órgano de consulta y participación con las entidades del Tercer Sector de Acción Social y las organizaciones sindicales y empresariales, presidido por el Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y en el que participan las entidades del Tercer Sector de Acción Social con mayor cobertura en el territorio español.

El Real Decreto-ley 20/2020, en definitiva, representa un avance fundamental en materia de derechos sociales y constituye un instrumento esencial de para la inclusión y cohesión social en nuestro país, y en su elaboración ha tenido una activa participación el Tercer Sector. Además, los mecanismos de colaboración que se prevén en él reconocen expresamente el papel y la voz del Tercer Sector, lo cual no hace sino poner de relieve que la capacidad de interlocución del Tercer Sector, articulada a través de la Plataforma del Tercer Sector, ha sido fructífera y contribuirá, casi con toda seguridad, a consolidar al Tercer Sector de Acción Social como aliado en la gestión e implementación de las políticas sociales, y a la Plataforma del Tercer Sector como interlocutor principal.

Con posterioridad a su promulgación, varias entidades miembros de la Plataforma del Tercer Sector (concretamente, CERMI, EAPN y CÁRITAS), presentaron una serie de propuestas de enmienda que la Plataforma del Tercer Sector apoyó en septiembre de 2020, y que solicitaban la agilización de la gestión, tramitación y acceso a la prestación del Ingreso Mínimo Vital. Como resultado, el 3 de febrero de 2021 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, y que modifica el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, introduciendo unas medidas¹, entre las que destaca una disposición transitoria que establece la cola-

¹ Algunas de estas medidas incluyen el incremento de las pensiones no contributivas en un 1,8 %, la creación del concepto de Unidad de Convivencia Independiente y la ampliación de la cobertura a grupos altamente excluidos y vulnerables que no estaban siendo incluidos en las anteriores reformas de la ley.

boración de las Entidades del Tercer Sector de Acción Social en la gestión de la prestación de Ingreso Mínimo Vital. Dicha disposición señala que, de forma excepcional, durante los cinco años siguientes a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, las entidades del Tercer Sector de Acción Social, debidamente inscritas en el registro que a tal efecto se crea, podrán emitir certificado para la acreditación de las circunstancias previstas. Se consideran mediadores sociales del ingreso mínimo vital las entidades del Tercer Sector de acción social, conforme a la definición prevista en el artículo 2 de la ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social. Para ello, se crea el Registro de Mediadores Sociales del Ingreso Mínimo Vital como registro público, de titularidad del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que será gestionado por la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social².

Se trata por tanto de un significativo avance no sólo en el diálogo civil entre Tercer Sector y gobierno en el desarrollo de una norma de gran relevancia e impacto social, sino también en la gestión compartida de una prestación social de gran calado social.

4.2. Definición de Consumidor Vulnerable

La definición y regulación del consumidor vulnerable ha sido también una reivindicación del TSAS que se aceleró a raíz de la urgencia social provocada por la pandemia. Dado que las definiciones existentes en el ordenamiento hacían referencia únicamente a situaciones particulares (por ejemplo, pobreza energética y desahucios), pero no de forma omnicompreensiva, la PTS elaboró un documento de demandas transversales en marzo de 2020 en el que se destacaba la importancia del establecimiento de una definición legal de persona y familia en situación vulnerabilidad social, acordada entre el Estado y la PTS, para su adopción como precepto legal en el ordenamiento jurídico estatal. Este documento fue remitido al Secretario de Estado de Derechos Sociales, que se comprometió a aprobar una nueva definición legal global del concepto de vulnerabilidad social con impacto en todo el ordenamiento jurídico. Esto dio lugar a numerosos encuentros e intercambios de diversos textos, y finalmente el 20 de enero de 2021 el Boletín Oficial del Estado (BOE) publicó el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, que permitirá dotar de mayor protección y garantías a este tipo de usuarios.

