



A/18/

ANALES
DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD
Nº 3, junio 2018, Año III.

ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD

Consejo Editorial

Presidente

Luis Cayo Pérez Bueno

Miembros

Rafael de Lorenzo García

Esperanza Alcaín Martínez

Edición

Antonio-Luis Martínez-Pujalte López

Coordinación

Beatriz de Miguel Vijandi

Ediciones cinco

A/18/ ANALES
DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD
N.º 3, junio 2018, Año III.

Con el apoyo de:



PRIMERA EDICIÓN: septiembre, 2018

© DE ESTA EDICIÓN: Fundación Derecho y Discapacidad y CERMI, 2018

© DEL TEXTO: Sus autores.

Reservados todos los derechos.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase 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 Cinco se identifique con las mismas.

DISEÑO DE LA COLECCIÓN:

Juan Vidaurre

PRODUCCIÓN EDITORIAL,
COORDINACIÓN TÉCNICA
E IMPRESIÓN:

Grupo Editorial Cinco

c/ General Ibáñez Íbero, 5A

28003 Madrid

Tel.: 91 553 22 72.

grupoeditorial@edicionescinco.com

www.edicionescinco.com

DEPÓSITO LEGAL: M-30447-2018

ISSN: 9

ANALES DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD

ESTUDIOS:

Rafael de Lorenzo García

Fernando Guillermo Pindado García

Begoña Rodríguez Díaz

Miguel Loya del Río, Isabel Enríquez Matas, Mariana Samaniego González

Juan Francisco Mestre Delgado

Rafael de Asís Roig

Juan Rodríguez Zapatero

TRABAJOS FIN DE MÁSTER:

María Jose López Sánchez

Jaime Catena Gasco

Antonio Galiano Barajas

Elena Beristáin Artetxe

Ramón Antón Alemany

Marcelina de la Vega Ávila

NOTAS:

María Laura Serra

Miguel Ángel Cabra de Luna

Luis Cayo Pérez Bueno

ÍNDICE

ESTUDIOS

REFORMA SOCIAL DE LA CONSTITUCIÓN: COMENTARIOS Y REFLEXIONES AL ARTÍCULO 49 Rafael de Lorenzo García	11
LAS ACCIONES COLECTIVAS COMO INSTRUMENTO DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Fernando Guillermo Pindado García	41
EL IMPACTO DE LA CDPD EN EL ORDENAMIENTO DE LA UE A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE: BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO Begoña Rodríguez Díaz	61
NOVEDAD NORMATIVA: LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Miguel Loya del Río, Isabel Enríquez Matas, Mariana Samaniego González	81
EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD EN LA LEY DE CONTRATOS DE SECTOR PÚBLICO Juan Francisco Mestre Delgado	87

DE NUEVO SOBRE LOS AJUSTES RAZONABLES Rafael de Asís Roig	101
LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA: EVOLUCIÓN. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017 Juan Rodríguez Zapatero	121
TRABAJOS FIN DE MÁSTER	
EMPLEO PROTEGIDO. LA EFICACIA SOCIO-ECONÓMICA DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO María José López Sánchez	139
OPTIMIZACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE PERROS GUÍA Jaime Catena Gasco	157
EL DERECHO A VIVIR DE FORMA INDEPENDIENTE Y A SER INCLUIDO/A EN LA COMUNIDAD. LA EXPERIENCIA DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA Antonio Galiano Barajas	181
LA NECESIDAD DE ADECUACIÓN DE LAS RESIDENCIAS DE PERSONAS MAYORES EN UNIDADES ESPECIALIZADAS. INICIATIVAS FAVORABLES PUESTAS EN MARCHA Y PROPUESTAS Elena Beristáin Artetxe	197
VALORACIÓN DE LOS GRADOS DE DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO JUDICIAL Ramón Antón Alemany	217
LA FIGURA DEL TUTOR Y DEL CURADOR EN LAS	

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS: ¿INCAPACITA- CIÓN O MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR? Marcelina de la Vega Ávila	237
NOTAS	
SOBRE EUTANASIA Y PERSONAS CON DISCAPA- CIDAD. BREVE ANÁLISIS DE LA PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE LA EU- TANASIA, PROPUESTA PRESENTADA POR EL GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA (PSOE) A LA MESA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS María Laura Serra	259
COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DE 18/1/2018 DEL TJUE (ASUNTO C-270/16): DISCRI- MINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN EL CASO DE DESPIDO DE UN TRABAJADOR POR FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO, AUN JUS- TIFICADAS PERO INTERMITENTES Miguel Ángel Cabra de Luna	265
LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACI- DAD, UN TRATADO VIVO AL SERVICIO DEL CAMBIO SOCIAL Luis Cayo Pérez Bueno	269

Rafael de Lorenzo García

Profesor Titular de la UNED

Secretario General de Fundación Derecho y Discapacidad

Secretario General de la Plataforma del Tercer Sector

////////////////////
REFORMA SOCIAL DE LA CONSTITUCIÓN: COMENTARIOS Y REFLEXIONES AL ARTÍCULO 49

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Dimensión y terminología de la discapacidad. –3. La protección jurídica de la discapacidad en los ámbitos internacional, europeo y nacional. 3.1. Ámbito internacional. 3.2. Ámbito europeo. 3.3. Ámbito nacional. –4. Antecedentes y génesis de la Constitución Española en materia de discapacidad. 4.1. Antecedentes: referencias a la discapacidad en el Derecho comparado. 4.2. Gestación parlamentaria del artículo 49 en la Constitución Española de 1978. –5. Comentarios al artículo 49 de la Constitución. 5.1. Comentarios previos. 5.2. Consideraciones sobre la protección y garantías actuales de los derechos sociales. 5.3. Análisis de las posibles nuevas vías de protección y garantía de los derechos sociales. –6. Propuestas de modificación de la Constitución para mejorar el contenido esencial y protección jurídico-constitucional de los derechos de las personas con discapacidad. 6.1. Relativas a la denominación y terminología. 6.2. Relativas al contenido material del precepto constitucional. 6.3. Relativas a su ubicación sistemática y mejora de garantías. 6.4. Propuesta de nueva redacción del artículo 49. 6.5. Ajustes puntuales de otros preceptos constitucionales. –7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 dedica específicamente su artículo 49 a la protección de un grupo de personas que se encuentra en grave riesgo de vulnerabilidad y

sufriendo una situación de inaceptable exclusión social y pobreza: el colectivo de las personas con discapacidad. Si bien desde que surgió la Carta Magna hace cuarenta años las personas con discapacidad han visto mejoradas tanto su situación socioeconómica como la percepción que la sociedad tiene de ellas, aún hoy en día se encuentran en una situación de significativa vulnerabilidad y exclusión social. Y, a la vista del desarrollo social, cultural, normativo y político acontecido en estas últimas cuatro décadas, se hace necesaria una reforma de dicho artículo 49 para modernizarlo y sintonizarlo con la realidad socioeconómica y jurídica de nuestro tiempo, de forma que este colectivo de personas pueda tener la protección y garantías constitucionales que le corresponden para defender y disfrutar de sus derechos como ciudadanos.

El objetivo de este artículo es principalmente plantear una propuesta de reforma del artículo 49 de la Constitución Española. Para ello, primeramente contextualizaré la cuestión dimensionando la realidad de las personas con discapacidad, y profundizando en la cuestión nada baladí de la terminología para denominar a este colectivo. Seguidamente enunciaré brevemente la evolución de los modelos de atención de las personas con discapacidad, y resumiré el recorrido de la protección jurídica de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos (internacional, europeo y nacional), para ubicar al lector en la situación actual. A continuación daré algunas pinceladas acerca de la génesis y desarrollo de la Constitución Española, así como los antecedentes que fundamentaron o influyeron en la inclusión de la discapacidad en su texto. Después trataré de relatar someramente la gestación parlamentaria de la Constitución Española, destacando aquellos aspectos más relevantes para con la redacción del artículo 49, para entrar en los comentarios a este artículo y la propuesta para su reforma, la cual se centra en aspectos terminológicos, de contenido y de ubicación.

2. DIMENSIÓN Y TERMINOLOGÍA DE LA DISCAPACIDAD

La discapacidad es un problema humano de gran dimensión; el número de personas que conforma este colectivo en España es de 3,8 millones de personas (8% de la población en 2008), de 80 millones en la Unión Europea (1 de cada 6 personas en 2010) y de 1.000 millones en el mundo (15% de la población mundial en 2010) (Organización Mundial de la Salud, 2010).

De acuerdo con la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia (INE, 2008), la encuesta oficial más actual disponible hasta la fecha en España, el 8,5% de la población española (3.847.854 personas) declara alguna discapacidad o limitación para actividades de la vida diaria; de ellos, 2.148.548 son dependientes (55,8%), es decir, precisan la ayuda de una tercera persona pues requieren

apoyos para su autonomía personal. Además, hay 290.530 personas que viven en centros residenciales, hospitales psiquiátricos, gerontológicos y otros centros para personas con discapacidad; de ellos, 269.139 han declarado tener alguna discapacidad.

Deseo destacar que la relación entre empleo, discapacidad y pobreza es estrecha; su interacción limita el futuro de la persona negándole su participación plena en la vida social y económica y lanzándola a la pobreza. En grandes líneas, la tasa de actividad de las personas con discapacidad es del 33,9%, mientras que dicha tasa se sitúa en el 78,1% en la población sin discapacidad, estableciéndose una diferencia de más de 44 puntos porcentuales entre ambos grupos. En el colectivo, la incapacidad se erige como razón principal de inactividad laboral, argumento que resulta mínimo entre las personas sin discapacidad. Por el contrario, entre la población general, son dos los motivos que emergen con mayor presencia: las labores del hogar y los procesos formativos, muy bajo también para las personas con discapacidad. Y al abordar la tasa de empleo, esta se sitúa en el 23,4% para las personas con discapacidad, frente al 60,9% en la población sin discapacidad. Tan solo una de cada cuatro personas con discapacidad tiene empleo, y los parados de larga duración con discapacidad representan el 60% del total de desempleados del colectivo de personas con discapacidad. A la vista de estos datos no resulta extraño que, según el dato oficial más reciente, la tasa de riesgo de pobreza y exclusión social de la población con discapacidad era del 30,9% en 2016, por encima de la de la población con discapacidad (26,1%) (ODISMET, 2018).

Aprovecho para señalar la dificultad que entraña conocer la situación real de las personas con discapacidad debido a la dificultad de obtener fuentes de información. Abordar la realidad socio-laboral de las personas con discapacidad desde una perspectiva estadística implica principalmente superar tres obstáculos importantes vinculados a las fuentes existentes (ODISMET, 2017). En primer lugar, la escasez de fuentes, aunque en los últimos años, la acción conjunta de diversas asociaciones y entidades del tercer sector, así como la propia administración, están propiciando la aparición de nuevas estadísticas especializadas en discapacidad. En segundo lugar, las diferencias metodológicas en la medición de la discapacidad en las diversas fuentes, tanto oficiales como no oficiales. Y tercero, la variabilidad en las cadencias de actualización de datos, que dificultan un seguimiento periódico y análisis de su evolución. Todo ello comporta por un lado, que en ocasiones los datos no sean coincidentes para hacer comparaciones directas y, por otro, que en determinados casos no sea factible realizar análisis inter-
anuales fiables.

Otra dificultad que se identifica en torno a las personas con discapacidad, y en la cual me gustaría incidir, es la cuestión terminológica. La propia Constitución Española en su artículo 49 denomina a este grupo humano con la expresión “disminuidos físicos,

sensoriales y psíquicos”, la cual es muy extraña hoy en día en nuestra realidad social y jurídica, y debería modernizarse. Es cierto que estas expresiones se han utilizado históricamente; términos como “inválido”, “incapaz”, “subnormal”, “minusválido” o “discapacitado”, entre otras, variando en las diferentes épocas y según los modelos de protección aplicables, pero siempre adoleciendo de una carga negativa o peyorativa. Pero la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia impuso en su Disposición adicional octava la erradicación de esta terminología que tiene un carácter peyorativo y de desprecio.

Es igualmente preocupante la moda que se ha instaurado más recientemente de huir de la palabra discapacidad, para utilizar términos que se consideran políticamente correctos, con la intención de evitar connotaciones negativas, pero que disfrazan la realidad bajo expresiones como “personas con diversidad funcional”, “personas con capacidades diferentes” o “personas con necesidades especiales”, entre otros términos. Si bien se comprende la buena intención implícita detrás del uso de estos términos, su utilización tiene un impacto negativo en el colectivo, en cuanto que es un concepto ambiguo y contribuye a invisibilizar al colectivo, generando confusión e inseguridad jurídica, y rebajando la protección que todavía necesitan estas personas. Se corre el riesgo con este tipo de giros terminológicos de esconder una realidad a la que se debe hacer frente día a día en un entorno donde es fundamental trabajar en la defensa de los derechos.

Por el contrario, hay que llamar a las cosas por su nombre. Con los términos reflejamos una manera de pensar y una actitud, y hay que tratar a las persona como se merecen, como sujetos de derechos. La discapacidad hoy en día solo se entiende desde la perspectiva de los Derechos Humanos, consagrada en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (en adelante, la Convención), y el lenguaje no puede permanecer ajeno a este modelo. Por tanto, ni siquiera debiéramos hablar de “discapacitados”, puesto que primero son personas, y después, personas que tienen una discapacidad.

El lenguaje es muy importante, y la expresión correcta que utiliza nuestro ordenamiento jurídico actual, recogida en la Convención y aceptada como única expresión válida por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) en su Decálogo para un uso apropiado de la Imagen Social de las Personas con Discapacidad, es la de “personas con discapacidad” (CERMI, 2011). Por tanto, no puedo subrayar suficientemente la necesidad de ser cuidadosos y respetuosos con esta terminología en todas las esferas, y ayudar a cambiar la realidad del colectivo al que hace referencia, y no su denominación.

3. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA DISCAPACIDAD EN LOS ÁMBITOS INTERNACIONAL, EUROPEO Y NACIONAL

De la Villa Gil (2015: 22-31) realiza un detallado recorrido histórico de los presupuestos jurídicos de la garantía de los derechos humanos, recogiendo los diferentes hitos histórico-políticos que desarrollan el principio de universalidad de los derechos humanos y su protección. Yo me limitaré a continuación a destacar las que considero son las piedras angulares en la evolución de la protección jurídica en los ámbitos internacional, europeo y nacional.

3.1. Ámbito internacional

En el ámbito internacional o global hay diversos hitos que jalonan el progreso de la protección jurídica de las personas con discapacidad. Se puede afirmar que el impulso del discurso de los derechos humanos fue la Declaración Universal de 1948. Esta formulaba un amplio catálogo de derechos para todas las personas, pero que, paradójicamente, no se tradujeron en medidas en favor de las personas con discapacidad. Hubo que esperar hasta la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Viena en 1993 para que se produjera un pronunciamiento claro, rotundo y definitivo sobre la plena aplicabilidad práctica de la Declaración Universal a las personas con discapacidad y al reconocimiento explícito que cualquier violación de derechos que afecte a la igualdad o que impliquen discriminación para las personas con discapacidad implican una violación de los derechos humanos (De Lorenzo, 2007).

Durante los años setenta, surgieron grandes declaraciones, sin fuerza jurídica vinculante y con mero valor programático y político; hay que destacar en particular la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (20 de diciembre de 1971) y la Declaración de los Derechos de los Impedidos o Minusválidos (9 de diciembre de 1975). Y en la década de los ochenta, las Naciones Unidas mostraron un renovado interés en la discapacidad, coincidiendo con el cambio del modelo médico-rehabilitador hacia el modelo social o de derechos, al declarar el año 1981 como Año Internacional de las personas con discapacidad, así como la implantación del Decenio de las personas con discapacidad entre 1983 y 1992.

Otra fecha significativa fue el año 1993, que trajo, por un lado, la aprobación de las Normas Uniformes de Naciones Unidas para personas con discapacidad (20 de diciembre de 1993) y, por otro lado, el pronunciamiento inequívoco de la Conferencia Internacional de Viena en favor de la aplicabilidad y el respeto a este colectivo de los derechos humanos.

Si bien los primeros intentos de una Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fueron presentados por Italia y Suecia, entre otros, en los años ochenta, fue en 2000, con la celebración en Beijing de una Cumbre Mundial de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la discapacidad, donde se sugirió, una vez más, la necesidad de una Convención temática. La Declaración de Beijing sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Nuevo Siglo, afirmaba que era ese el momento oportuno para que las organizaciones no gubernamentales y los Estados colaborasen en un proceso dirigido a la elaboración y adopción de una Convención Internacional (De Lorenzo y Palacios, 2016).

A partir de 2001 Naciones Unidas retoma nuevamente el discurso de los derechos humanos para explorar la elaboración de una convención especial para la protección específica de la dignidad y de los derechos de las personas con discapacidad que traduzca de forma práctica la amplia relación de derechos de la Declaración de Derechos Humanos a la aplicación real y efectiva en favor de las personas con discapacidad. Así, a iniciativa de México, la Asamblea General de Naciones Unidas de 30 de noviembre de 2001 acordó promover un Convenio Internacional para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Desde esa fecha, un Comité Especial abierto a la participación de todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas trabajó sobre la base de un enfoque holístico en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación, que se reunió ocho veces entre 2002 y 2006, en un proceso abierto a la participación del movimiento asociativo de la discapacidad, y que culminó con la adopción del texto de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

3.2. Ámbito europeo

En el ámbito europeo, la protección jurídica de las personas con discapacidad se inicia con el proceso de ensanchamiento de los derechos sociales, que fue progresivo y acentuado con el proceso de europeización de los derechos. Distinguimos dos esferas diferenciadas: por un lado, el Consejo de Europa, organización internacional que integra a 46 Estados europeos y que surgió como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial para crear un espacio de paz y de respeto de los derechos humanos en el contexto europeo global y, por otro lado, la Unión Europea, que se circunscribe al ámbito de sus 28 estados miembros, y que conforma una comunidad política de derecho con un sistema jurídico y político, el comunitario europeo, único en el mundo, que se rige por mecanismos y procedimientos de funcionamiento interno complejos, y que tiene carácter supranacional.