² Según la norma, pueden inscribirse en el Registro de Mediadores Sociales del Ingreso Mínimo Vital todas las entidades del tercer sector de acción social que acrediten el cumplimiento de los requisitos previstos. Entre los requisitos, destaca que deben ser organizaciones de carácter estatal, conforme a lo establecido en sus Estatutos, así como acreditar la disposición de puntos de atención directos a las personas en todas las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

Concretamente, este Real Decreto-ley modifica el artículo 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de manera que se define al consumidor vulnerable como *“aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad”*.

Con posterioridad, el 6 de febrero de 2021 el BOE publicó la Resolución de 2 de febrero de 2021, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el listado de las entidades del Tercer Sector que tienen la consideración de mediadores sociales colaboradores de la Administración General del Estado, a los efectos de las acreditaciones de los requisitos que dan derecho al reconocimiento de la condición de consumidor vulnerable o vulnerable severo, de acuerdo con el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.

Esta Resolución de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, que incluye la lista de entidades del Tercer Sector que tienen consideración de mediadores sociales colaboradores de la Administración General del Estado a los efectos de las acreditaciones de los requisitos para reconocer la condición de consumidor vulnerable o vulnerable severo³, recuerda que la disposición adicional cuarta de ese Real Decreto prevé que no podrá suspenderse el suministro de energía eléctrica, gas natural y agua, a aquellos consumidores en los que concurra la condición de consumidor vulnerable o vulnerable severo que, no pudiendo acreditar la titularidad del contrato de suministro ni, por tanto, acceder a la condición de consumidor vulnerable o vulnerable severo, cum-

³ En la relación de entidades se encuentran Aldeas Infantiles de España, la Asociación de Mujeres Juristas Themis, Asociación Esclerosis Múltiple España, Asociación Española Contra el Cáncer, Asociación Rumiñahui, Asociación Víctimas del Terrorismo, Cáritas Española, CNSE Confederación Estatal de Personas Sordas, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), Confederación Asperger España, Confederación Autismo España, Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica, Confederación Plena inclusión España, Cruz Roja Española, Down España, Federación Española de Daño Cerebral, Federación Nacional Aspam (Asociación de Personas con Lesión Medular y otras Discapacidades Físicas), Fundación CERMI Mujeres, Fundación ONCE Para la Atención de Personas con Sordoceguera, Fundación Víctimas del Terrorismo, Médicos del Mundo, Plataforma de ONG de Acción Social, y Plataforma del Tercer Sector.

plan con el resto de requisitos establecidos, mediante acreditación por certificación de dicha circunstancia por los servicios sociales competentes o por mediadores sociales ante la empresa suministradora. Esos mediadores sociales son *“las entidades del Tercer Sector de acción social que tengan la consideración de entidades del Tercer Sector colaboradoras de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación”*.

Aún no se ha desarrollado reglamentariamente el procedimiento para ese reconocimiento, por lo que se considera que el cumplimiento de esos requisitos queda acreditado, solo y exclusivamente a los fines de acreditación de la condición de consumidor vulnerable, en el caso de *“todas las entidades del Tercer Sector que en 2020 han recibido una subvención del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 para la realización de actividades de interés general con cargo a la asignación tributaria para fines de interés social del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”*. Y las acreditaciones serán elaboradas y firmadas por profesionales del trabajo social que estén contratados por parte de las entidades mediadoras, que deberán estar colegiados y hacer constar su número de colegiado en la acreditación expedida.

De manera que, igual que en el caso de la prestación del Ingreso Mínimo Vital, este caso ejemplifica igualmente un significativo avance no solo en el diálogo civil entre Tercer Sector y los poderes públicos en el desarrollo de una norma de gran relevancia e impacto social, así como también de la colaboración del Tercer Sector en la gestión pública.

Hay que añadir que la Plataforma del Tercer Sector ha manifestado su intención de continuar reivindicando un concepto de vulnerabilidad con un articulado jurídico que proteja los derechos de las personas en situación de pobreza o exclusión social en todo el ordenamiento jurídico mediante la incorporación de un concepto genérico de vulnerabilidad social que operaría con carácter general e irradiaría a todos los sectores jurídicos y administrativos, salvo que cuenten con normativa específica. Así, se constituiría un marco obligado de referencia para el diseño e implementación de las políticas públicas que, además, tendría un impacto positivo en la sociedad. En este sentido, en 2021 la PTS ha reiterado a la Secretaría de Estado de Derechos Sociales la reactivación del grupo normativo de la Comisión para el Diálogo Civil para tratar este y otros asuntos de vital importancia para el sector.