En el ámbito del Consejo de Europa, además de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1953 y sus Protocolos, destaca la Carta Social Europea, suscrita en Turín en 1961, y que incluye una disposición más directa de protección de personas con discapacidad a través de su artículo 15, titulado “Derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social”.

Mientras, en el ámbito de la Unión Europea, desde la firma de los Tratados de Roma, el 25 de marzo de 1957, tuvieron que pasar casi veinte años hasta que se promulgara dentro del ámbito europeo el primer Programa de Acción Social (1973) y las primeras “Directivas Sociales” (1975). Y otros veinte años después, en la reforma del tratado que se hace en Maastrich en 1993, no prosperaron las tesis de introducir unas mejoras en los artículos sociales, de forma que quedaron recogidas como un protocolo social, anexo al tratado, y válido para 11 de los 12 Estados miembros.

Hubo que esperar al Tratado de Ámsterdam, en 1997, y a la Estrategia Europea del Empleo que se puso en marcha en ese mismo año, en la Cumbre Europea de Luxemburgo, y a la Cumbre Europea de Lisboa, para poder hablar de una Europa Social y un Modelo Social Europeo, que se ha caracterizado, entre otras cosas, por un alto nivel de protección social, el diálogo social, la igualdad hombre-mujer y no discriminación en general, y el reconocimiento del intervencionismo del poder público para garantizar la justicia y la paz social.

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999 se introdujo en el Tratado de la Unión Europea una disposición explícita, en su artículo 13, sobre la lucha contra la discriminación en diversos ámbitos, entre otros las discapacidades. De manera que, si bien la discapacidad continúa siendo competencia nacional de los Estados miembro, a partir del Tratado de Ámsterdam la Unión Europea comparte competencias y puede luchar contra todo tipo de discriminación, incluida la debida a la discapacidad, por medio de directivas que armonicen las legislaciones, y distintas normas de derecho derivado que contribuyan al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, también en su acción exterior¹.

También hay que mencionar la Comunicación de la Comisión Europea, refrendada por el Consejo en diciembre de 1996, sobre “Igualdad de oportunidades de las personas

¹ Así se desprende, entre otros, de los artículos 2, 9, 10, 19, 151, 153, 168 y 216.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y de los artículos 2 y 21 del Tratado de la Unión Europea (TUE) de 2007, en sus versiones consolidadas con las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa.

con minusvalías - Una nueva estrategia comunitaria en materia de minusvalías”, así como la Comunicación de la Comisión del año 2000 titulada “Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, acompañada por la directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Igualmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 junto al Tratado de Niza, prohíbe la discriminación y reconoce el derecho de las personas con discapacidad de beneficiarse de medidas que favorezcan su integración. La Carta fue revisada y proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. Si bien no es hasta la ratificación del Tratado de Lisboa que esta Carta es legalmente vinculante para todos los países, con excepciones para Polonia y el Reino Unido.

Conviene en este punto reseñar que el movimiento asociativo de la discapacidad trabaja desde hace años en la adopción por parte de la Unión Europea de una Directiva específica sobre no discriminación general por razón de discapacidad. Se trata de un objetivo refrendado por el Parlamento Europeo y por el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen de 17 de octubre de 2001 sobre “El Año europeo de las personas con discapacidad, 2003”.

Asimismo, el impulso definitivo a nivel europeo se adquiere con la ratificación de la Convención y su entrada en vigor en la Unión el 21 de enero de 2011, de conformidad con la Decisión 2010/48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009. Resulta particularmente relevante que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya reforzado el hecho de que la Convención es vinculante en la Unión y en sus Estados miembros cuando se aplica la legislación de la Unión Europea.

3.3. Ámbito nacional

En lo que respecta al ámbito nacional, la protección se inicia tras la puesta en marcha del sistema de Seguridad Social a final de los años sesenta, pero con un grado de protección muy escaso hacia este colectivo y una irrelevante reivindicación por parte de las organizaciones de la discapacidad. Y en apartados siguientes abordaré la protección jurídica de las personas con discapacidad en España surgidos con posterioridad y al impulso de la Constitución de 1978.

4. ANTECEDENTES Y GÉNESIS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD²

4.1. Antecedentes: referencias a la discapacidad en el Derecho comparado

Si bien hoy en día resulta más común que un texto constitucional dedique dentro de su articulado un precepto específico a la discapacidad, esto aún resulta poco habitual, y desde luego era una importante innovación normativa en el momento en que fue dictada la Constitución Española. En ese aspecto, nuestra Constitución de 1978, junto con la portuguesa del año 1976 y alguna otra en menor medida, fue pionera al incluir de forma expresa un artículo referido exclusivamente a las personas con discapacidad. Dicho artículo, como ya he mencionado antes, es el artículo 49.

En este apartado me gustaría detenerme a enunciar brevemente los principales antecedentes a este precepto, que se hallan en el derecho comparado. En algunas Constituciones se podían encontrar sutiles referencias a la discapacidad. Garrido Falla *et al* (2001) menciona como antecedente la Constitución italiana de 1947, la cual en su artículo 38 indica que *“Todo ciudadano incapacitado para el trabajo y desprovisto de los medios necesarios para vivir, tiene derecho al mantenimiento y a la asistencia social... Los incapaces y los mutilados tienen derecho a la educación y a la capacitación profesional. Las obligaciones previstas en este artículo se proveerán por los organismos e instituciones ya existentes o que establezca Estado...”*. También señala la Constitución francesa, cuyo Preámbulo de la Constitución de la IV República, declarado en vigor por la Constitución de 1958, párrafo undécimo, establece que *“Todo ser humano que por razón de su edad, estado físico o mental, o por situación económica, se encuentre (la incapacidad de trabajar) tiene derecho a obtener de la colectividad los medios convenientes para su existencia.”*

Otras constituciones incluían referencias a la no discriminación o la protección de la dignidad humana, con carácter general, como la Constitución alemana (Ley Fundamental para la República Federal de Alemania –conocida tradicionalmente como Ley Fundamental de Bonn–, de 23 de mayo de 1949), que comienza protegiendo en su artículo 1 la dignidad humana. No será hasta una reforma en 1994 que se incluye en la Constitución alemana un inciso en ese mismo artículo que reza que *“Las minusvalías no podrán constituir causa de discriminación para nadie.”*

² Cabe destacar la excelente sinopsis acerca de los antecedentes, génesis parlamentaria, normativas actuales y jurisprudencia relacionada que se haya en la página web del Congreso de los Diputados, en el siguiente enlace: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=49&tipo=2>

Pero, sin duda, el principal antecedente se halla en la Constitución portuguesa, que es la que contiene una referencia más análoga a la española, y que en su artículo 71 dispone: *“1. Los ciudadanos física o mentalmente deficientes gozarán de la plenitud de los derechos y estarán sujetos a los deberes especificados en la Constitución, con excepción del ejercicio o del cumplimiento de aquellos para los cuales se hallen incapacitados. 2. El Estado se obliga a realizar una política nacional de prevención y tratamiento, rehabilitación e integración de los deficientes; a desarrollar una pedagogía que sensibilice a la sociedad en cuanto a los deberes de respeto y solidaridad con ellos y a la asunción de la carga de realización efectiva de sus derechos, sin perjuicio de los derechos y deberes de los padres o tutores.”*

Mientras que Constituciones como la italiana o la francesa, entre otras que contienen referencias a personas con discapacidad, se limitan a explicitar la obligación estatal de proteger las necesidades de las personas con discapacidad y a reiterar su derecho a la educación o a la formación, la Constitución portuguesa contenía previsiones normativas específicas para la protección integral y efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Se puede acudir a De Lorenzo y Pérez Bueno (2007) para un análisis más exhaustivo de los precedentes al artículo 49 de la Constitución Española en el Derecho comparado.

4.2. Gestación parlamentaria del artículo 49 en la Constitución Española de 1978

Tras las elecciones generales del día 15 de junio de 1977, el Congreso de los Diputados ejerció la iniciativa constitucional que le otorgaba el artículo 3 de la Ley para la Reforma Política y, en la sesión de 26 de julio de 1977, el Pleno aprobó una moción redactada por todos los Grupos Parlamentarios y la Mesa por la que se creaba una Comisión Constitucional con el encargo de redactar un proyecto de Constitución. La sesión constitutiva de la Comisión tuvo lugar el día 1 de agosto de 1977, y el Boletín Oficial de las Cortes, núm. 44, de 5 de enero de 1978, publica el texto del anteproyecto de Constitución y los votos particulares al anteproyecto formulados por los ponentes.

En este proceso parlamentario, según Garrido Falla (2001), el primer texto del Anteproyecto de Constitución ya incluía en su artículo 42 una referencia expresa a la protección a las personas con discapacidad. Concretamente, establecía que *“Los poderes públicos garantizarán a los disminuidos físicos o mentales y personas incapacitadas una atención especializada y un reforzamiento del amparo que los derechos fundamentales de este título otorgan a todos los ciudadanos.”*

Posteriormente, el Informe de la Ponencia, que se publicó en el Boletín Oficial, núm. 82, de 17 de abril de 1978, redactó dicho precepto teniendo en cuenta parte de las enmiendas presentadas. Como consecuencia, reubicaba la referencia a personas con discapacidad en el artículo 45 con el siguiente texto: *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestará atención especializada que requieran según su incapacitación, y reforzarán el amparo que los derechos de este Título otorgan a todos los ciudadanos.”* Esta numeración y texto se mantuvo íntegra tanto el Dictamen de la Comisión (BOC de 1 de julio de 1978) como el Pleno del Congreso de los Diputados (BOC de 24 de julio de 1978).

A continuación, el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado (BOC de 6 de octubre de 1978) modificó ligeramente el precepto, reubicándolo en el artículo 49, y con un texto muy similar al actual: *“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 según su incapacidad y los ampararán especialmente en el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”* Esta formulación y numeración se mantuvo en el Pleno del Senado (BOC de 13 de octubre de 1978) hasta que, finalmente, la Comisión Mixta Congreso-Senado (BOC de 28 de octubre de 1978) acordó la redacción definitiva, que solo difiere de la que aprobó el Senado en la supresión del inciso “según su incapacidad”.

En general, se puede afirmar que el precepto constitucional no fue objeto de un gran debate, habiéndose dado desde un primer momento una gran unanimidad en torno al mismo, lo que, entre otras causas, pudo ser motivado tanto por la sensibilidad existente sobre la materia, como por el significado del referido artículo 49 como derecho social; esto es, como precepto propiamente voluntarista que expresa el sentimiento de solidaridad a seguir por los poderes públicos en su función asistencial, pero que no configura un verdadero derecho subjetivo (De Lorenzo, 2007). De acuerdo con Casas-Baamonde (2009), es un artículo “cuyo significado actual no es otro que reconocer un derecho de ciudadanía igual para las personas con discapacidad”.

5. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN

5.1. Comentarios previos

Resulta totalmente obligado abordar en primer lugar el tratamiento que nuestra vigente Constitución realiza, al respecto, ya que de la cobertura de su contenido, alcance

y efectos, dependen absolutamente la potencialidad del desarrollo y eficacia de la protección de estas personas por el ordenamiento jurídico en toda su vasta extensión. El tratamiento de las cuestiones relativas a la discapacidad implica, pues, entre otras cosas, la toma en consideración de un presupuesto político referido a un concreto modelo de Estado –el Estado social y democrático de derecho– y la referencia a una específica teoría del Derecho centrada en la vigencia, eficacia y garantía de los derechos humanos y, dentro de ellos, de los denominados derechos sociales.

Como resulta enteramente lógico, debemos comenzar el presente epígrafe recordando dicho precepto esencial en la materia que nos ocupa:

“Artículo 49:

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”.

El artículo 49 contiene básicamente tres mandatos:

- Un mandato a los poderes públicos para que desarrollen políticas, pero sin garantías por parte del legislador de cuándo lo realizará o cual será su contenido.
- Un objetivo prestacional “prestarán la atención especializada que requieran”, que es el núcleo del precepto y que fue desarrollado por la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI).
Constituyó la LISMI un precedente llamativo en las legislaciones europeas que supuso un enorme impulso en materias tales como: educación especial, integración laboral, prestaciones económicas y eliminación de barreras, que experimentó un nuevo impulso, gracias a la reivindicación sensata e incidencia política del CERMI que encontró siempre un gran eco en ambas cámaras legislativas y el Gobierno.
- Y, finalmente, un ejercicio de voluntarismo político mediante la expresión “amparo especial” para que puedan disfrutar todos los derechos fundamentales, pero sin fijar criterio alguno, ni mecanismo de implementación ni garantías de observancia, para su consecución.

El artículo 49 necesita de una profunda reforma, tanto en sus aspectos terminológicos, en su contenido actual y ubicación/garantías, porque así lo requiere la realidad social y lo demanda la discapacidad organizada en torno al CERMI.

En cuanto a los aspectos terminológicos o del lenguaje, la expresión correcta debe ser personas con discapacidad, como ya hemos apuntado en el epígrafe 2 de este trabajo.

Su contenido debe evolucionar del modelo prestacional al de Derechos Humanos y recoger entre otros principios los de: igual capacidad, vida independiente, accesibilidad universal y ajustes razonables, la lengua de signos y diálogo civil.

El sector de la discapacidad y diversos juristas opinan que este precepto debería reubicarse en la Sección 1ª del Capítulo segundo para tener la consideración de derecho fundamental, y por tanto gozar de las garantías plenas del Artículo 53 de la Constitución.

Sobre estas cuestiones volveremos más adelante a la hora de ensayar una propuesta de nueva redacción o reforma del artículo 49, si bien, debemos antes abordar otras cuestiones de carácter general que sitúan, contextualizan y condicionan de forma general a cualquier consideración específica que se realice.

5.2. Consideraciones sobre la protección y garantías actuales de los derechos sociales

Los derechos sociales hoy en día están sin duda en una posición de notoria debilidad en el sistema jurídico. Según Cámara³, esta debilidad se manifiesta, entre otras cosas, al reconocer pobremente los derechos sociales a ciertos colectivos en especial situación de vulnerabilidad, como, por ejemplo, las personas con precariedad laboral, las personas migrantes, las personas con discapacidad, entre otros colectivos, así como “en la negación a los derechos sociales de los mecanismos de tutela institucional reservados al resto de los derechos, desembocando en la falta de justiciabilidad o en una justiciabilidad débil de los derechos sociales” (Cámara, 2018). Por lo que se hace necesario elevar la protección y garantías de estos derechos al más alto nivel, y revalorizarlos en el constitucionalismo actual.

Cualquier nuevo enfoque de fondo de un precepto constitucional debe someterse a una necesaria reforma del mismo. No cabe acudir a la pretendida solución que ofrecen

³ Magníficas observaciones de Gregorio Cámara Villar durante la conferencia “La Reforma Social de la Constitución Española” celebrada el 25 de mayo de 2018 en el Monasterio de Yuste, impulsado por la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura y el Instituto Iberoamericano de Investigación y Apoyo a la Discapacidad Intelectual (INIBEDI).

las leyes orgánicas u ordinarias para modificar o condicionar su interpretación y aplicación. La reforma debe situarse en la raíz misma del texto constitucional. “No se puede acudir a la ley para alterar o adaptar el contenido de la Constitución”⁴ (Muñoz Machado, 2018). Por ejemplo, de la cuestión de *spending power* y en concreto en la actividad subvencional del Estado, se ha vivido una larga travesía del desierto respecto de las referidas a la asignación tributaria del 0’7% para fines de interés social que nuestro Tribunal Constitucional ha sentenciado reiteradamente como de competencia autonómica que dicha jurisprudencia acabó convirtiendo en materia de reserva constitucional en favor de las comunidades autónomas.

La actual coyuntura política y el ciclo económico que vivimos dejan poco margen para pensar en un consenso suficiente, en todo caso, y como mínimo, el requerido por el artículo 167 de la Constitución. Pero estas dificultades no deben arredrarnos sino convertirse en un verdadero acicate para seguir aspirando y defendiendo nuestras tesis de mejor protección jurídico/constitucional de la discapacidad, para proceder a una reforma por la vía ordinaria. Pero no es menos cierto que el tobogán de las coyunturas políticas hacen que las circunstancias puedan cambiar vertiginosamente por lo que resulta preciso disponer de análisis y propuestas de reforma constitucional para cuando se preste la ocasión. Encontramos solo alguna receptividad y, en todo caso, una imperiosa necesidad de modificar la constitución territorial, es decir, la referida al Título VIII sobre el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. En cambio, no existe demanda social ni un mínimo clima que abone esta necesidad respecto de algunas materias sociales de enorme importancia para la sociedad española. Por ello, consideramos que cuando sea posible tratar sobre una primera oleada de cambios constitucionales, hay que afirmar rotundamente que, junto a los grandes problemas territoriales, deben añadirse algunos temas sociales sustantivos, por dos motivos: porque hay vacíos que lo justifican y porque esta materia no debe ser una de las que ofrezca mayor dificultad de consenso.

Comparto la afirmación de Jose Antonio Montilla (2018)⁵ de que “*entre el inmovilismo constitucional, que la condena a alejarse de la realidad y el proceso constitu-*

⁴ Amplias y brillantes reflexiones podemos encontrar en la ponencia de Santiago Muñoz Machado en su ponencia “Visión general de la reforma constitucional, con especial referencia a los aspectos sociales”, impartida en el seminario “La reforma social de la Constitución española. Constitucionalización como fundamentales de los derechos sociales” (Madrid, 30 de enero de 2018. En Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia, organizada por la Plataforma del Tercer Sector y el CERMI).