4.3. Reglamento de Entidades colaboradoras de la Administración

El Reglamento de Entidades colaboradoras de la Administración es una reivindicación del sector, y está contemplada en el artículo 6.1 letra f) de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, que prevé la regulación sobre el estatuto de entidades colaboradoras de la Administración General del Estado. Este Reglamento otorgaría un reconocimiento de colaboración adicional y jurídicamente más sólido a las entidades del Tercer Sector. Pero, aunque se han realizado varias propuestas de regulación y se han mantenido diversas reuniones, aún no se ha desarrollado esta regulación. Y, si bien es cierto que se han realizado algunos avances en este sentido, como las resoluciones mencionadas en los párrafos anteriores y que reconocen a las entidades del TSAS como “mediadores sociales” en el caso de los consumidores vulnerables y de la prestación del ingreso mínimo vital, desde la Plataforma del Tercer Sector se considera de vital importancia contar con una regulación sobre el estatuto de entidades del Tercer Sector colaboradoras de la Administración General del Estado para su adopción como precepto legal en el ordenamiento jurídico estatal.

Esta regulación sería una medida genérica, para todo el ordenamiento jurídico, que operaría con carácter general e irradiaría a todos los sectores jurídicos y administrativos, más ambiciosa y que otorgaría nuevas y más sólidas herramientas para establecer alianzas eficaces entre lo público y lo cívico, como exige el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 17 de Naciones Unidas. En este sentido, la PTS ha solicitado a la Secretaría de Estado de Derechos Sociales la reactivación de los trabajos del grupo normativo en el seno de la Comisión para el Diálogo Civil, con el objetivo de poder desarrollar este asunto.

4.4. Reforma del artículo 49 de la Constitución Española en materia de discapacidad

En el ámbito del movimiento asociativo de la discapacidad, si bien hay numerosos ejemplos de logros y conquistas de derechos de personas con discapacidad alcanzados gracias a la incidencia política del movimiento asociativo de la discapacidad, representado por el CERMI, se destaca en concreto un avance reciente y de significativo calado: la propuesta de reforma del artículo 49 de la Constitución Española.

A raíz de una propuesta planteada por el CERMI, el Gobierno impulsó esta modificación constitucional en 2018, y el Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018 aprobó el anteproyecto de reforma del artículo 49 de la CE para adaptarlo a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. No obstante, el proyecto no salió adelante debido al adelanto electoral de 2019 y, des-

pués, por la declaración del estado de alarma el 25 de octubre de 2020, ya que la modificación constitucional no puede hacerse en tiempo de guerra, en estados de alarma, excepción o sitio. Una vez concluido el estado de alarma el 9 de mayo de 2021, la reforma constitucional podía llevarse a cabo y el Consejo de Ministros del 11 de mayo de 2021 aprobó el Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española, relativo a la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en España, que entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el Boletín Oficial del Estado.

La reforma del artículo 49 de la Constitución Española se ha realizado a iniciativa del Gobierno a partir de la propuesta de la Comisión para las políticas integrales de la discapacidad, y ha contado con la participación del grupo de personas con discapacidad, representado por CERMI, y se incluyen en el nuevo texto constitucional los aspectos que este colectivo considera fundamentales.

El artículo 49 de la Constitución fue un gran avance en la protección de las personas con discapacidad, y reconoció constitucionalmente a este sector y previó un ámbito concreto de protección. No obstante, este texto constitucional había quedado desfasado después de cuatro décadas y, además, necesitaba una actualización a raíz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, que ha supuesto un punto de inflexión en el reconocimiento y protección de sus derechos. De manera que esta reforma supone un paso adelante en la configuración del Estado social proclamado en la Constitución, centrado en el apartado dedicado a los principios rectores de la política social y económica, más concretamente, en la protección de las personas con discapacidad. Con ello se persigue intensificar la incidencia de estos principios en la realidad social sobre la que se proyectan y avanzar así en la protección social de aquellos sectores de la población que más lo precisan.

Con esta reforma, el artículo 49 de la Constitución Española se actualiza para adaptarlo a la Convención de 2006 y se modifica íntegramente, tanto desde el punto de vista del lenguaje como de su estructura y contenido. De especial interés en el contexto de este artículo está la referencia a la fijación de las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad; la reforma incluye expresamente la participación de sus organizaciones representativas, esto es, de la sociedad civil articulada, en aras de que estén presididas por el diálogo civil y que estas organizaciones sean consultadas y cooperen activamente en la adopción de las políticas públicas que les afecten. Concretamente, el artículo 49.2 de la Constitución Española quedaría redactado en los siguientes términos: *“Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán*

su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes.” De esta forma la participación de las organizaciones representativas de la discapacidad y el diálogo civil reciben un respaldo constitucional.

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

El diálogo civil es el diálogo que mantienen las instituciones de gobierno con la sociedad civil organizada. Aún se encuentra en proceso de consolidación, y requiere de una sociedad civil consolidada y articulada para que produzca resultados tangibles, ágiles y efectivos. Debe erigirse en una vía para fortalecer los canales de la democracia participativa en la que la ciudadanía lleva a cabo una enriquecedora aportación para una mejor gestión de los asuntos públicos. Se trata, por tanto, de un requisito indispensable para una democracia que aspire a evolucionar y mejorar la calidad de su gobernanza y toma de decisiones sobre las políticas públicas.

Especialmente en tiempos recientes, que las consecuencias sociales y económicas de la pandemia están obligando a las Administraciones Públicas a realizar un esfuerzo extraordinario para el cual carecen en muchos casos de los medios suficientes, se ha acelerado la participación de las entidades del Tercer Sector en las políticas públicas. Así lo ilustran por ejemplo la prestación del Ingreso Mínimo Vital y la resolución de mediadores sociales colaboradores de la Administración General del Estado a los efectos de las acreditaciones de los requisitos para reconocer la condición de consumidor vulnerable o vulnerable severo, en cuya gestión participan estas entidades para apoyar a las entidades gestoras de la Administración.

Estos ejemplos de creciente participación de las entidades del Tercer Sector, por un lado, aportan legitimidad, credibilidad y refuerzan la interlocución del Tercer Sector y sus entidades, y por otro lado producen una valiosa y provechosa alianza para las instituciones públicas, al aportar a la gestión pública el conocimiento de las entidades del Tercer Sector sobre la complejidad de las personas potenciales beneficiarias de la prestación económica, sus medios y su saber hacer, y establecer una vinculación social más directa con los colectivos vulnerables. Así, los ejemplos y recientes logros alcanzados en materia social, tal y como se han expuesto previamente, son un claro indicio de que el diálogo civil y la participación de la sociedad civil organizada está recibiendo un respaldo y apoyo creciente por en los últimos años, y pueden allanar el terreno para extender en más ámbitos la colaboración de estas entidades con las Administraciones Públicas.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL FERNÁNDEZ, A. (2018) “Incidencia: la acción del Tercer Sector en la esfera política”, en *Revista Española del Tercer Sector*, ISSN 1886-0400, N.º 38, 2018, pp. 69-90.
- PÉREZ BUENO, L. C. (2017), “El diálogo civil en el ámbito de la discapacidad”, en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (dir.). *Tratado sobre discapacidad*, ISBN 978-84-8355-138-7, pp. 1497-1515.
- DE LORENZO GARCÍA, R. (2013), “La Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector una novedad en el panorama español”, en *Revista Española del Tercer Sector*, ISSN 1886-0400, N.º 25, 2013, pp. 203-212.
- VILLAMERIEL PRESENCIO, L. (2021), “Gestión del ingreso mínimo vital por las entidades del Tercer Sector”, en *CERMI.es Semanal*, n.º 426, febrero 2021.