⁵ Véase la magnífica conferencia de Jose Antonio Montilla, Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, durante la conferencia ‘La reforma social de la Constitución española. Constitucionalización como fundamentales de los derechos sociales’, impulsada por la Plataforma del Tercer Sector y la Mesa del Tercer Sector de Andalucía, celebrada el 4 de abril de 2018 en Sevilla.

yente, la opción más razonable es la reforma constitucional.” Asimismo, coincido con su afirmación de que “la Constitución debe reformarse no solo para adaptarse a los cambios de la realidad social y política, sino también para legitimarse ante las nuevas generaciones, para que las nuevas generaciones sientan la Constitución como suya.”

El CERMI, así como la Plataforma del Tercer Sector, que le apoya, vienen demandando que el artículo 49 de la Constitución se modifique en su terminología, contenido y ubicación, y, en este último caso, reclama que este derecho –y la citada Plataforma amplía la reivindicación a otros derechos más amplios de carácter social–, se transformen en derechos fundamentales y, por tanto, se ubiquen en la Sección 1ª del Capítulo segundo del Título I de la Carta Magna (artículos 15 al 29). Se considera que la protección de la discapacidad es un derecho social, en este momento tratado como un principio rector de la política social y económica, pero que debe experimentar un gran giro, convirtiéndose en un derecho subjetivo y exigible directamente y con plenas garantías como los demás derechos fundamentales. En este sentido, Cámara (2018) nos recuerda que, *“según Bobbio, un derecho, en definitiva, vale lo que vale su garantía”*. Analicemos a continuación algo más a fondo esta cuestión con carácter general.

Los derechos sociales están principalmente ubicados en el Capítulo tercero del Título I (artículos 39 a 52), si bien algunos de ellos fueron reconocidos como fundamentales (derecho a la educación, artículo 27; libertad sindical y derecho de huelga, artículo 28); o como derechos de los ciudadanos (derecho al trabajo, artículo 35; y derecho a la negociación colectiva y a las medidas de conflicto colectivo, artículo 37). Pero el artículo 49 cuenta solo con las garantías mínimas del artículo 53.3, que requiere que para ser invocados ante los tribunales deben atenerse a las leyes que los desarrollen, y esa remisión es amplia y de gran discrecionalidad. *“El legislador competente puede ser el estatal o el autonómico en función del reparto de competencias”* y, ciertamente, lo relativo a la discapacidad es de competencia autonómica en su mayor parte (Muñoz Machado, 2018). Ello conduce a una gran diversidad de regulaciones autonómicas lo cual es consustancial al modelo territorial o cuasi federal. La autonomía en que está basada nuestra constitución es difícil de compatibilizar, como apunta Muñoz Machado (2018), con una igualdad absoluta de los ciudadanos en todas las partes del territorio. La igualdad de derechos es un desiderátum que funciona de forma absoluta en los estados con una ley única general, pero los derechos de contenido social pueden variar dependiendo de la regulación de cada autonomía⁶. Téngase presente que estos derechos sociales autonómicos no son derechos fundamentales y que su contenido material depende también del

⁶Véase los amplios catálogos de derechos sociales vigentes en los estatutos de autonomía denominados de segunda generación: Cataluña, Comunidad Valenciana, Andalucía, etc.

legislador ordinario. Por ello puede afirmarse que las garantías de que gozan estos derechos autonómicos son las mismas que las previstas en la Constitución para los derechos sociales del citado Capítulo tercero. Puede afirmarse que la protección de los estatutos de autonomía no es mejor que la que estamos reclamando en la actualidad.

Los criterios a tener en cuenta para reclamar una reforma constitucional son, a mi juicio, los siguientes:

- Considerar el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas e incidir y reclamar una mejor distribución de las mismas, con mayor exactitud y flexibilidad, que permita desarrollar políticas sociales del Estado.
- Para evitar una dispersión absoluta del contenido y regulación de los derechos la reforma constitucional debería establecer un contenido básico de estos derechos a los que se les otorgase la condición de fundamentales. Hay que establecer un contenido básico y sustancial que prevalezca sobre la distribución misma de competencias para algunos de estos derechos, pero no para todos, pues la coyuntura económica no lo soportaría.
- Este enfoque selectivo o excepcional apuntado en el párrafo anterior, tal y como defiende Muñoz Machado (20018), tienen que focalizarse sobre los derechos que guardan relación con la dignidad humana y el trato esencial en relación con el reconocimiento y cobertura de sus necesidades básicas (pobreza, necesidades vitales mínimas, etc.). Además, estas excepciones deben acompañarse con algunas formulas financieras y tributarias que abastezcan y hagan sostenibles su materialización.

Existen posiciones que ponen el acento en el contenido y alcance de los derechos recogidos en los Tratados Internacionales como vía de aumentar el número e intensidad protectora de los derechos sociales. Sin embargo, como pone de manifiesto Valdés Dal-Ré (2018)⁷ la doctrina y el Tribunal Constitucional han reafirmado que los tratados solamente sirven para interpretar derechos que ya existen en nuestro ordenamiento, y no para crear nuevos derechos. Los derechos reconocidos en los tratados obligan a los estados y a los miembros, pero no permiten abrir vías de reclamación individualizada por parte de los ciudadanos.

⁷La cuestión la ha abordado brillantemente el magistrado del Tribunal Constitucional, Fernando Valdés Dal-Ré, en su ponencia “Los derechos sociales como derechos fundamentales: viabilidad y concreción”, impartida en el seminario “La reforma social de la Constitución española. Constitucionalización como fundamentales de los derechos sociales” (Madrid, 30 de enero de 2018, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia, organizado por la Plataforma del Tercer Sector y el CERMI).

En otro orden de cosas cabe preguntarnos cuáles son las vías o mecanismos para exigir la protección jurídica de los derechos sociales de los ciudadanos. En Europa hay dos sistemas de protección jurídica de los derechos fundamentales; el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 y la Carta Social Europea de 1961 de Turín, ambos del Consejo de Europa. El primero de ellos se refiere a derechos civiles y políticos y margina prácticamente a los derechos sociales que no estén en la agenda política del Consejo de Europa. Y la Carta Social contiene un amplio catálogo de derechos sociales y económicos, pero de escaso calado en cuanto a su protección jurisdiccional.

En la Unión Europea solo hay derechos civiles y políticos, pero no derechos sociales, aunque se ha ido avanzando por la vía del reconocimiento jurisprudencial de esos derechos. La Comunidad Económica y Europea nació sin referencia a ningún tipo de derechos, porque solo se perseguía un mercado común. Y los derechos quedaban a las regulaciones de las Constituciones nacionales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comenzó a dictar sentencias en 1969-70 en reconocimiento de estos derechos, con el argumento de que constituían un acervo jurídico recogido en el conjunto de las Constituciones nacionales. Los tribunales constitucionales de los Estados miembros se revelaron, y comenzaron a dictar sentencias a partir de 1973, basadas únicamente en sus propias constituciones. Pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea zanjó rotundamente la controversia con una sentencia 1978, que afirmó que la aplicación de sus sentencias era obligatoria porque se encontraban por encima de lo que pudieran contener las constituciones nacionales, aunque fuera en detrimento de estas.

¿Y cuáles de estas normas se aplica en caso de conflicto jurisdiccional? Se considera que por el “principio de igualdad de protección” ambas vías otorgan un nivel análogo de cobertura. Si bien prevalece la que ofrezca un grado de protección mayor que la otra. No hay protección directa para los ciudadanos de los derechos fundamentales, pero si ha ido in crescendo la protección indirecta.

Hay que acudir a la Unión Europea, no porque haya un sistema de mayor garantía de nuestros derechos sociales, sino porque dispone de un paquete de interpretaciones que pueden mejorar dichas garantías.

El panorama de protección de los derechos sociales en España a través de la jurisprudencia y las regulaciones contenidas en los tratados internacionales, no es muy halagüeño.

Hay que priorizar cuales son los derechos sociales cuyas garantías queremos mejorar que, necesariamente, han de ser los más vinculados a la dignidad humana.

5.3. Análisis de las posibles nuevas vías de protección y garantía de los derechos sociales

Demos un paso más en el proceso de planificación del contenido, alcance y garantías de los derechos sociales y sobre su existencia o no como derechos fundamentales.

Siguiendo a F. Valdés Dal-Ré (2018) tenemos que buscar respuestas al menos a cuatro interrogantes:

- ¿Qué hay que entender cuando se habla de derechos sociales?
- ¿Cuál es su configuración en el texto constitucional?
- ¿Cuáles son las garantías o los mecanismos de protección de los derechos sociales?
- ¿A través de qué posibles vías se puede actuar para que los derechos sociales puedan ser protegidos como si fueran derechos fundamentales?

La cuestión surge tras la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas y los Pactos de 1966, que ya diferencia entre derechos civiles y políticos, por un lado, y sociales, culturales y económicos, por otro.

Ocurre lo mismo en el ámbito de Europa con el convenio del Consejo de Europa de 1950 y la Carta Social Europea de 1961, que ya hemos comentado más arriba.

La Constitución Española no habla de derechos sociales salvo en su artículo 42, cuando, de soslayo, se refiere a los trabajadores españoles en el extranjero.

Existe un gran debate doctrinal sobre el concepto, contenido, eficacia y protección de los derechos sociales, al cual aportamos la siguientes reflexiones:

- A. ¿Qué hay que entender por derechos sociales? No hay un único criterio para comprender su esencia. Los derechos sociales no pueden ser definidos por oposición a los civiles y políticos. A estos últimos se les atribuye la categoría de derechos subjetivos mientras que a los sociales se les conceptúa como mandatos programáticos o mandatos de optimización. Los primeros serían derechos de libertad o derechos de abstención que prohíben a los poderes públicos adoptar medidas que impidan su disfrute lo que conllevaría el surgimiento de obligaciones negativas. En cambio, los derechos sociales tendrían naturaleza prestacional de los que manarían obligaciones positivas. Comparto la opinión de Valdés Dal-Ré de rechazar dicho enfoque, porque ambos tipos de derechos están trufados y configurados por ambos tipos de obligaciones positivas y negativas.

Por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho a la educación no solo son derechos de libertad, sino que gozan de una importante carga prescricional, pues si el Estado no actuara positivamente mediante medidas de impulso, organización y financiación, aquellos no podrían subsistir de forma práctica y efectiva.

B. ¿Cuál es su configuración en el texto constitucional? Cabe preguntarse si existen los derechos sociales. Hay una gran heterogeneidad de ellos. Podría afirmarse que hay tres grupos o categorías en función de la ubicación constitucional:

- Derechos fundamentales, artículos 27 (educación) y 28 (libertad sindical y derecho de huelga).
- Derechos de los ciudadanos, artículos 35 (derecho al trabajo) y 37 (negociación colectiva y medidas de conflicto colectivo).
- Y el gran grueso que se encuentra en el Capítulo tercero del Título I, artículos 39 a 52, como principios rectores de la política económica y social (protección a la familia, seguridad social, salud, juventud, vivienda, discapacidad, personas mayores...).

C. ¿Cuáles son las garantías o los mecanismos de protección de los derechos sociales? Antes de adentrarnos en la protección constitucional conviene preguntarse ¿es posible la reversibilidad de los derechos sociales? La respuesta es afirmativa y coincide con la posición de Valdés Dal-Ré (2018), de que frente a doctrinas espléndidamente argumentadas que defienden su irreversibilidad, ha surgido la cruda realidad de los recortes y retrocesos de las conquistas de los derechos sociales como consecuencia de las crisis económicas sucesivas y continuadas, iniciadas a partir de 2008. Los comités de seguimiento de los tratados internacionales establecen límites a estos retrocesos, imponiendo que la reversión debe ser mediante una justificación reforzada, pero los Estados las han incumplido y no ha habido consecuencias por ello.

Las garantías o mecanismos de protección de los derechos sociales se encuentran en el artículo 53.3 de la Constitución:

“3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

Por tanto, y como puede apreciarse, la protección jurídica es muy liviana, ya que estos derechos no son de aplicación directa, sino que precisan de una ley que los desarrolle, no teniendo el legislador que sujetarse a plazos ni contenidos concretos y en cuyos términos podrán ser invocados ante la jurisdicción ordinaria. Además, adolecen de una gran debilidad al quedar fuera de su alcance las garantías de los apartados 1 y 2 de dicho artículo 53 y, por tanto, sin opciones a acudir a los recursos de inconstitucionalidad y de amparo o a la obligación de que el legislador respete, en todo caso, su contenido esencial.

- D. ¿A través de qué posibles vías se puede actuar para que los derechos sociales puedan ser protegidos como si fueran derechos fundamentales? Analicemos esquemáticamente esas posibles vías:

1ª. Reubicar todos o algunos de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo tercero de Título I de la Constitución dentro la Sección 1ª de Capítulo segundo. Se trataría de una mutación jurídico-genética de la naturaleza misma del principio rector en derecho fundamental. Además de las dificultades inherentes a una operación constitucional de este calado que conllevaría una transformación de gran parte del Título I, nos enfrentaríamos a la enorme dificultad, prácticamente insalvable en esta etapa histórica, derivada del procedimiento de reforma constitucional, ya que el muro del artículo 168 resultaría ciertamente infranqueable. Podemos mantener este gran objetivo como una bandera utópica de futuro, si bien el realismo y pragmatismo deben hacernos comprender que esta vía ofrece muy escasas posibilidades de ser conseguida. No obstante, y muy selectivamente, esta meta puede continuar siendo esgrimida y defendida en favor de algún principio rector concreto, y este sería el caso del artículo 49 en favor de las personas con discapacidad.

2ª Conexión directa o indirecta del derecho social con alguno o algunos de los derechos fundamentales. Esta doctrina cuenta con un amplio respaldo del Tribunal Constitucional. Cuando el ejercicio de un derecho social se enlaza, recalca y apoya en un derecho fundamental, automáticamente emergen las garantías constitucionales para este último que incluyen y envuelven al propio derecho social. Se valora pues la protección del derecho social a la luz del derecho fundamental conexo.

En conclusión no hay que olvidar que la protección del artículo 49 sobre personas con discapacidad se agranda y profundiza cuando el asunto de fondo de que se trate, relacionado con aquellas, guarde relación directa con el ejercicio de alguno de los derechos fundamentales, siendo, en tales casos, de aplicación las garantías de todo el artículo 53 y no sólo los del apartado 3.

3ª Buscar el amparo del artículo 10.2 de la Constitución:

“2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Por tanto, radica la cuestión en averiguar cuál pueda ser el mayor grado de protección jurídico-garantista si acudimos a los tratados internacionales. La respuesta es que esta vía es de corto recorrido y la protección es de escasa intensidad.

El Convenio de Derechos Humanos y Libertades del Consejo de Europa de 1950, se centra en los derechos civiles y políticos y excluye los sociales. La Carta Social Europea⁸ tiene mucha densidad de derechos, pero muy escasa protección, denotando una llamativa asimetría entre el enunciado de los derechos y su protección real. El Tribunal de Estrasburgo está aplicando últimamente y de forma incipiente un cierto tratamiento de protección a los derechos sociales utilizando los mecanismos propios de los derechos fundamentales.

A través del Tratado de la Unión Europea nos encontramos con que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige que para acogerse a su amparo debe preexistir una regulación de derecho social en el derecho comunitario, el cual ha experimentado muy escaso desarrollo porque su regulación se encuentra en los ordenamientos de los estados miembro. Residualmente se puede utilizar esta vía bajo el paraguas de los principios de igualdad y no discriminación.

En cuanto al sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas, constituido con la Declaración Universal de 1948 y los 8 tratados de Derechos Humanos, hay que apuntar que la atención y protección de las personas con discapacidad en dicho ámbito ha sido poco significativa, con excepción, claro está, de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que está empezando a desplegar importantes efectos en los ordenamientos nacionales, si bien de forma desigual, con un ritmo insuficiente y con unos efectos todavía lejos de los objetivos de dicha convención y de las reivindicaciones de la discapacidad organizada. Como se señaló más arriba se está

⁸La Carta Social Europea fue aprobada en 1961 y ratificada por España, pero su ulterior e importante modificación de 1996 no ha sido ratificada por nuestro país.

produciendo un gran número de desarrollos normativos, si bien las materias pendientes son todavía numerosas y trascendentales, como por ejemplo en lo relativo a la capacidad jurídica y de obrar y el consiguiente cambio del Código Civil y de su ley ritual. Por otra parte, de manera lenta pero crecientemente positiva, nuestros tribunales y, especialmente, el Supremo y el Constitucional, comienzan a pronunciarse sobre la aplicación de la Convención en el derecho español, aunque todavía no disponemos de un corpus jurisprudencial suficiente.

4ª Siguiendo las reflexiones y propuestas formuladas por Jose Antonio Montilla (2018)⁹, en el marco de una futura reforma constitucional podría articularse una medida que conseguiría que algunos de los derechos sociales pudiera alcanzar la misma protección que los derechos fundamentales mediante la modificación del artículo 53 que reconociera que a algún determinado derecho social le resultara de aplicación las garantías de los apartados 1 y 2 del mismo. Conseguiríamos un efecto similar desde el punto de vista de las garantías en favor de dicho derecho social sin tener que acudir al procedimiento extraordinario de reforma del artículo 168.

No se puede pretender, en las condiciones actuales, alcanzar un consenso sobre un amplio bloque de preceptos y materias de la Constitución. Sería más lógico y pragmático arbitrar un método de trabajo en el que se abordasen en el Congreso, de forma simultánea, distintos aspectos de reforma constitucional a cargo de subcomisiones o grupos de trabajo de manera que fuese un método gradual o escalonado, y, como señala Jose Antonio Montilla (2018), se trataría de “abrir un tiempo de reformas”. Cada vez que se apruebe un precepto relevante o un grupo de artículos, que se alcanzara consenso, podría aprobarse sin esperar a las demás discusiones de otras materias en paralelo.

6. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN PARA MEJORAR EL CONTENIDO ESENCIAL Y PROTECCIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

6.1. Relativas a la denominación y terminología

No solamente debemos superar la sorprendente denominación utilizada por el artículo 49 de la Constitución y las diferentes expresiones que desde la LISMI se han

⁹De acuerdo con su intervención en la conferencia citada en la nota 5 de este artículo.

venido utilizando, sino también hay que orillar algunos intentos recientes, con pretensiones de modernidad, que edulcoran o enmascaran la realidad social a la que debemos referirnos de manera clara, inteligible y, por tanto, sin ambages ni circunloquios.

Por ello, el término más adecuado debe ser el de “personas con discapacidad”, porque así lo demanda el CERMI, lo recoge nuestro ordenamiento jurídico y, sobre todo, lo eleva a categoría de universal la propia Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

6.2. Relativas al contenido material del precepto constitucional

El texto actual del artículo 49 responde claramente al modelo de atención denominado “médico-rehabilitador” y enumera una serie de materias que, en su mayor parte, tienen un marcado carácter prestacional y que hay que enmarcar dentro de las políticas públicas y de las concreciones de las leyes que concreten el contenido e intensidad de dichas prestaciones. Además, el precepto, bien intencionado, preconiza un compromiso genérico de “amparo especial” para el ejercicio de los derechos de todo el Título I en favor de las personas con discapacidad, del cual no se infiere ni atisba elemento, criterio o mecanismo aplicativo que permita afirmar que estamos realmente en presencia de un “plus de garantía o protección”.

Por ello es fundamental abordar una nueva y completa redacción del artículo 49, que:

- Formule un compromiso rotundo en favor de las personas con discapacidad.
- Se centre en la dignidad de la persona y en los principios contenidos en los artículos 9.2 y 14 de la propia Constitución.
- Se inspire y acoja en su seno el despliegue de los efectos perseguidos por la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 para que sus principios, valores, ejercicio de derechos y garantías se expandan e irradian a todo el ordenamiento jurídico.
- Permita entroncar el contenido de este precepto considerado como principio rector con el manto garantista de los derechos fundamentales.
- Diseñe los elementos sustanciales precisos para que queden bien definidas las grandes coordenadas del contenido esencial de este precepto que sirva de brújula y hoja básica de ruta para el legislador.
- Comporte un mandato a los poderes públicos de desarrollo de las políticas adecuadas de protección de las personas con discapacidad que aseguren su igualdad de oportunidades e inclusión social.

6.3. Relativas a su ubicación sistemática y mejora de garantías

Ya he defendido que, sin perjuicio de que se mantenga por el sector la reivindicación permanente de su ubicación en la Sección 1ª, del Capítulo segundo, del Título I, como derecho fundamental *stricto sensu* soy claramente partidario de mantener su ubicación constitucional actual, fundamentalmente por dos razones:

- Porque ubicarlo en la Sección 1ª obligaría a seguir el procedimiento de reforma constitución del artículo 168, de gran complejidad, que desde un punto de vista pragmático, tendría muy escasa viabilidad en la coyuntura actual.
- Y, en segundo lugar, porque pueden conseguirse efectos prácticamente idénticos a través de otra medida de reforma constitucional, como sería la revisión del artículo 53.3, para lo cual es suficiente el procedimiento del artículo 167 que es mucho más asequible y el mismo que debería seguirse respecto del conjunto de propuestas que estoy formulando.

6.4. Propuesta de nueva redacción del artículo 49

“Artículo 49:

1. *Los poderes públicos promoverán las condiciones que, garanticen la dignidad inherente y la inclusión social de las personas con discapacidad, remuevan las barreras u obstáculos que impidan o dificulten el pleno ejercicio, real y efectivo, de sus derechos fundamentales en las mismas condiciones que los demás y aseguren, al menos, la no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato, la acción positiva, la vida independiente, la accesibilidad universal y su plena participación en el entorno comunitario, con arreglo a los principios y mandatos contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006.*
2. *Asimismo, los poderes públicos impulsarán las políticas y acciones, en todo caso de carácter, social, educativo, laboral y tecnológico que presten la atención especializada y ajustada a la realidad social y las necesidades específicas que requieran las personas con discapacidad y sus familias y, a través del diálogo civil, las organizaciones que las representen.”*

6.5. Ajustes puntuales de otros preceptos constitucionales

Es preciso resaltar que la modificación del artículo 49 deber ir acompañada de otras dos modificaciones puntuales.

La primera, la cual comparto con Cámara (2018)¹⁰, y que consiste en regularizar una cuestión que el Tribunal Constitucional ya dejó clara en relación con la necesidad de incluir en el artículo 14 “referencias que ahora no están recogidas, aunque puedan resultar amparadas por su cláusula de cierre, como son: la orientación y la identidad sexual, la edad, discapacidad, lengua, pertenencia a una minoría nacional y características genéticas”. Destaco en este punto, por cierto, que la mención específica de las personas con discapacidad sí está incluida en el precepto homólogo del Tratado de la Unión Europea.

Y la segunda, que respaldo la preconizada por Montilla (2018), de modificación del artículo 53.3 para dotar al artículo 49 de las mismas garantías de que gozan los derechos fundamentales.

“Artículo 14

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

“Artículo 53

[...]

- 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. No obstante lo anterior, el artículo 49 gozará de todas las garantías contempladas en los apartados 1 y 2 del presente artículo.”*

Para concluir, convendría recordar que, según Ferrajoli¹¹, “no se podrá hablar de paz y seguridad futuras, ni mucho menos de democracia y derechos humanos, si no se remueven, o al menos se reducen, la opresión, la desigualdad, el hambre y la pobreza de millones de personas, cuya situación comporta una terrible negación de las promesas contenidas en numerosas cartas constitucionales e internacionales”. Por lo que es perentoria una reforma social de la Constitución Española en las líneas apuntadas en

¹⁰De acuerdo con la intervención de Gregorio Cámara referenciada en la nota 3 de este artículo.

¹¹ Citado en la intervención de Gregorio Cámara en la conferencia referenciada en la nota 3 de este artículo.

estas páginas, y que “la normatividad que contienen los derechos sociales sea la palanca en la que apoyarse para corregir las injusticias de la pobreza, las vulnerabilidades y la exclusión social, la desigualdad en todas sus formas y, en definitiva, las vulneraciones y desconocimientos de la igual dignidad de las personas” (Cámara, 2018)¹².

Lo cierto es que hemos avanzado mucho en los últimos setenta años en el plano de las declaraciones y las formulaciones jurídicas, tanto en tratados internacionales como el derecho originario europeo, en las Constituciones y en muchos ordenamientos jurídicos en favor de las personas con discapacidad. Pero no es menos cierto que la situación global de las personas con discapacidad, ni ha mejorado al ritmo de los avances jurídicos, ni del desarrollo económico, científico, tecnológico, etc. y, ni siquiera, podemos afirmar con un razonable grado de convicción que hayan alcanzado la “zona de confort social” ni la intensidad de protección real en los ámbitos jurídico, económico y social para sostener, con un mínimo de conciencia social exigible, que las personas con discapacidad disfruten y estén revestidas de la “dignidad inherente”, que es el verdadero termómetro de la inclusión social y pleno disfrute, real y efectivo, de sus derechos humanos y fundamentales. Como apunta Cámara¹³, a pesar de “grandes metas e ideales y bellas palabras, derechos imperativamente formulados, pero en muchos casos —demasiados— la realidad nos sigue devolviendo amargos hechos y grandes desmentidos sobre los derechos solemnemente proclamados”. En definitiva, hay que pasar de los derechos a los hechos; es decir, los derechos tienen que avalar y corroborar, de manera real y tangible, que los derechos se han convertido en verdaderos resortes exigibles y eficaces que les permiten ser sujetos activos y beneficiarios plenos de los efectos y la finalidad perseguida por la ratio de las normas, la voluntad del legislador y del constituyente, y la materialización palpable de los derechos humanos reconocidos.

Por ello es imprescindible reformar el artículo 49 para dotarle de una nueva potencialidad y energía que despliegue innovadores e inclusivos efectos en favor de las personas con discapacidad.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALCAÍN, E. (2015). *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: de los derechos a los hechos*. Tirant Lo Blanch.

CABRA DE LUNA, M. Á. (2017) “Inclusión sociolaboral de los colectivos vulnerables”, en *Documentación social*, nº 186, 2017, págs. 155-171.

¹² Según la conferencia de Gregorio Cámara, recogida en la nota 3.

¹³ *Ibid.*

- CÁMARA, G. (2018). Conferencia “Derechos sociales, su fundamentalidad y las necesidades de reforma Constitucional”. Seminario Internacional “La Reforma Social de la Constitución”. Plataforma del Tercer Sector de Extremadura e Instituto Iberoamericano de Investigación y Apoyo a la Discapacidad Intelectual (INIBEDI). 25 de mayo de 2018 en el Monasterio de Yuste (Extremadura).
- CASAS BAAMONDE, M. E. *et al* (dir) (2009). *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*. Editorial La Ley.
- CERMI (2016), *Documento de propuestas en materia de derechos, inclusión y bienestar de personas con discapacidad y sus familias para los programas electorales de las formaciones políticas*. Madrid: Ediciones Cinca.
- CERMI (2011), *Decálogo para un uso apropiado de la imagen social de las personas con discapacidad*. Madrid: CERMI.
- CRUZ AMORÓS, M. (2009) “La discapacidad como factor de creciente relevancia en el Derecho Tributario”, en PÉREZ BUENO, L.C. (dir) (2009) *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Editorial Thomson Aranzadi.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Sinopsis del artículo 49 de la Constitución Española. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=49&tipo=2> (Accedido por última vez el 24 de mayo de 2018)
- DE LA VILLA GIL, L. E. (2015) “¿Qué es eso del Estado de Bienestar y cómo se mide, histórica y económicamente?”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 3, Julio 2015, pp. 15-81.
- DE LORENZO, R. (2007), “Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el Constitucionalismo comparado”, en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (2007) *Tratado sobre Discapacidad*. Madrid: Thomson-Aranzadi.
- DE LORENZO, R. y CABRA DE LUNA, M.Á. (2007), “Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal”, en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (2007) *Tratado sobre Discapacidad*. Madrid: Thomson-Aranzadi.

- DE LORENZO, R. y PALACIOS, A. (2016). “La Convención: una década de vigencia”, en PÉREZ BUENO, L.C. y DE LORENZO, R. (2016) *La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006-2016: Una década de vigencia*. Madrid: Ediciones Cinca.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. (2002), “Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España”, Madrid, CES, págs. 293-294
- GARRIDO FALLA et al (2001), *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016) “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: El nuevo paradigma de la Sala Primera”, en Guilarte Martín-Calero, C. (dir) (2016) *Estudios y Comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2008), *Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD-2008)*. Madrid: Instituto Nacional de Estadística
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (2016) “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, nº. 1, 2016.
- MESTRE DELGADO, J. (2018) “La acción pública en materia de discapacidad: Políticas, estrategias y actuaciones administrativas”, en MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. (dir) *Nuevos horizontes en el Derecho de la Discapacidad: hacia un Derecho Inclusivo*. Thomson Aranzadi.
- MONTILLA, J.A. (2018), Conferencia de la Discapacidad “La reforma social de la Constitución española. Constitucionalización como fundamentales de los derechos sociales”, impulsada por la Plataforma del Tercer Sector y la Mesa del Tercer Sector de Andalucía, celebrada el 4 de abril de 2018 en Sevilla.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2018) Ponencia “Visión general de la reforma constitucional, con especial referencia a los aspectos sociales” en el Seminario “La reforma social de la Constitución española. Constitucionalización como fundamentales de los derechos sociales”, CERMI y Plataforma del Tercer Sector. Madrid, enero 2018, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2001), *Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud*. Ginebra (Suiza): Organización Mundial de la Salud.
- ODISMET (2018), *Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo en España – Tasa de riesgo de pobreza o exclusión social de la población con discapacidad*. Disponible en: <http://www.odismet.es/es/datos/2condiciones-de-trabajo-y-trayectorias-profesionales/215tasa-de-riesgo-de-pobreza-o-exclusin-social-arope-de-la-poblacin-con-discapacidad/2-27/> (Consultado por última vez el 24 de mayo de 2018)
- ODISMET (2017), *Informe 2 del Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo*. Madrid: Fundación ONCE.
- PALACIOS, A. (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional*. Madrid: Ediciones CINCA.
- PÉREZ BUENO, L. C. (2016). “La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en España: la agenda legislativa pendiente una década después”, en PÉREZ BUENO, L.C. y DE LORENZO, R. (2016) *La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006-2016: Una década de vigencia*. Madrid: Ediciones Cinca.
- PÉREZ BUENO, L. C. (2010), *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión Social*. Ediciones Cinca: Madrid.
- PULIDO QUECEDO, M. (2012) *Constitución Española Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. El Derecho.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2018) Conferencia “Los derechos sociales como derechos fundamentales: viabilidad y concreción“, en el Seminario “La reforma social de la Constitución española. Constitucionalización como fundamentales de los derechos sociales.” CERMI y Plataforma del Tercer Sector. Madrid, enero 2018, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Fernando Guillermo Pindado García

Responsable de la Asesoría Jurídica del Consejo General de la ONCE

Abogado. Doctor en Derecho



LAS ACCIONES COLECTIVAS COMO INSTRUMENTO DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD¹

SUMARIO: I. Introducción. –II. Acciones colectivas en defensa de las personas con discapacidad. –III. Conclusiones finales. –IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las acciones colectivas aparecen, en la mente de la opinión pública, como una institución reciente que, no obstante, en muy poco tiempo ha acaparado numerosas portadas, por la profusión con la que se han ejercido en determinados ámbitos, como, por ejemplo, el Derecho de consumo. No obstante, esta institución viene de antiguo; en Derecho Romano existía la figura del interdicto pretorio, al que se encomendaba la protección de intereses que excedían del ámbito de lo individual, coexistiendo dos vías de carácter popular para la defensa del interés general: los interdictos populares y las acciones populares. Sin embargo, ha sido en el ámbito del Derecho anglosajón donde esta figura ha tenido un arraigo más profundo. En el Derecho británico, existen las cortes de equidad (Equity Courts); en Estados Unidos de América (EE.UU.), resulta muy popular el ejercicio de las denominadas “class actions”. El arraigo de estas acciones refleja la gran repercusión mediática que generan, por la gravedad del montante

¹ El presente, resulta un capítulo de una monografía en preparación por el autor, cuyo título será “Las acciones colectivas como instrumento de defensa de los derechos sociales”.

que genera la indemnización que, normalmente, se reclama. Pese a ello, la institución se rige por un marco muy rígido, dado que el ejercicio de una acción de esta naturaleza debe reunir los requisitos que en el sistema de EEUU se articulan bajo la denominada Rule 23, que permite superar el primer obstáculo conforme a la legislación norteamericana, que es la certificación. Sin la obtención de la certificación por un juez “*ad hoc*”, su ejercicio resulta imposible.

Sin perjuicio de dejar apuntada esta conexión con la institución norteamericana, las acciones colectivas que se ejercitan en el ordenamiento jurídico europeo y, en especial, en el español, que es el objeto de este estudio, presentan notables diferencias en cuanto al concepto y, sobre todo, al fundamento de la institución. Cuando se analiza la institución de las acciones colectivas en Derecho español, se echa en falta la formalidad con la que ha quedado regulada en el Derecho anglosajón. Esta, a mi juicio, falta de rigor genera una diferente recepción entre los distintos países miembros de la Unión Europea o, en nuestro país, en relación con los distintos grupos sociales beneficiarios de una acción de esta naturaleza, dado que no se encuentra, como en el supuesto de las “*class actions*”, abierta a cualquier tipo de reclamación.

La idea que subyace en su recepción es la existencia del interés general. De no haberse recibido en nuestro ordenamiento jurídico, los derechos de numerosos perjudicados quedarían carentes de cobertura; como indica SILGUERO, los procesos derivados del desmoronamiento de la Presa de Tous y del Síndrome Tóxico pusieron de manifiesto la incapacidad del sistema jurídico español para dar una respuesta adecuada a estas situaciones². El resultado práctico de estos dos procesos en los que, pese a haber sido declarada la responsabilidad patrimonial del Estado, numerosos perjudicados se quedaron sin percibir su correspondiente indemnización, propició que el legislador español se hiciera dramáticamente consciente de que no existía un vehículo adecuado en nuestro ordenamiento por el que canalizar grupos numerosos de reclamaciones individuales que, si bien en su conjunto pudieran abarcar una cifra nada desdeñable en lo económico, en su consideración individual no superaban el umbral de rentabilidad mínima para que el perjudicado pudiera iniciar una reclamación en defensa de sus intereses.

Sin perjuicio de las dificultades y críticas que pueda suscitar el modelo que recoge la Constitución, nuestro sistema político queda definido en la misma como un modelo

²SILGUERO, J. “Las acciones colectivas de grupo en España” en VV.AA. *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. Gidi, A y Ferrer Mac-Gregor, E (editores). Ed. Porrúa, México. 2003. Pág. 346.

de “Estado social”. Este modelo se rige por un principio básico: la solidaridad; en cuya virtud, cada individuo integrado en ese Estado puede desarrollar su proyecto de vida en plenitud, como manifestación de la dignidad humana, piedra clave del sistema. Sería el Estado constitucional comprometido con la justicia social³. Este modelo de Estado es fruto de un proceso de evolución política que parte de una carencia del modelo clásico de Estado liberal en el que se deja una absoluta esfera de acción a la intervención individual y que confunde la acción pública amparada bajo la libertad promocional con el paternalismo. Este modelo se ha demostrado insuficiente para atender las necesidades de inclusión de todos sus miembros. La propia acción social genera en sí misma exclusión social, dado que determinados grupos sociales quedan perpetuamente excluidos de los beneficios que la propia comunidad debe generar de manera colectiva. En palabras de la profesora BARRANCO, el modelo liberal de derechos se ha revelado insuficiente por cuanto únicamente consideraba los obstáculos para la dignidad de unos pocos hombres refiriéndose a un modelo estándar de personalidad, caracterizado por ser un hombre, burgués, blanco, heterosexual, económica, física y socialmente independientes⁴.