NORMAS DE PUBLICACIÓN



La convocatoria para presentar contribuciones a la revista *Anales de Derecho y Discapacidad* se abre en enero, y se cierra el 15 de abril de ese mismo año.

Los trabajos deberán ser originales, inéditos y no deben haber sido presentados para la aprobación en otra revista, libro o cualquier otra forma de edición pública. El autor asume bajo su responsabilidad la originalidad de su contribución, exonerando a *Anales de Derecho y Discapacidad* de cuantas reclamaciones se pudieran generar por contravención de la normativa vigente sobre propiedad intelectual. La inobservancia de cualquiera de las tres condiciones señaladas libera a *Anales de Derecho y Discapacidad* de cuantos compromisos de publicación hubiera contraído con anterioridad al conocimiento de tales incumplimientos. La Revista igualmente no se hace responsable de las ideas u opiniones vertidas por los autores en sus trabajos. Los autores deberán presentar su contribución a la Revista junto a la “*Declaración Responsable*” debidamente cumplimentada y firmada. (La “*Declaración Responsable*” se puede descargar en la página de internet de la Revista *Anales de Derecho y Discapacidad*).

Es necesario señalar que no habrá remuneración para los colaboradores de los *Anales*, siempre las contribuciones serán a título gratuito.

La publicación de las contribuciones remitidas supone la cesión a *Anales de Derecho y Discapacidad* de los derechos de explotación por parte de su autor, lo cual incluye, expresamente, el derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra.

NOTAS DE EDICIÓN

La extensión y contenido de los trabajos dependerá de si se trata de: a) estudios, b) propuestas normativas o jurídicas, c) trabajos de fin de máster, d) notas o reseñas.

a) Estudios (de fondo).

Serán contribuciones por escrito sobre asuntos de especial interés o novedosos en relación con los derechos de las personas con discapacidad, y tendrán una extensión máxima de 16.000 palabras.

b) Propuestas normativas y jurídicas.

Serán formulaciones de propuestas normativas y jurídicas que resuelvan vulneraciones, exclusiones o cuestiones problemáticas para los derechos de las personas con discapacidad, y tendrán una extensión máxima de 8.000 palabras.

c) Trabajos Fin de Máster (TFM).

Se publicarán los trabajos de fin de máster del Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y de la Fundación Derechos y Discapacidad del año inmediato anterior al del número de la Revista que tengan carácter jurídico y que hayan obtenido la nota más elevada. Su extensión y formato se adaptará para no sobrepasar las 16.000 palabras.

d) Reseñas, recensiones y comentarios sobre pronunciamientos de tribunales, así como de novedades bibliográficas de especial relevancia.

Incluirá reseñas de novedades bibliográficas, comentarios o reproducción de sentencias de especial relevancia, y Comentarios de novedades normativas, y tendrán una extensión máxima de 4.000 palabras.

- Formato general de la contribución

Todos los trabajos se entregarán con la siguiente configuración:

- Formato de papel: A4.
- Tipo de letra: Arial 12 puntos.
- Espacio interlineal: 1,5.
- Margen superior: 2,5 cm.

- Margen inferior: 2,5 cm.
- Margen derecho: 3 cm.
- Margen izquierdo: 3 cm.
- Pie de página: número de página, centrado.
- Soporte electrónico: formato Word.

Datos que se deben incluir en la primera página de cada capítulo:

- Título del texto (artículo, nota, resección, etc.).
- Nombre del autor mención de la institución a la que pertenece y su rango académico o profesional, así como su dirección de correo electrónico.
- Resumen (en español e inglés) y palabras clave (en español e inglés).

Datos de la segunda página:

- Índice del artículo u original.

Las notas a pie de página irán a pie de página, con numeración en caracteres arábigos y en formato superíndice.

- Normas de estilo de publicación según las directrices de la UNE-ISO 690

a) Monografías, entradas de obras de referencia y contribuciones a congresos:

- Los libros se citarán: apellidos completos e inicial del nombre (en mayúsculas), título de la obra (en cursiva). Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación. Identificador normalizado (ISBN...)

APELLIDOS, INICIAL nombre. *Título (en cursiva)*. N.º edición, Lugar de publicación: editor, año. ISBN....

- Los capítulos de libros se citarán: apellidos completos e inicial del nombre (en mayúsculas), título del capítulo. En: apellidos completos e inicial (en mayúsculas). El título de la obra (en cursiva). Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación, Rango de páginas. Identificador normalizado (ISBN... si está disponible)

APELLIDOS, INICIAL Nombre. Título del capítulo, APELLIDOS, INICIAL nombre. En: *Título del libro*. Edición (n.º). Lugar: Editor, Fecha de publicación, pp. x-x. Identificador normalizado (ISBN...)

b) Artículos de Revistas:

- Los artículos se citarán: apellidos completos e inicial del nombre (en mayúsculas), título del artículo. En: nombre de la revista (en cursiva), Edición. Lugar: Editor, fecha de publicación (año), numeración, rango de páginas. Identificador normalizado (ISSN, DOI... si está disponible)

APELLIDOS, INICIAL Nombre. Título del Artículo. En: Título de la revista, Edición. Lugar: Editor, año publicación vol., n.º, pp. xxx – xxx, ISSN, DOI...

c) Normativa:

- País. Título. Nombre de la Publicación (en cursiva), fecha de publicación completa, número, páginas.

País. Título. *Publicación*, día/mes/año, núm X, pp. Xxx-xxx

- Las citas de jurisprudencia se llevarán a cabo mediante la aportación de datos objetivos de carácter general que permitan su localización (Tribunal, sala, fecha y número de recurso o procedimiento).

d) Libros electrónicos y monografías en línea seguirían la siguiente forma:

AUTOR PRINCIPAL. Título [en línea]. Autores secundarios. Edición. Lugar de publicación: Editor, fecha de publicación [fecha de actualización o revisión]. [Fecha de consulta día mes año]. Descripción física. Serie. Número normalizado (ISBN, DOI...). Disponibilidad y acceso.

APELLIDOS, INICIAL nombre. Título [en línea]. Autores secundarios. Edición. Lugar de publicación: Editor, año [fecha de revisión]. [consulta: día mes año]. Descripción física. Serie. ISBN, DOI... Disponible en: xxx

- Bibliografía

Las referencias bibliográficas de los recursos citados en el texto se presentan en una lista ordenada alfabéticamente por el primer apellido del autor/a o por la primera palabra de la entidad, cuando la autoría sea de una institución, bajo el título 'Bibliografía' y al final del original.

Habrá que prestar especial atención a los siguientes casos:

- Cuando un autor/a o entidad que tenga varias obras que sean referenciadas, se ordenan por orden de aparición empezando por las más antiguas
- Cuando un autor/a o entidad tenga varias obras que sean referenciadas y se hayan publicado en el mismo año se ordenarán de forma alfabética por la primera palabra del título

- Insertar citas en el texto

Insertar citas en el texto mediante claves autor-fecha: (apellido(s) del autor año del documento).

- Algunos autores destacan la resistencia de la universidad al cambio (Sorensen 2003); otros sin embargo...
- Por el contrario, Tapia Jiménez (2007) sostiene que las instituciones de enseñanza superior son...
- “Las universidades han cambiado al ritmo de los tiempos” concluye Sánchez Gil (1999, p. 140) en su estudio.
- En este trabajo seguimos el método de aproximaciones sucesivas (Lexner, Kichner y Johnson 2009).
- Maxwell *et al.* (2008, p. 80) mantienen que “La educación superior es por lo general bastante elevada”, así que...
- Según Carrea y Penalba (2012, p. 10), la presencia de HFTs aumenta el impacto en el precio de las mercancías.
- Las referencias bibliográficas dentro de una misma nota se ordenarán alfabéticamente por el apellido del autor (esto tendría que preguntarle a Luis para saber exactamente a qué se refiere y dejarlo en este apartado u otro)

- Terminología empleada e idioma

En relación con la terminología, se emplearán siempre las expresiones “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” y “discapacidad” para referirse a estar persona o a su situación, circunstancia o condición; solo podrán usarse otros términos en desuso, inapropiados o improcedentes (“minusválido”, “minusvalía”, “discapacitado”, “diversidad funcional”, etc.) si forman parte de un texto ajeno que se cita literalmente, y siempre con medida.