Una de las funciones que desarrolla ese Estado es, junto con la clásica función protectora, la de redistribución de la riqueza para lograr un equilibrio entre clases, grupos y territorios, y así atenuar las desigualdades sociales⁵. Por ello, una de las características más acusadas que se vinculan al mismo es la consideración de los intereses colectivos junto a los individuales, así como una intervención cualificada de la sociedad civil como sujeto garante de aquellos. La aplicación del principio de la solidaridad que figura arraigado en el modelo de Estado social obliga a la toma en consideración de las necesidades específicas de determinados grupos; en especial, la de aquellos que se encuentran en una situación de riesgo de exclusión social. A la satisfacción de estas necesidades van destinados los derechos sociales, eje del ámbito prestacional de este modelo de Estado. Esta acción se encuadra en el ámbito de la denominada “libertad promocional” que el Estado y las Administraciones públicas deben desempeñar como estrategia de satisfacción de las necesidades básicas de sus miembros. La fundamentalidad en virtud de la cual los poderes públicos actúan se basa en la satisfacción del valor de la dignidad humana que se encuentra implícito en el principio de solidaridad, y el marco en el que aquella se plasma. Son los proyectos de vida personales de sus

³ HÄBERLE, P. *El Estado constitucional*. Ed. Astrea. 2007. Pág. 357.

⁴ BARRANCO MUÑOZ, M.C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*. Ed. Dykinson. 2011. Pág. 15.

⁵ REBOLLO PUIG, M. “La defensa de los consumidores” en VV.AA. *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*. MUÑOZ MACHADO, S; GARCÍA DELGADO, J.L; GONZÁLEZ SEARA, L (Directores). Escuela Libre Editorial-Civitas. 2002. Págs. 393-394.

integrantes lo que está en juego. Ello se debe a que en las necesidades humanas básicas a las que pretende dar satisfacción este modelo de Estado que se instrumentaliza por medio de los derechos sociales, existe un anhelo colectivo conforme al cual esa satisfacción no responde a un principio egoísta de mejora de las condiciones de vida de un individuo concreto, sino la de las necesidades de toda una sociedad.

En este modelo de Estado, el interés general se sitúa junto al individual, de tal manera que el fracaso en la satisfacción de esas necesidades, repercute sobre el conjunto, generando un déficit de funcionamiento en la vida democrática. Se fracasa en la satisfacción del principio de justicia material, al que obliga la aplicación del artículo 9.2 del texto constitucional. La vida democrática no resulta exclusivamente una estructura que asegura exclusivamente la participación política de sus miembros, sino también su desarrollo personal, en el que nadie debe quedar excluido. El alcance de este principio genera una dinámica, en función de la cual el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE debe interpretarse en el sentido de que por el legislador se han de facilitar las herramientas adecuadas para la pertinente satisfacción de los grupos sociales afectados de una posible situación discriminatoria. A ello iría destinada la institución que analizo. Al mismo tiempo, su disfrute no puede quedar amparado con un mero carácter supletorio o alternativo a figuras procesales como la litispendencia, sino que debe otorgársele entidad propia, aclarando las dificultades de todo tipo que una deficiente regulación procesal genera.

El ámbito de estas acciones quedaría conformado por la defensa de varios tipos de derechos que participan de un mismo contenido colectivo: la existencia de intereses colectivos, fruto de la acumulación trans-individual de derechos individuales de igual contenido; derechos colectivos, en cuanto derechos específicos de grupo, con unas características particulares que concurren en todos u cada uno de los miembros de ese grupo; derechos difusos, como derechos cuya titularidad no puede resultar atribuida a individuos concretos, dado que el interés que subyace en ellos no es un bien que corresponda a ningún sujeto particular, si bien su falta incide en la falta de satisfacción del proyecto de vida de los miembros de determinados grupos sociales, ya sea por la pérdida que genera o por la mayor dificultad que conlleva a aquéllos para su disfrute. Un ejemplo de esta categoría de derechos que afecta a las personas con discapacidad sería la accesibilidad del entorno; un entorno accesible, como lo define el artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006⁶, sería aquel conjunto de medidas que permiten a las personas con discapacidad vivir de forma independiente y participar plenamente

⁶Instrumento de Ratificación por el Estado española ha sido publicado en el BOE nº 96, de 21 de abril de 2008.

en todos los aspectos de la vida, para lo cual los Estados Partes deben adoptar las medidas pertinentes que les asegure el acceso, 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 comportan, entre otras, la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, en: 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. La accesibilidad del entorno resulta, en mi opinión, un derecho difuso cuya infracción genera una lesión efectiva a una persona con discapacidad por la omisión de las medidas indicadas; en este supuesto, se produce la lesión de un derecho individual. Al admitir el carácter colectivo o difuso de este derecho, se permitiría la entrada en acción de aquellas entidades que persiguen la defensa de los derechos de este grupo, generando una acción de cesación o de promoción de la eliminación de las barreras, lo que redundaría en beneficio de posibles personas con discapacidad que pudieran verse afectadas, sin esperar a que la lesión se produzca. Analizar si esta intervención es posible, o no, es el objeto principal de este trabajo.

Hoy en día, las acciones colectivas vienen siendo admitidas, incluso, para el ejercicio de acciones en defensa de los derechos humanos. No obstante, el legislador español, careciendo de una visión global de la institución y su fundamentación, ha permitido que razones políticas abonen distintas condiciones de ejercicio, tanto en los aspectos materiales como formales, por lo que distinto es el contenido material del derecho, en función del grupo o colectivo afectado, pese a resultar el mismo el bien jurídico protegido.

A ello dedicaré el apartado siguiente, donde analizaré la recepción de esta institución como un instrumento de defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

II. ACCIONES COLECTIVAS EN DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Uno de los grupos a los que se atribuyen derechos sociales son las personas en riesgo de exclusión social, como he apuntado más arriba, y entre las que se encuentra el grupo de las personas con discapacidad. Por ello, compartiendo uno de los elementos definidores de estos derechos, el legislador ha atribuido a las asociaciones que ejercen la defensa de los derechos de las personas con discapacidad la posibilidad de ejercer acciones colectivas, con este fin.

Este también es el sentido que se le ha venido dando al artículo 49 de la Constitución Española, en el que los poderes públicos reciben el mandato de llevar a cabo una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración, prestándoles la atención especializada que requieran y, en especial, el amparo en el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos. En el marco de esta obligación se enmarca una propuesta como la que recojo en esta investigación. Conforme con ello, el artículo 3 de la LISMI⁷ enunciaba la obligación de los poderes públicos de prestar todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 1 de dicha norma, y que consistían en la completa realización personal y la total integración social de lo que en la citada norma se denominaban los disminuidos, en razón a la dignidad que les es propia, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales, constituyendo una obligación del Estado ... la garantía de unos derechos económicos y sociales mínimos. A esta Ley de integración, le sucedió, con igual escaso resultado práctico pero con una clara reorientación en su fundamentación, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 3 diciembre 2003, núm. 289), que enunciaba en su artículo 11, bajo el epígrafe de medidas de fomento y de defensa, que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, promoverán y facilitarán el desarrollo de medidas de fomento y de instrumentos y mecanismos de protección jurídica para llevar a cabo una política de igualdad de oportunidades, mediante la adopción de las medidas necesarias para que se supriman las disposiciones normativas y las prácticas contrarias a la igualdad de oportunidades y el establecimiento de medidas para evitar cualquier forma de discriminación por causa de discapacidad.

En este mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado en virtud de Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2013)⁸ recoge en su artículo 57 una declaración, conforme a la cual: “1. Los poderes públicos garantizarán la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, los apoyos adecuados, la educación, la orientación, la inclusión social y laboral, el acceso a la cultura y al ocio, la garantía de unos derechos económicos, sociales y de protección jurídica mínimos y la Seguridad Social”. El nuevo Texto modifica la orientación recogida en la derogada LISMI, cuya aplicación práctica fue escasa pese a la grandilocuencia y generalidad con la que se encontraba redactada. Desde el punto de vista técnico, a mi juicio, el conjunto de prestaciones que deben ser garantizadas, conforme a la enume-

⁷Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de los minusválidos (BOE 30 abril 1982, núm. 103).

⁸ En adelante, se citará como LGDPC.

ración que apunta el precepto, resultaría correcta, pues enuncia ámbitos sectoriales con cuya satisfacción se promueve la inclusión social de las personas con discapacidad, a la vez que reconoce el carácter fundamental de los derechos sociales, al menos, en un contenido mínimo indispensable para la dignidad de estas personas.

En cuanto grupo social en riesgo de exclusión y susceptible, por lo tanto, de ser beneficiario de derechos sociales, las personas con discapacidad presentan una dimensión fundamentalmente colectiva; lo que nutre este aspecto es el conjunto de barreras sociales y de necesidades básicas a las que estas personas deben hacer frente. Son elementos homogéneos a los que, por lo tanto, el ordenamiento debe dar una respuesta común. Esta circunstancia genera asimismo una dimensión colectiva. En el grupo de las personas con discapacidad se dan varios tipos de intereses con una dimensión colectiva: en algunos casos serán intereses supraindividuales de imposible reclamación individual; en otros, serán accionables de forma individual, si bien la dimensión colectiva puede generar en este caso un plus calificador⁹. Conforme con esta orientación, uno de los mejores instrumentos para la promoción de los derechos de este grupo social y sobre todo que posibilite la acción del primer grupo, sería, por lo tanto, la atribución por el ordenamiento de una acción que permita una exacción homogénea de un derecho, siéndole atribuida legitimidad a las entidades que representan los intereses colectivos de estas personas.

No obstante, el uso que se viene realizando de esta herramienta procesal resulta muy escaso o casi nulo. Las posibilidades de su ejercicio no resultan recientes, sino que se remontan a la citada LIONDAU¹⁰ que, en su artículo 19, reconocía a “las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”. Precisamente, el legislador ubicaba el artículo en el Capítulo III, bajo la denominación de “Fomento y defensa”. La redacción del artículo era la siguiente: “Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación”. No deja lugar a dudas que la imprecisión con la que está redactado el artículo puede dar lugar a la proliferación de autos de inadmisión por de-

⁹ PINDADO GARCÍA, F. *Hacia una catalogación de los derechos fundamentales – los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales-*. Ed. Cinca. 2015. Pág. 526.

¹⁰ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 3 diciembre 2003, núm. 289)

fecto de legitimación de las entidades accionantes. Con idéntica redacción, el artículo 76 del vigente LGDPC enuncia cuestiones importantes: 1) resulta compatible el ejercicio de la acción colectiva, con la acción individual que hubiera entablado un reclamante individual; 2) solo se encuentran legitimadas personas jurídicas, por lo que se excluyen las fórmulas asociativas a las que el ordenamiento no atribuye personalidad jurídica; 3) ha de ser un tipo concreto de persona jurídica a la que la Ley habilite para ello; 4) se exige una autorización específica de las personas en cuyo nombre va a actuar; 5) el objetivo es la defensa de sus derechos individuales; 6) los efectos que la acción produce son en beneficio de las personas representadas; 7) su finalidad es la de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades. El texto plantea asimismo otras cuestiones complementarias: 1) ¿qué norma habilita a entidades para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos?; 2) si gozan de legitimidad para la defensa de los intereses que son colectivos, ¿por qué motivo se exige autorización de las personas afectadas para el ejercicio de su defensa?; 3) ¿cuál es el alcance de la defensa?, ¿exclusivamente la efectividad del derecho de igualdad de oportunidades?

Como se puede ver, son numerosas las barreras que el legislador genera en este texto; en primer lugar, para poder ejercer este tipo de acción, la Ley no solo exige que los propios Estatutos de las entidades reconozcan la posibilidad de ejercicio de estas acciones, sino que reconoce como requisito una habilitación legal específica, que la propia Ley no regulaba. La LIONDAU ha quedado derogada por la letra b) de la disposición derogatoria única de la LGDPC, no obstante, en la nueva regulación, como vemos, persisten los problemas que el texto normativo erige para el ejercicio de estas acciones, por lo que resulta previsible que esta acción ostente un nulo arraigo en defensa de los derechos de este grupo de personas. Vamos a analizar, a continuación, cada uno de estos elementos con espíritu crítico, como no puede ser de otra manera, atendiendo a la nula implantación de la medida de promoción.

En relación con la compatibilidad del ejercicio de la acción colectiva, con la acción que hubiera entablado un reclamante individual, esta declaración supone reconocer en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad el eje del pronunciamiento que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que, en relación con los derechos de los consumidores, ha reconocido en la sentencia de la Sala Primera de fecha 14 de abril de 2016, en los asuntos acumulados C 381/14 y C 385/14. En su párrafo 30 de la fundamentación de la sentencia, la Sala formula la declaración siguiente: “Por lo tanto, las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de indole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que

respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13”. Independientemente de las normas que cita, distintas para las personas con discapacidad, debemos considerar de manera positiva este pronunciamiento, por entender que la compatibilidad de uno y otro tipo de acciones responde a su distinta naturaleza jurídica. Resulta, pues, una medida que beneficia el disfrute de los derechos de este grupo social. Como apunta PÉREZ BUENO, supone de facto una ampliación de la legitimación activa y una poderosa arma para conseguir la tutela de Jueces y Tribunales, cuando las personas afectadas no pueden o no saben defenderse por sí mismas o tienen dificultades insalvables, consiguiéndose con esta habilitación que algunas vulneraciones de derechos, que escapaban a la sanción, en este caso puedan ser juzgadas y en su caso condenadas por conductas atentatorias a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad ¹¹. No obstante, esta declaración puede tener una relativa eficacia práctica, dado que no podemos olvidar el artículo 76.1 de la LEC¹² para la acumulación de procesos.

En relación con el segundo punto, la legitimación, el hecho de estar solo legitimadas personas jurídicas, con exclusión de fórmulas asociativas a las que el ordenamiento no atribuye personalidad jurídica, no supone en sí una medida discriminatoria, dado que, a mi juicio, resulta lógico atribuir la defensa de estos derechos a personas jurídicas diferenciadas de los últimos beneficiarios de estas acciones. En relación con la exigencia de ser un tipo concreto de persona jurídica a la que la Ley habilite para ello, con el fin de analizar cuáles serían estas entidades, debemos acudir al texto de la LEC donde se regula la capacidad para ser parte en juicio por las personas jurídicas. Al respecto, los artículos 11 y 11 bis de la misma norma disponen reglas especiales para dos supuestos específicos: la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios (art. 11) y la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres (art. 11 bis). Esta falta de acogida es reflejo de la distinta consideración que merece el grupo de personas con discapacidad, pese a que son objeto de situaciones de doble discriminación análogas a las que sufren las mujeres¹³. Lamentablemente, la Ley Procesal no recoge todos los supuestos de legitimación colectiva; solo los dos indicados. Hay que remitirse a la ley especial, para poder acoger la institución que estudio, en relación con las personas con discapacidad. No obstante, por cuanto en la

¹¹ PÉREZ BUENO, L.C. “Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión”. Colección *cermi.es*, Nº 45. Ediciones Cinca. Pág. 102.

¹² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000).

¹³ PINDADO GARCÍA, F. *Hacia una catalogación de los derechos fundamentales – los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales–*. Obra citada. Págs. 529-530.

LGDPCD no hay un instrumento específico de habilitación, ni tampoco prevé un registro específico de entidades que se erijan en defensa de los derechos de este grupo social, recomiendo que, ante la dicción del precepto, las personas jurídicas que tengan en sus fines la promoción de los derechos de las personas con discapacidad, incluyan en sus Estatutos una previsión específica para el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los miembros de este grupo, así como la defensa de los derechos colectivos o difusos de este grupo. De esta manera, entiendo que se evita la inevitable declaración de falta de legitimación que pudiera poner fin a su intervención en el proceso.

En relación con el punto relativo a la autorización específica de las personas en cuyo nombre va a actuar, RECOVER destaca en su experiencia procesal como abogado la imposibilidad de utilizar este cauce procesal, al no poder contar con la autorización de la persona afectada, en un supuesto de atención a una persona con discapacidad intelectual, dado que el notario al que acudió no alcanzaba a entender la diferencia entre esta autorización y la que exige un poder notarial, y dudaba de que una persona con discapacidad intelectual pudiese proporcionar una autorización necesaria para poder defender sus derechos¹⁴. Tal como apunta el compañero, para un colectivo como el que él indica, los beneficios del precepto resultarían infructuosos. Debería pedirse esa autorización cuando se trata de acciones plurales, pero no cuando se trata de acciones colectivas en el estricto sentido de la palabra; el consentimiento de la persona afectada no debería exigirse cuando se trata de la defensa de derechos en los que se encuentran razones de interés general, como son los que analizamos. Precisamente, esa exigencia de autorización establece una barrera difícilmente asumible por ilógica, cuando determinadas entidades ejercen derechos colectivos. Dado que no resulta previsible una modificación de la redacción del Texto Refundido, entiendo que se puede utilizar este razonamiento como motivo de oposición procesal a un argumento de esta naturaleza, ya que la previsión legal debe ser entendida, exclusivamente, para la defensa de derechos individuales en la que haya un perjudicado concreto.

El objetivo del ejercicio de la acción es la defensa de los derechos individuales y del derecho de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad; de la lectura del precepto se puede interpretar que, una vez que las entidades consigan la habilitación legal, se encontrarán legitimadas para la acción en dos ámbitos diferenciados: la protección de los derechos individuales de las personas con discapacidad afectadas por las medidas lesivas, así como la defensa de la aplicación del principio de igualdad

¹⁴ RECOVER BALBOA, T. en VV.AA. ARENAS ESCRIBANO, F y CABRA DE LUNA, M.Á. (coordinadores) *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. Ed. Wolters Kluwer. 2015. Pág. 192.

de oportunidades de estas personas. En relación con la defensa de los derechos individuales, entiendo que el precepto no se puede interpretar en el sentido literal, dado que, en sí, encierra una contradicción: no puede erigirse únicamente en defensa de los derechos individuales, cuando expresamente cita la legitimación para la defensa de los intereses colectivos. En mi opinión, la interpretación correcta será la integradora por medio de la que, por derechos individuales, se pueda interpretar la acumulación de derechos en una reclamación trans-individual. Si no, no le veo sentido a la declaración que se formula de “sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas...”.

En relación con el objeto del procedimiento, la defensa del derecho de igualdad de oportunidades, debo partir de la definición de este principio, conforme al cual, se persigue 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, incluyendo las medidas de acción positiva¹⁵. Por esta vía, una acción colectiva podría perseguir la adopción de medidas preventivas que eviten cualquier situación de discriminación futura, o la acción de cesación y reparación de una situación discriminatoria ya creada, incluyendo la implantación de las medidas de acción positiva que se encuentra incluida en el mismo concepto, tal como recoge el artículo enunciado. Para cualquiera que pudiera tener dudas, diré que “la ausencia de toda discriminación” que ampara el concepto fundamenta la interpretación que efectúo.

En relación con los efectos que la acción produce, son en beneficio de las personas representadas; ya puede resultar eficaz, de acuerdo con la redacción del artículo 75 del Texto Refundido, en relación con la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho, y la indemnización o reparación, incluida la cobertura de daños morales, que se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión. La cobertura de los daños morales en las declaraciones de protección de derechos fundamentales resulta una figura habitual con la que se valoran los perjuicios causados, ante la imposibilidad de restituir la situación previa al acto atentatorio.

¹⁵ Artº 2.b) LGDPD.

Ante las barreras que el propio legislador hemos visto que ha impuesto, debo entender que este no sigue la orientación que brindan distintos organismos internacionales, como la ONU, en cuyo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General n° 9 “La aplicación interna del Pacto”, adoptada en el seno del 19° período de sesiones (1998), en su apartado 2, declara: “Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos”¹⁶. Ante la enunciación de esta recomendación, y la lectura del literal de los preceptos que he enunciado, se debe entender que, en contra de lo que pudiéramos interpretar, en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, existen todavía muchos peldaños que ascender.

Como vengo indicando hasta el momento, la recepción de esta institución en el ordenamiento jurídico resulta escasa no solo por las dificultades que arroja la regulación legislativa material, sino, en una mayor medida, por las dificultades de su implantación en la vida procesal. La necesidad de superar los filtros procesales vinculados a la exigencia de justificación de la legitimidad procesal frustra en numerosos casos el ejercicio de este tipo de acciones en las que, como resulta evidente, el interés individual, único exigible a juicio de algunos órganos judiciales, figura oculto. Como indica CABRA DE LUNA: “Hay que ligar las reclamaciones individuales, a su promoción colectiva por el movimiento asociativo (CERMI); para ello, hay que cuidar los aspectos procesales (legitimación activa, personificación y acreditación, etc.)”¹⁷. Resulta un defecto de técnica legislativa que se haya llevado a cabo nuevamente una reforma de calado en algunos aspectos de la Ley Rituaria Civil y no se haya acompasado esta reforma con la acogida de los preceptos indicados del Texto Refundido, que eran preexistentes a la propia reforma emprendida. La especialización de la Ley adjetiva exige que estos aspectos procesales que se incluyen en el Texto Refundido en protección de los derechos de las personas con discapacidad, hubieran debido tener suficiente cobertura procesal. El cambio no es baladí, dado que los órganos judiciales pueden desconocer en un momento dado la figura, ante la falta de cobertura procesal suficiente en la Ley adjetiva. Ante esta dificultad, resultaría necesario que se acometiera una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para incluir la legitimación que ahora otorga (desde marzo de 2007, en la que se promulgó la reforma introducida por el apartado uno de

¹⁶ Según resumen publicado en HRI/GEN/1/Rev.7.Pág. 60.

¹⁷ CABRA DE LUNA, M.A. “Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad” en VV.AA. PÉREZ BUENO, L.C. (director). *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Ed. Aranzadi/Thomson Reuters. 2009. Pág. 220.

la disposición adicional quinta de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres «B.O.E.» 23 marzo), en relación con los consumidores y usuarios (artº 11) y a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (artº 11 bis)¹⁸, a las entidades que representan los derechos de las personas con discapacidad. Este proceso de acogida de los derechos de uno u otro grupo es analizado por DE ASÍS ROIG quien concluye que, como elemento diferenciador, la lucha por el reconocimiento de los derechos de las mujeres se basó, en un primer momento, en demandar la racionalidad de la mujer, es decir, en considerar que las capacidades racionales propias de la condición humana eran también poseídas por las mujeres; la crítica desde la discapacidad lucha contra la caracterización de lo humano en términos de capacidad y, por tanto también, contra la exaltación de un modelo de capacidad racional ajeno a la diversidad humana¹⁹. La falta de uniformidad en el criterio político del legislador resulta, a veces, incomprensible; un mismo bien jurídico debería obtener el mismo nivel de protección; sin embargo no es así. Se olvida que, en numerosos casos, en el grupo de personas con discapacidad, se dan situaciones de doble discriminación o la denominada “discriminación interseccional”, por lo que su situación crítica en relación con sus posibilidades de inclusión social justifica una medida como la que propongo. Por otro lado, los avances sociales que se han producido respecto de la mujer son destacados; si bien resta un importante camino que recorrer, el grado de inclusión social de la mujer y el de las personas con discapacidad difiere de manera notable, en perjuicio claro de este último colectivo. Por todo ello, se formula una propuesta clara en el sentido que expongo, con el fin de que se facilite la interposición de acciones colectivas en defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

No obstante, la falta de criterio uniforme del legislador se traduce en que, paralelamente, en la ley nº 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (BOE 12 de enero 1996, núm. 11) se reconoce en la Disposición adicional segunda el derecho a litigar de manera gratuita a las asociaciones de personas con discapacidad de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad señaladas en el artículo 1.2 de la LIONDAU y ejerciten, por tanto, un interés colectivo, sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar. Independientemente de la cita de una ley ahora derogada, lo que recoge el precepto es, nuevamente, una restricción del acceso a ese derecho, dado que no se amplía a todas aquellas entidades que persigan ese mismo fin, sea cual sea su naturaleza jurídica.

¹⁸ PINDADO GARCÍA, F. *Hacia una catalogación de los derechos fundamentales –los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales–*. Obra citada. Págs. 529-530.

¹⁹ DE ASÍS ROIG, R. *Sobre discapacidad y derechos*. Ed. Dykinson, 2013. Pág. 45.

El ejercicio del interés colectivo al que se refiere el precepto, debe interpretarse en cuanto que un derecho colectivo se ejerce no solamente cuando se ejercitan acciones de esta naturaleza, sino también cuando se ejercitan acciones individuales de defensa y los efectos del pronunciamiento concreto pueden extrapolarse a otros posibles beneficiarios que se encuentren en la misma situación de hecho. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 217/2007 de 8 octubre, en relación con la denegación del derecho de justicia gratuita a una asociación de consumidores. En su fundamento jurídico 4º, la Sala Primera del Tribunal, declara: “El tenor de las prescripciones legales no permite, por tanto, un entendimiento restrictivo del reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a las asociaciones de consumidores como el que propugna en su escrito de alegaciones el Abogado del Estado, según el cual dichas asociaciones ostentan ese beneficio cuando litigan en el ámbito de su legitimación personal, pero no en los casos en los que pretenden actuar en defensa de derechos o intereses individuales de alguno de sus asociados, sin acreditar que estos carecen de medios económicos suficientes. Esta interpretación vendría a significar que, sin fundamento legal para ello, se restringiese el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita que el legislador ha optado por garantizar a las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas y registradas. En concordancia con lo expuesto no puede dejar de recordarse que este Tribunal, al abordar el problema de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en un proceso los derechos e intereses de sus asociados, ha reconocido expresamente que esa legitimación se ostenta no solo cuando la asociación ejerce acciones en defensa de los derechos o intereses generales, colectivos o difusos, de sus asociados, sino también cuando la asociación actúa en defensa de un asociado concreto, siempre que la controversia afecte a los derechos e intereses del asociado en su condición de consumidor o usuario (SSTC 73/2004, de 22 de abril, FFJJ 4 y 5; y 219/2005, de 12 de septiembre, FFJJ 2 y 3)”. Precisamente, esta penúltima sentencia que la Sala cita tiene recogida en su fundamento jurídico tercero la necesidad de mantener, en relación con la legitimación activa, un criterio amplio, no restrictivo, máxime en relación con acciones interpuestas en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, declarando: “b) Más concretamente, a propósito de la falta de legitimación activa, este Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987, de 25 de febrero, FJ.2; 93/1990, de 23 de mayo, FJ.2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ.2), circunscribiéndose la función de este Tribunal Constitucional a constatar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los activamente legitimados para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan pro-

porcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas (SSTC 10/1996, de 29 de enero, FJ.3; 12/1996, de 20 de enero, FJ.3), así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 285/1993, de 4 de octubre, FJ. 2; 34/1994, de 31 de enero, FJ. 3, entre otras muchas; AATC 136/1991, de 30 de abril; 250/1993, de 19 de julio; 252/1993, de 19 de julio). En relación, por lo que a este amparo interesa, con la legitimación en el proceso Contencioso-Administrativo, este Tribunal, en aplicación de la doctrina constitucional de la que se acaba de dejar constancia, tiene reiteradamente declarado que «pese a que determinar quién tiene interés legítimo para recurrir en vía Contencioso-Administrativa es una cuestión de legalidad ordinaria, los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales..., no solo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio “pro actione”, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican» (STC, por todas, 220/2001, de 31 de octubre, FJ. 4 y doctrina allí citada)”.

De ampliar el beneficio de la asistencia jurídica gratuita a otras entidades que tengan por fin la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, se abriría de manera exponencial las posibilidades de defensa de los derechos de estas personas en el momento actual; ya que, con la redacción vigente, siguen siendo numerosas las barreras que se han erigido al ejercicio de las acciones judiciales²⁰. Por otro lado, teniendo en cuenta el carácter universal de los derechos de las personas con discapacidad, por su condición de derecho social y por su reconocimiento internacional a través de la Convención de Naciones Unidas, este tipo de acciones facilitaría la eliminación de conductas discriminatorias en un ámbito supranacional. Imaginemos una compañía

²⁰En la actualidad, la vigente Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE 12 enero 1996, núm. 11), reconoce el derecho, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a las personas con discapacidad psíquica cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato, así como a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fuera el agresor; beneficio que se pierde en caso de sentencia absolutoria firme o archivo firme del procedimiento penal, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento (artº 2.g). Supuesto específico de beneficiario es el contenido en el artículo 5.2 de la Ley, que se refiere al reconocimiento del derecho atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan el reconocimiento.

multinacional que mantiene políticas de empleo discriminatorias contra las personas con discapacidad en un país e igualatorias en otro; una entidad que defiende los derechos de las personas con discapacidad en un país concreto podría ejercitar una acción en defensa de los intereses colectivos del grupo social de la discapacidad, incluso en beneficio de quienes no sean los beneficiarios directos de su objeto social. Se crearía así una especie de jurisdicción universal de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Acciones de este tipo resultarían una herramienta muy eficaz para obtener una generalización de la implantación de los derechos de las personas en riesgo de exclusión en el mundo, evitando también la doble moral con la que actúan muchas corporaciones. No obstante, este tipo de acciones han quedado reservadas para un ámbito de jurisdicción estrictamente criminal, como recoge la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (BOE 14 Marzo 2014), en cuya Exposición de Motivos figura como elementos que fundamentan la reforma, la necesidad de que la jurisdicción universal se someta a las exigencias propias del Derecho Internacional, en concreto la ratificación por España el 19 de octubre de 2000 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como instrumento esencial en la lucha por un orden internacional más justo basado en la protección de los derechos humanos. Los delitos que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española, son, entre otros, los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Este supuesto tendría encaje en el artículo 173 del Código Penal, en cuyo apartado 2 el delito de tortura se cualifica si la persona afectada es una persona con discapacidad. Por trato degradante debería entenderse la conducta recogida en el Instrumento de ratificación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (BOE 268, de 9 de noviembre de 1987), en cuyo artículo 16 se declaran prohibidos aquellos actos "...que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1º, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona". De la lectura del precepto, se debe entender que solamente quedarían incluidos en el supuesto regulado aquellos en los que el agente causante del acto sea un funcionario público. Resulta claro que la norma internacional debe ser modificada si se pretende mantener un texto adaptado a las necesidades actuales, en las que, más que tortura, el trato degradante puede ser responsabilidad incluso de grandes corporaciones que utilizan la necesidad humana como justificación para conductas muy poco éticas. Al respecto, debe ser recordado en este punto que el artículo 15.2 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 exige de los Estados la adopción de las medidas de carácter

legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Este precepto exige que se aborde una medida como la que se propone.

La misma, se alinea con el principio que recoge el informe RUGGIE de que: “...algunos órganos de tratados de derechos humanos recomiendan a los Estados que adopten medidas para impedir los abusos en el extranjero de empresas registradas en su jurisdicción. Hay razones políticas de peso para que los Estados de origen expongan claramente que esperan que las empresas respeten los derechos humanos en el extranjero, en especial si los Estados tienen participación en esas empresas o les brindan apoyo. Se trata, entre otras cosas, de asegurar que las empresas se comporten de manera previsible, transmitiéndoles mensajes coherentes, así como de preservar la reputación del Estado...”²¹.

De esta diferenciación resulta un apoyo importante a la tesis que mantengo, en la medida en que, en este aspecto, los derechos de las personas con discapacidad no difieren de los restantes derechos reconocidos al conjunto de la ciudadanía, pese a la peculiaridad que representa la posibilidad de que determinadas asociaciones que defiendan sus derechos puedan ejercer las acciones de defensa. Por otro lado, los derechos de las personas con discapacidad se encuadran, en aplicación de la Convención de Naciones Unidas, en la categoría de los derechos humanos y libertades fundamentales (Preámbulo, art. 1, 2, 4, 6, 7, 11, 12, 14, 24, 25, 31, 33).

Medidas de promoción deben implantarse, dado que, como he indicado anteriormente, la aplicación práctica de esta institución ha devenido escasa, dadas las dificultades que se ponen en los procesos por los órganos judiciales para el ejercicio de este tipo de acciones. La relación jurídica procesal ha resultado tradicionalmente una relación establecida entre sujetos contendientes, que demandan una posición jurídica determinada, al quedar afectados sus derechos. Es por ello que resulta tan difícil que se admitan demandas de este tipo. No obstante, sobre la base de los mecanismos de representación que he indicado anteriormente, cabría la posibilidad del ejercicio de acciones colectivas realizadas por entidades representativas de las personas con discapacidad en ejercicio de demandas preventivas, en defensa de la legalidad, antes

²¹ Informe Ruggie. Consejo de Derechos Humanos, 17º período de sesiones. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. 21 de marzo de 2011. A/HRC/17/31. Pág. 8.

incluso de la existencia de derechos individuales lesionados; resulta esta una función de control con una eficacia indiscutible. Estamos pensando en casos como convocatorias de empleo público en las que no figura previsto el derecho de preferencia de destino, por ejemplo. Por esta vía, se evita que la plena exacción de la convocatoria lesione finalmente los derechos de las personas afectadas.

Al mismo tiempo, en un Estado social resulta de singular importancia la participación de la sociedad civil, como ya se ha expuesto anteriormente. Una manifestación de este fenómeno resulta la participación de las entidades que representan los intereses colectivos de las personas en riesgo de exclusión en la defensa de estos derechos. A ello me refiero cuando aludo a las acciones colectivas, para cuya eficacia se precisa reconocer a estas entidades legitimación activa para la interposición de demandas, en defensa de los intereses de grupo, aún en el caso de que no se encuentren definidos los particulares individuos lesionados. La admisión generalizada de este instrumento procesal elevaría el grado de participación democrática y nos acercaría, a una más justa democracia material en la que todos los grupos sociales mantuvieran la misma participación. Mediante este instrumento, se instituye de forma paralela una herramienta eficaz de control del ejercicio del poder político; la admisión sin ambages del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que representan intereses de grupos sociales concretos, permite impugnar decisiones de los poderes públicos que resultaran lesivas en perjuicio de determinados grupos desfavorecidos, a la vez que estas entidades se convertirían en la salvaguardia de los derechos sociales y el mecanismo de control antes aludido.

No obstante, y como se ve a diario, la representación de los intereses generales colectivos no goza de una merecida etapa de esplendor en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se ha intentado demostrar en lo que se ha expuesto hasta ahora. Todas estas medidas son avances que permiten institucionalizar esta medida procesal que, sorteando los límites individualistas de los tradicionales mecanismos de protección jurisdiccional, posibilitan demandas de efectos colectivos, impulsadas tanto por las propias personas afectadas, como por asociaciones cívicas interesadas en su representación; estas acciones producen el efecto de alentar la proliferación de comunidades de interpretación jurídica, así como que se convierten en un medio para incidir en jurisdicciones inermes. Al mismo tiempo, se reducen los gastos de justicia derivados de la proliferación de demandas individuales²². Teniendo en cuenta el carácter esencialmente colectivo de los derechos sociales, el ejercicio de una acción de este tipo resulta, pues, su instrumento natural de defensa.

²² PISARELLO, G. "Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales". Revista Isonomía. Nº 15. Octubre. 2001. Pág. 101.

III. CONCLUSIONES

En la regulación de esta institución, no hay un tratamiento igualitario, pese a la existencia de iguales intereses en juego. Esta arbitrariedad debe subsanarse, dado que, en caso contrario, se genera un agravio comparativo entre los sujetos afectados. Por otro lado, la propia regulación en la ley especial que regula los derechos de las personas con discapacidad, a falta de una previsión específica en la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe ser objeto de una interpretación favorable al ejercicio de acciones colectivas en defensa de los derechos de las personas con discapacidad; sólo así podrá tener acogida favorable. Resulta imprescindible que se lleve a cabo la modificación pertinente en la ley procesal, con el fin de que, sin género de dudas, se acoja el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los derechos de las personas con discapacidad. La implantación de la institución en el ámbito estudiado resulta muy escasa.

Existe fundamentación jurídica suficiente para que, como he indicado, se pudieran ejercer acciones colectivas en defensa de los derechos de las personas con discapacidad en el extranjero, en ejercicio de la jurisdicción universal. Por otro lado, la admisión plena de las acciones colectivas en el sentido expuesto permite acoger no sólo acciones de reparación, sino acciones preventivas, con lo que se ampliaría de forma exponencial el objeto de la defensa en un sector tan necesitado de beneficios de este tipo; todo ello, con un principio claro, que es la eficacia de los derechos humanos y libertades fundamentales de este grupo social en permanente riesgo de exclusión.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BARRANCO MUÑOZ, M.C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*. Ed. Dykinson. 2011.

HÄBERLE, P. *El Estado constitucional*. Ed. Astrea. 2007.

PÉREZ BUENO, L.C. *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión*. Colección *cermi.es* N° 45. Ediciones Cinca.

PINDADO GARCÍA, F. *Hacia una catalogación de los derechos fundamentales –los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales–*. Ed. Cinca. 2015.

PISARELLO, G. “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”. *Revista Isonomía*. N° 15. Octubre. 2001.

VV.AA. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. ARENAS ESCRIBANO, F y CABRA DE LUNA, M.Á. (coordinadores Ed. Wolters Kluwer. 2015.

VV.AA. *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. PÉREZ BUENO, L.C. (director). Ed. Aranzadi/Thomson Reuters. 2009.

VV.AA. *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*. MUÑOZ MACHADO, S; GARCÍA DELGADO, J.L; GONZÁLEZ SEARA, L (Directores). Escuela Libre Editorial-Civitas. 2002.

VV.AA. *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. Gidi, A y Ferrer Mac-Gregor, E (editores). Ed. Porrúa, México. 2003.

Begoña Rodríguez Díaz

Profesora de Derecho Internacional Público y de la Unión Europea
Universidad Francisco de Vitoria (UFV)

EL IMPACTO DE LA CDPD EN EL ORDENAMIENTO DE LA UE A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE: BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

SUMARIO: 1. Introducción. –2. El impacto de la CDPD en el derecho derivado de la UE. –3. Otras vías de tutela de la eficacia de la CDPD en la UE. 3.1. La eficacia directa de la CDPD. 3.2 La cuestión prejudicial: balance del impacto de la CDPD por vía jurisprudencial. 3.3 Otras vías referidas a la UE como Administración. –4. Perspectivas de futuro y conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea firmó¹ la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) el mismo día que se abrió a la firma en las Naciones Unidas, el 30 de marzo de 2007, convirtiéndose en la primera organización de integración regional en adherirse a la misma², si bien está pendiente de adherirse al

¹ Vid. United Nations Treaty Series, vol. 2515, p. 3.

² Posibilidad que permite la Convención de la ONU en su art. 44 y que, como señalan Cabra de Luna y Güemes Pedraza, obedece en gran medida al papel jugado en la negociación de la CDPD por el movimiento europeo, liderado por el Foro Europeo de la Discapacidad. Véase CABRA DE LUNA M.Á., y GÜEMES PEDRAZA, J., “La Unión Europea como parte de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en PÉREZ BUENO, L. C. y DE LORENZO, R (dirs.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: 2006-2016, una década de vigencia*, Colección Convención ONU, número 18, CERMI, p. 65.

Protocolo Facultativo, tal y como exhortó a hacer el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2015³.

La ratificación de la Convención por la UE el 23 de enero de 2010⁴ y su posterior entrada en vigor, suponen la integración de la misma en el ordenamiento comunitario con un rango jerárquico inferior a los tratados constitutivos pero superior al derecho derivado institucional, es decir, las normas internas adoptadas por las instituciones de la UE (principalmente reglamentos y directivas) deben revisarse o formularse *ex novo* de modo que se ajusten a lo exigido por la Convención.

A lo largo de este trabajo revisaremos brevemente en primer lugar los pasos dados por la Unión Europea hasta la fecha para dar cumplimiento a este compromiso internacional. Señalaremos a continuación algunos de los principales ámbitos en que sigue pendiente una revisión o reformulación de la legislación comunitaria que garantice el pleno respeto de la CDPD. Como veremos, no se trata solo de revisar las normas específicas sobre discapacidad sino el conjunto del ordenamiento jurídico comunitario de modo transversal. Por último, nos centraremos en la parte principal de este estudio, que es el análisis del impacto de la CDPD por vía jurisprudencial: estudiaremos si existen vías para exigir la tutela judicial efectiva de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad en la CDPD ratificada por la Unión, en tanto en cuanto la legislación comunitaria no dé cumplimiento pleno a las exigencias contenidas en la Convención.

Conviene comenzar aclarando que la ratificación de la CDPD por la UE tuvo lugar el 30 de diciembre de 2010⁵, un año después de que entrara en vigor el Tratado de Lisboa, que en el ámbito que nos ocupa tiene una gran importancia. Y ello es así porque es el Tratado de Lisboa el que dota de valor jurídico vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que había sido adoptada en diciembre de 2000, y que a partir del Tratado de Lisboa adquiere carácter de derecho originario de la Unión (art. 6 TUE). La Carta supone un cambio fundamental en la posición de la UE respecto a la discapacidad: mientras que hasta entonces la Unión contaba con base jurídica para adoptar medidas que combatieran la discriminación por razón de discapacidad, el art. 21 de la Carta *prohíbe toda discriminación* en razón de diversas circunstancias, entre las que

³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de la Unión Europea*, CRPD/C/EU/CO/1, de 2 de octubre de 2015, párrafo 7.

⁴ Decisión del Consejo 2010/48/CE, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁵ *Ibid.*

expresamente se menciona la discapacidad. Esta prohibición de toda discriminación por razón de discapacidad coincide con el principio de igualdad y no discriminación formulado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5.2.), y obliga a las instituciones, organismos y agencias de la Unión en cuanto aplican el Derecho de la Unión. Junto a ello, la Carta reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, la integración social y profesional, y la participación en la vida de la comunidad (artículo 26).

Al ratificar la CDPD, tal y como exigía su art. 44, la Unión Europea aprobó una Declaración indicando las competencias de la Unión en las materias cubiertas por la Convención⁶. La declaración de competencia de la UE, tal y como se formuló, partía de la idea de que la UE “solo es competente cuando existe un acto jurídico (adoptado por el acto legislativo pertinente) que dote a las instituciones de su ámbito de actuación”⁷. El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad recomendó una actualización periódica de la declaración de competencia, de modo que se incluyeran los “instrumentos de reciente aprobación y los instrumentos que tal vez no se refieran específicamente a las personas con discapacidad, pero que son pertinentes para ellas”⁸, a lo que debía dar respuesta en el plazo de 12 meses. En el documento *Progress Report on the implementation of the European Disability Strategy (2010 - 2020)*⁹, la Comisión Europea aportó dicho listado actualizado. Si bien data de febrero de 2017, y por tanto de hace más de un año, podemos apreciar en este listado el listado de los principales instrumentos normativos existentes en la Unión Europea que afectan a la Convención de la ONU.

⁶ De modo simplificado, podemos decir que la Unión Europea afirma su competencia exclusiva en lo que se refiere a la compatibilidad de las ayudas públicas con el mercado común y el arancel aduanero común, y en las obligaciones referidas a su propia administración pública. Por otro lado, la Unión *comparte competencias con los Estados miembros en materia de acciones para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, agricultura, transporte por ferrocarril, carretera, y navegación marítima y aérea, fiscalidad, mercado interior, igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, política relativa a las redes transeuropeas y estadísticas*. Y por último, se señalan una serie de políticas que también pueden ser pertinentes de cara a la CDPD, como son empleo, educación, formación profesional, cooperación al desarrollo, etc, que son ámbitos en que la acción de la UE puede apoyar o complementar la de los Estados miembros (art. ... TUE). Vid. Apartado 2 de la Declaración sobre la competencia de la Comunidad Europea en lo que se refiere a las cuestiones regidas por la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁷ CABRA DE LUNA M.Á., y GÜEMES PEDRAZA, J., “La Unión Europea como parte de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, op.cit., p. 69.

⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de la Unión Europea*, CRPD/C/EU/CO/1, de 2 de octubre de 2015, párrafo 17.

⁹ European Commission, Commission Staff Working Paper, *Progress Report on the Implementation of the European Disability Strategy 2010-2020*, SWD (2017), 29 final, de 2 de febrero de 2017, anexo V.

2. EL IMPACTO DE LA CDPD EN EL DERECHO DERIVADO DE LA UE

La principal iniciativa puesta en marcha por la Unión Europea para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en la CDPD es la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020¹⁰, que “identifica medidas a escala de la UE complementarias a actuaciones nacionales y determina los mecanismos necesarios para aplicar la Convención en la Unión, sin olvidar las propias instituciones de la UE.” Para ello identifica ocho ámbitos primordiales de actuación (accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior), estableciendo medidas concretas a adoptar en cada uno de ellos.

Es innegable el desarrollo normativo llevado a cabo por la Unión Europea en favor de los derechos de las personas con discapacidad en la última década. En el Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2015 se valoraron como principales aspectos positivos las referencias de la Carta de Derechos Fundamentales a las personas con discapacidad; la tendencia a incluir los derechos de las personas con discapacidad en la financiación de sus actividades externas; la inclusión de la discapacidad entre los ámbitos prioritarios de la comunicación de la Unión Europea sobre los objetivos de desarrollo sostenible después de 2015; la aprobación por el Consejo de la Unión Europea de las conclusiones sobre una gestión de catástrofes que tenga en cuenta la discapacidad y la adhesión del Consejo al Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030¹¹.

Lógicamente los aspectos positivos señalados por el Comité no tienen carácter exhaustivo y no incluyen “otros aspectos que el conjunto de los actores en el ámbito de la discapacidad habían destacado también de forma positiva, como la legislación en materia de empleo y no discriminación, la contratación pública, la legislación en materia de transporte o los avances en materia de accesibilidad”¹².

Por otro lado, como señala la Comisión¹³, una vez recibido el Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que señalaba los principales as-

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras*, COM (2010), 636 final, de 15 de noviembre de 2010.

¹¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de la Unión Europea*, CRPD/C/EU/CO/1, de 2 de octubre de 2015, apartado 4.

¹² CABRA DE LUNA M.Á., y GÜEMES PEDRAZA, J., “La Unión Europea como parte de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *op.cit.*, p. 81.

¹³ European Commission, Commission Staff Working Paper, *Progress Report on the Implementation of the European Disability Strategy 2010-2020*, *op.cit.*

pectos de mejora en el cumplimiento de la Convención, la Unión Europea ha seguido avanzando y adoptando normas que afectan a las obligaciones asumidas en la CDPD en ámbitos muy variados, que van desde la accesibilidad (en aspectos tan distintos como los relativos al transporte¹⁴ o a la accesibilidad de los sitios de internet¹⁵), a la residencia de nacionales de terceros Estados vinculadas a estudios o investigación¹⁶, la protección de datos¹⁷ o la adopción del proyecto de Tarjeta Europea de Discapacidad¹⁸, entre otros. Junto a la adopción o revisión de actos comunitarios de derecho derivado, la UE ha recurrido también a la firma de convenios internacionales en favor de las personas con discapacidad, como por ejemplo, el *Tratado de Marrakech sobre el acceso de las personas ciegas o con discapacidad visual a las obras publicadas*¹⁹.

Sin embargo, los retos que plantea el cumplimiento pleno de las obligaciones contraídas en la CDPD son tan amplios, que el camino por recorrer es sin duda mayor que el recorrido. La realización de un análisis exhaustivo de los ámbitos en que es necesaria la adopción de instrumentos normativos por parte de la Unión Europea excede del objeto de este estudio²⁰.

Con carácter general, queremos destacar la necesidad de llevar a cabo “una completa revisión transversal de su legislación a fin de armonizarla plenamente con las disposiciones de la Convención”²¹. Los derechos de las personas con discapacidad deben permear con carácter transversal todas las normas, políticas y programas de la Unión. “Implementing the Convention entails –among other things– that the states par-

¹⁴ Ej. Directiva (UE) 2016/797 del Parlamento y del Consejo sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea de 11 de mayo de 2016.

¹⁵ Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público de 26 de octubre de 2016.

¹⁶ Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair* de 11 de mayo de 2016.

¹⁷ Ej. Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de abril de 2017.

¹⁸ Desde febrero de 2016 en fase experimental, con la participación de ocho países, vid. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1139&langId=es>

¹⁹ <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/02/15/marrakesh-treaty-on-access-to-published-works-for-blind-and-visually-impaired-persons-council-authorises-ratification/>

²⁰ Nos remitimos a completos estudios doctrinales como el ya citado de CABRA DE LUNA M.Á., y GÜEMES PEDRAZA, J., “La Unión Europea como parte de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

²¹ Observaciones del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, cit., párrafo 9.

ties mainstream disability rights throughout their legislation, policies, action programmes and standards. This is a challenging long-term process”²².

Un objetivo tan ambicioso exige ensanchar la mirada²³ y mantener una voluntad política firme. Esta se echa en falta en aspectos tan concretos como la ausencia de avances en el proceso de ratificación del Protocolo Facultativo de la CDPD por parte de la Unión Europea²⁴, algo que ha sido lamentado por las organizaciones representativas de las personas con discapacidad²⁵, así como el propio Parlamento Europeo²⁶.

Junto a ello, en opinión del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es necesaria la acción de la UE en prácticamente todos los derechos específicos que contiene la CDPD. Por nuestra parte queremos destacar la potencialidad de la Directiva horizontal sobre igualdad de trato²⁷, donde la prohibición de discriminación (por discapacidad, en lo que a este estudio interesa) se aplica fuera del contexto laboral. Lamentablemente las instituciones no han sido capaces de sacar adelante esta propuesta tras una década de negociaciones por lo que “siguen existiendo diversos niveles de protección para las personas con discapacidad en la Unión Europea”²⁸.

3. OTRAS VÍAS DE TUTELA DE LA EFICACIA DE LA CDPD EN LA UE

Uno de los objetivos de este estudio, tal y como señalábamos en la introducción, es analizar la posibilidad de utilizar otras vías para garantizar la plena eficacia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Unión Europea, en tanto que esta no haya adaptado plenamente su normativa a dicho convenio internacional.

²² ANGLMAYER, I., *The European Disability Strategy 2010-2020, Briefing: Implementation in Action*, European Parliamentary Research Service, Ex-Post Evaluation Unit PE 603.252, July 2017.

²³ Con este ensanchamiento de mirada nos referimos a la necesidad de asumir el enfoque de derechos humanos que mantiene la CDPD, desterrando el enfoque asistencial que se ha mantenido tradicionalmente.

²⁴ Observaciones del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, cit., párrafo 7.

²⁵ European Disability Forum, *EDF response to the Public consultation on the review of the European Disability Strategy 2010-2020*, Bruselas, marzo 2016.

²⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2016, sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2015/2258(INI)), párrafo 13.

²⁷ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM (2008) 426 final, de 2 de julio de 2008.

²⁸ CARRASQUERO CEPEDA, M., “Los ajustes razonables para personas con discapacidad en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, enero-junio 2018, p. 41

En este sentido, vamos a analizar tres posibles cauces: por un lado, el eventual efecto directo de algunas disposiciones de la CDPD que, de afirmarse, permitiría invocar dichas disposiciones ante los órganos judiciales; por otro, el papel del TJUE a través de las cuestiones prejudiciales, a lo que nos hemos referido como “el impacto de la CDPD por vía jurisprudencial”. Por último, analizaremos otras vías que pueden posibilitar el cumplimiento de la CDPD por la Unión Europea en tanto que Administración.

3.1 La eficacia directa de la CDPD

Como mencionábamos en la introducción, la ratificación y entrada en vigor de la CDPD en la Unión Europea, como sucede con otros tratados internacionales suscritos por la Unión, supone que esta pasa a formar parte de su ordenamiento jurídico, sin necesidad de transposición o adaptación alguna²⁹. En el caso concreto de la CDPD, esto ha sido reconocido expresamente por el TJUE: *De la Decisión 2010/48 resulta que la Unión ha aprobado la Convención de la ONU. Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor de esta, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión*³⁰.

Como parte del ordenamiento jurídico comunitario, la CDPD tiene rango jerárquico inferior a los tratados pero superior al derecho derivado institucional. *En virtud del artículo 216 TFUE, apartado 2, cuando la Unión Europea celebra acuerdos internacionales, las instituciones de la Unión están vinculadas por tales acuerdos y, en consecuencia, estos disfrutan de primacía sobre los actos de la Unión*³¹. De dicha primacía deriva la obligación de interpretar las disposiciones de Derecho derivado, *en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos*³².

Como señala el informe elaborado por la *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination*³³, en caso de haber varias interpretaciones posi-

²⁹ TJUE, C-181/73, *R. & V. Haegeman v Belgian State*, de 30 de abril de 1974.

³⁰ TJUE, C-335/11, de 11 de abril de 2013, *HK Danmark, en representación de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskab* y C-337/11, *HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge contra Dansk Arbejdsgiverforening*, en representación de Pro Display A/S (en adelante caso HK Danmark), párrafo 30.

³¹ *Ibid.*, párrafo 28.

³² *Ibid.*, párrafo 29. Más recientemente, TJUE, C-363/12, *Z. y A Government department, The Board of management of a community school*, de 14 de marzo de 2014, apartado 72, y TJUE, C-356/12, *Glatzel*, de 22 de mayo de 2014, párrafos 68 a 70.

³³ FERRI, D. & LAWSON, A., on behalf of the European Network of Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, *Reasonable accommodation for disabled people in employment. A legal analysis of the situation in the EU Members States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, European Commission, DG for Justice and Consumers, Directorate D — Equality Unit JUST/D1, Luxembourg, Publications Office of the EU, 2016.

bles, se debe optar por aquella que sea más compatible con las exigencias de la CDPD. Esta vía interpretativa puede revelarse de gran importancia a través de las cuestiones prejudiciales, como analizaremos en el próximo subepígrafe.

Sin embargo, el propio TJUE ha descartado la posibilidad de que los particulares puedan invocar directamente los derechos reconocidos por la CDPD, pues sus disposiciones no cumplen los requisitos establecidos respecto al efecto directo de los tratados internacionales suscritos por la UE (ya sea en ámbitos de competencia exclusiva o acuerdos con carácter mixto, como sucede en este caso). La posibilidad de efecto directo de este tipo de normas requiere “un análisis del espíritu, el sistema y los términos del Acuerdo”³⁴. Pero ante todo, requiere que las disposiciones del acuerdo sean, *desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas*³⁵. Por su interés, reproducimos parcialmente el razonamiento del Tribunal:

Tal requisito se cumple cuando la disposición invocada contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno (...)

Ahora bien, en el presente asunto, del artículo 4, apartado 1, de la Convención de la ONU resulta que incumbe, en particular, a los Estados Partes adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en dicha Convención. Además, según el artículo 4, apartado 3, de esta Convención, en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva dicha 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.

Por tanto, como ha señalado el Abogado General en el punto 114 de sus conclusiones, dado que las obligaciones establecidas por esa Convención se dirigen a las Partes Contratantes, ese acuerdo internacional tiene carácter programático.

³⁴ TJCE, C-21 a 24/72, International Fruit Company, de 12 de diciembre de 1972. Por otro lado, en el caso Demirel, el TJUE estableció que “Una disposición de un acuerdo celebrado por la Comunidad con terceros países debe considerarse directamente aplicable cuando contiene, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, una obligación clara y precisa, cuya ejecución y cuyos efectos no se subordinan a la adopción de acto ulterior alguno” (TJCE, C-12/86, *Demirel*, de 30 de septiembre de 1987).

³⁵ TJUE, C-363/12, Z., cit. párrafo 85.

En consecuencia, las disposiciones de la Convención de la ONU están sometidas, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de actos ulteriores, que corresponde a las Partes contratantes. (...)

Siendo así, sin que sea preciso examinar la naturaleza y el sistema de la Convención de la ONU, se ha de constatar que sus disposiciones no constituyen, desde el punto de vista de su contenido, disposiciones incondicionales y suficientemente precisas, en el sentido de la jurisprudencia citada en los apartados 85 y 86 de la presente sentencia, y carecen por tanto de efecto directo en el Derecho de la Unión. De ello se sigue que la validez de la Directiva 2000/78 no puede apreciarse en relación con la Convención de la ONU³⁶.

La falta de efecto directo de las disposiciones de la CDPD impide poder invocarla directamente ante los órganos judiciales nacionales y europeos, quedando bloqueada por tanto una de las vías existentes para garantizar la plena eficacia de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario (siendo la CDPD parte del mismo). Analicemos por tanto la segunda posibilidad, que parte de la labor interpretativa del TJUE.

3.2 La cuestión prejudicial: balance del impacto de la CDPD por vía jurisprudencial

El recurso a las cuestiones prejudiciales puede revelarse de una importancia fundamental en cuanto al impacto de la CDPD en el derecho de la Unión. Recordemos que el TJUE es competente para resolver cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos judiciales nacionales tanto de interpretación como de validez de normas comunitarias, incluidas las normas convencionales y, en particular, los acuerdos mixtos, como es el caso de la CDPD.

Sin embargo, ya hemos visto cómo el Tribunal ha considerado que la validez de los actos comunitarios no puede apreciarse en relación a normas convencionales si éstas no cumplen los requisitos para poder afirmar su efecto directo. Específicamente ha afirmado la imposibilidad de impugnar la validez de un acto comunitario basada en su eventual incompatibilidad con la CDPD debido a la falta de efecto directo de sus disposiciones³⁷.

³⁶ *Ibid.*, párrafos 86 a 90.

³⁷ TJUE, C-363/12, Z., cit., párrafo 90. En el mismo sentido, TJUE, C-356/12, *Glatzel*, cit., párrafos 68 a 70.

Queda, sin embargo, la vía interpretativa como un cauce que puede revelarse muy eficaz para garantizar la correcta aplicación de la CDPD en la Unión Europea. Como se señala en el informe elaborado por Ferri y Lawson³⁸, es cierto que, hasta la fecha, no contamos con una jurisprudencia europea muy abundante de interpretación de las disposiciones de la CDPD. Sin embargo, no hay que menospreciar su alcance. Lo ilustraremos con un par de ejemplos: el concepto de discapacidad (y de discriminación por dicha causa) y el de ajustes razonables.

Conviene señalar con carácter previo, que el TJUE ha afirmado en distintas sentencias la necesidad de interpretar el derecho derivado en conformidad con la CDPD³⁹. El carácter mixto de esta (suscrito por la UE y por sus Estados miembros) no es óbice para la necesidad y conveniencia de ser interpretada por el TJUE. (...) *cuando una disposición puede aplicarse tanto a situaciones regidas por el Derecho nacional como a situaciones regidas por el Derecho comunitario, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse*⁴⁰.

3.2.1 Concepto de discapacidad

En el derecho derivado no existe una definición de discapacidad. El concepto de discapacidad se ha fraguado por vía jurisprudencial, pudiéndose apreciar una clara evolución que ha tratado de garantizar la conformidad con las exigencias de la CDPD. Así, antes de que la CDPD entrara en vigor en la UE, el TJUE había definido la discapacidad como *una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional*⁴¹, definición que tenía en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que pretendía alcanzar que, en concreto, era *combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación*.

Sin embargo, una vez que la CDPD se integró en el derecho de la Unión, el TJUE modificó la definición de discapacidad, haciéndola plenamente compatible con la Convención de la ONU, si bien restringida al ámbito profesional.

³⁸ FERRI, D. & LAWSON, A., *Reasonable accommodation for disabled people in employment. A legal analysis of the situation in the EU Members States*, cit., p. 45.

³⁹ Entre otras, véase la sentencia del caso C-363/12, Z., citada.

⁴⁰ TJUE, C-53/96, *Hermés International v FHT Marketing*, de 16 de junio de 1998, párrafo 32.

⁴¹ TJUE, C-13/05, *Chacón Navas*, de 11 de julio de 2006, párrafo 43

(...) el concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Además, se deduce del artículo 1, párrafo segundo, de la Convención de la ONU que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo»⁴².

Como señala Carrasquero Cepeda⁴³, esta definición “representa una mejora considerable con respecto a la anterior”, aunque parte de la doctrina “considera que el concepto de discapacidad ofrecido por el Tribunal sigue siendo muy limitado”⁴⁴. La misma definición de discapacidad ha sido utilizada por el TJUE en otros casos en que se pedía una interpretación de disposiciones de la Directiva 2000/78, que pretende garantizar la igualdad de trato en el ámbito del empleo y la ocupación. Parece previsible que pueda ampliarse la definición de discapacidad más allá de dicho ámbito cuando entren en vigor otros actos comunitarios que están en proceso de adopción, como el Acta Europea de Accesibilidad⁴⁵ o la Propuesta de Directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual⁴⁶, que se aplicará “fuera del contexto laboral”. En cualquier caso, es necesaria una nueva interpretación del concepto de “discapacidad”, en la que se suprima la referencia a la “vida profesional”⁴⁷.

El Tribunal ha precisado también que, en ocasiones, una enfermedad puede estar incluida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78. Esto sucede únicamente “si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración”⁴⁸. A título ilustrativo, el Tribunal ha aclarado

⁴² TJUE, C-335/11 y 337/11, *HK Danmark*, párrafos 38 y 39.

⁴³ CARRASQUERO CEPEDA, M., “Los ajustes razonables para personas con discapacidad en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, enero-junio 2018, p. 42.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros por lo que se refiere a los requisitos de accesibilidad de los productos y los servicios, COM (2015) 615 final.

⁴⁶ COM (2008) 326 final

⁴⁷ CARRASQUERO CEPEDA, M., “Los ajustes razonables para personas con discapacidad”, *cit.*, p. 46.

⁴⁸ TJUE, C-335/11 y 337/11, *HK Danmark*, párrafo 41.

que “la obesidad de un trabajador como tal no puede considerarse discapacidad, dado que por su propia naturaleza, no da lugar necesariamente a una limitación...⁴⁹, salvo que impida “su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitan realizar su trabajo o que le generen dificultades en el ejercicio de su actividad profesional”⁵⁰, en cuyo caso estará “incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78”⁵¹.

En cuanto a la exigencia de que la discapacidad sea a largo plazo⁵², el Tribunal ha matizado en el caso Daouidi⁵³ que el hecho de que la duración de la discapacidad sea “incierta” no es óbice para considerar que pueda haber una discriminación directa por razón de discapacidad en caso un despido basado precisamente en ésta (una incapacidad temporal por accidente laboral de duración incierta).

Por otro lado, es interesante recordar que la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación “no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas”⁵⁴ sino también a sus familiares o cuidadores, en tanto en cuanto sufran un trato desfavorable en el ámbito profesional vinculado a la discapacidad de la persona a la que cuidan. Esta interpretación no restrictiva *rationae personae* de la Directiva 2000/78 es previa a la entrada en vigor en la UE de la CDPD⁵⁵, pero posterior a su firma por parte de la Unión y consistente con la misma. Recordemos que su artículo 5.2 se prohíbe “toda discriminación por motivos de discapacidad”.

3.2.2 La denegación de ajustes razonables como discriminación por discapacidad

La CDPD establece la obligación de adoptar las medidas necesarias para la realización “ajustes razonables” de cara a garantizar la igualdad y eliminar la discriminación (art.5.3), considerando que la denegación de ajustes razonables⁵⁶ constituye una “discriminación por motivos de discapacidad”.

⁴⁹ TJUE, C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)*, de 18 de diciembre de 2014, párrafo 58.

⁵⁰ TJUE, C-270/16, *C.E.Ruiz Conejero y Ferrosfer SA*, de 18 de enero de 2018, párrafo 30.

⁵¹ *Ibid.*, párrafo 29.

⁵² TJUE, C-335/11 y 337/11, *HK Danmark*, párrafo 39.

⁵³ TJUE, C-395/15, *Mohammed Daouidi y Bootes Plus, FGS*, de 1 de diciembre de 2016.

⁵⁴ TJUE, c 303/06, *S. Coleman contra Attridge Law y Steve Law*, de 17 de julio de 2008.

⁵⁵ El pronunciamiento del TJUE data el 17 de julio de 2008.

⁵⁶ Los ajustes razonables se definen como las “modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para ga-

En el ámbito de la UE, la obligación de adoptar “ajustes razonables” se prevé únicamente en el ámbito del empleo y la ocupación (Directiva 2000/78), no estableciéndose expresamente en dicha disposición que la denegación de ajustes razonables constituya una discriminación, a pesar de la claridad de la letra de la Convención⁵⁷. Esto ha dado lugar a que, en el nivel nacional, los Estados miembros contemplen de modo diverso la protección frente a eventuales denegaciones de ajustes razonables. Mientras que algunos Estados prevén que constituyen una discriminación, en línea con lo exigido por la CDPD, en otros son los tribunales los que interpretan la norma nacional (silente a este respecto) en conformidad con la Convención. Tan solo un par de países (Estonia y Letonia) mantienen, en su normativa y en su jurisprudencia, una línea contraria a la consideración como discriminación de la falta de ajustes razonables⁵⁸.

Por otro lado, ni la CDPD ni el derecho de la Unión regulan en detalle qué se entiende por “ajustes razonables” y en qué circunstancias se podría considerar que la carga que imponen es “desproporcionada o indebida”, en lenguaje de la Convención o “excesiva”, tal y como reza el art. 5 de la Directiva 2000/78. Consideramos con Luis Cayo Pérez Bueno que esta indefinición, junto con la novedad de la institución, “refuerza la tarea de interpretación, lo que dará juego a los pronunciamientos judiciales”⁵⁹, por lo que la “Jurisprudencia como fuente del Derecho va a revestir, en adelante, una relevancia reseñable”⁶⁰.

rantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2);

⁵⁷ De acuerdo al informe elaborado por Ferri y Lawson: *the definition of ‘discrimination on the basis of disability’ in Article 2 of the CRPD makes it crystal clear that a failure to provide reasonable accommodation is a form of discrimination – a point not made explicit by Article 5 of the Employment Equality Directive. Article 5(3) of the CRPD goes on to deal specifically with reasonable accommodation, obliging Parties to ‘take all appropriate steps to ensure that reasonable accommodation is provided’ (el subrayado es nuestro). Vid. FERRI, D. & LAWSON, A., *Reasonable accommodation for disabled people in employment...*, cit. p. 43.*

⁵⁸ CARRASQUERO CEPEDA, M., “Los ajustes razonables para personas con discapacidad en la Unión Europea”, cit., p. 45. La misma autora (p. 44) señala el tipo de medidas que prevén los Estados miembros como ajustes razonables y que “pueden dividirse en dos clases: en primer lugar, las soluciones técnicas (que incluyen dispositivos de asistencia u otras adaptaciones físicas o estructurales), y en segundo lugar, las disposiciones organizativas (redistribución de funciones, teletrabajo, permiso de discapacidad, licencia extendida o adicional, reubicación en una oficina diferente, etc.”

⁵⁹ PÉREZ BUENO L.C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en PÉREZ BUENO (dir.), 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), 2012, p. 187.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 205.

De ahí la importancia que adquiere la labor interpretativa del TJUE en el ámbito que nos ocupa. A título ilustrativo, vamos a analizar brevemente el caso HK Danemark. En los asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, el Tribunal de Luxemburgo respondió, entre otras, a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal danés sobre si una reducción de la jornada laboral (precisada por las respectivas discapacidades de la sra. Ring y la sra. Werge), podría considerarse un “ajuste razonable” en los términos de la Directiva 2000/78. En su respuesta, el TJUE consideró que, a pesar de que ni el tenor literal del art. 5 de la Directiva 2000/78 ni el vigésimo considerando de la misma mencionan la reducción de la jornada laboral entre las medidas de ajuste razonable, había que tener en cuenta que el artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU 2 preconiza una definición amplia del concepto de “ajustes razonables”. Concluye el Tribunal afirmando que, “por un lado, el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78 y el artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU prevén medidas no solo materiales, sino también organizativas, y, por otro lado, el término «pauta [de tiempo]» de trabajo ha de entenderse como la cadencia o el ritmo con el que se efectúa el trabajo, no cabe excluir que una disminución del tiempo de trabajo pueda constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el artículo 5 de esta Directiva”.

3.3 Otras vías referidas a la UE como Administración

Al haber ratificado la CDPD, la Unión Europea no solo ha adquirido obligaciones conjuntas con sus Estados miembros (que también son parte de la CDPD), sino que queda obligada también en tanto que Administración.

El art. 33.2 de la CDPD exige que los Estados parte (a los que se asimilaría la UE en virtud del art. 44.2) cuenten con “un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención.” El marco de la CDPD en la UE está formando por el Parlamento Europeo, el Defensor del Pueblo, la Agencia de Derechos Fundamentales y el Foro Europeo de Discapacidad⁶¹. A pesar de que las resoluciones de dichos organismos en este ámbito no tienen efecto jurídico vinculante, no hay que menospreciar el alcance político que su presión puede ejercer en el legislador comunitario.

Así, el Defensor del Pueblo Europeo ha requerido a distintas instituciones y organismos de la Unión en diversas ocasiones, tanto como resultado de las denuncias recibidas como de oficio. Veamos un par de ejemplos:

⁶¹ Inicialmente la Comisión Europea también formaba parte de este Marco. No obstante, tras señalar el Comité de la CDPD la conveniencia de suprimir esta participación por no ser independiente, la UE modificó la composición del Marco Europeo de la CDPD. Vid. CRPD/C/EU/CO/1/Add1, de 23 de noviembre de 2017, p. 4

Por un lado, podemos mencionar la reciente apertura de expediente⁶² por parte del Defensor del Pueblo Europeo contra la EPSO (*European Personnel Selection Office*) por la denunciada falta de accesibilidad y de disponibilidad de ajustes razonables para las personas con discapacidad visual, en lo relativo al formulario de aplicación digital utilizado por la EPSO. Y es que la obligación de adoptar ajustes razonables (más allá del ámbito del empleo) es ya exigible a la Unión Europea como Administración, al ser la UE en tanto que organización internacional parte de la CDPD y quedar vinculada por esta⁶³.

Por otro lado, el sistema del seguro de salud para los funcionarios europeos (*EU's Joint Sickness Insurance Scheme, JSIS*) está siendo cuestionado por el Defensor del Pueblo⁶⁴ por las quejas recibidas considerándolo contrario a la CDPD⁶⁵, algo que ya había destacado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶⁶. En concreto el JSIS prevé la devolución de los costes médicos en un porcentaje de hasta el 85% con carácter general, que puede llegar al 100% en caso de “enfermedad grave”, condición que se determina a través del cumplimiento de cuatro criterios. Las