Se admitirán solo trabajos en lengua española.

PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN

En primer lugar, una vez recibido el original, el Consejo Editorial lo destina a dos evaluadores externos, especialistas en la materia, para que realicen la revisión por pares o arbitraje, utilizando la metodología de doble ciego. Como resultado de la evaluación, el artículo puede ser *aceptado sin cambios*, *aceptado con cambios menores* o *aceptado con cambios mayores*. En ese momento, el Consejo Editorial traslada al autor el resultado, así como las sugerencias de mejora cuando sean necesarias. Siendo éste último (autor) el encargado de realizar las modificaciones oportunas para su publicación. Posteriormente, es devuelto al Consejo Editorial, quien reúne la potestad para decidir sobre la publicación final.

PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

Del 1 de enero al 15 de abril del mismo año.

Es imprescindible que, junto con el trabajo, se adjunten los datos de identificación del autor, incluyendo la mención de la institución a la que pertenece y su rango académico o profesional, así como su dirección de correo electrónico.

Los trabajos deberán enviarse, junto con la Declaración Responsable, a la siguiente dirección electrónica: anales@fderechoydiscapacidad.es



ESTUDIOS

La protección de datos del grupo de las personas con discapacidad.
Especial referencia a las ciudades inteligentes
Julián Jaramillo Naharro

Concepto jurídico de discapacidad
Juan Carlos Iturri Gárate

Mecanismos para dotar de efectividad a las resoluciones de los
órganos de supervisión de los tratados internacionales
de derechos humanos
Antonio-Luis Martínez-Pujalte

Efectividad en España de las decisiones de los órganos
de seguimiento de tratados internacionales de derechos humanos.
Especial referencia a las decisiones del Comité sobre los Derechos
de las Personas con Discapacidad
Gloria Álvarez Ramírez

El compromiso de las universidades públicas españolas
con la inclusión laboral de las personas con discapacidad
Carmen Márquez Vázquez

Vacunación frente a la COVID-19 de las personas con discapacidad
en España como estado miembro de la Unión Europea: experiencias
y enseñanzas
Miguel Ángel Cabra de Luna

El reconocimiento de la Comunicación Aumentativa – Alternativa en
las leyes procesales como garantía de acceso a la justicia de las
personas con parálisis cerebral
María de los Ángeles Blanco Díaz
y Clara Isabel Delgado Santos

Accesibilidad cognitiva para personas con enfermedad mental grave
cumpliendo medidas de seguridad en una unidad de psiquiatría legal
Ana María Castro-Martínez

PROPUESTAS NORMATIVAS Y/O JURÍDICAS

Propuesta del sector social de la discapacidad...
CERMI y FDyD

Propuesta del CERMI de modificación de la Ley General
de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su
Inclusión Social...
CERMI

TRABAJOS FIN DE MÁSTER

Alcance real del derecho a la movilidad de las personas
con discapacidad en la red de transportes públicos de
Barcelona
Raquel Díaz Caro

La protección de las personas con discapacidad en el nuevo
modelo de apoyos en el proceso de toma de decisiones
Ana Belén Sevillano Pérez

La compatibilidad entre pensión de gran invalidez y trabajo.
Un recorrido histórico de la doctrina jurisprudencial
Carlos Javier Pérez San Blas

RESEÑAS

La Ley de Eutanasia: un paso atrás
Antonio-Luis Martínez-Pujalte

Comentarios a la Sentencia n.º 89/20 del Juzgado de lo
Contencioso-Administrativo n.º 5 de Oviedo y a la Sentencia
00780/2020 del TSJ de Asturias...
Mariana Samaniego González y Gregorio Saravia Méndez

Sobre el diálogo civil y la participación del Tercer Sector de
Acción Social: algunos ejemplos recientes
Gregorio Saravia Méndez y Beatriz de Miguel Vijandi

Acceso digital:

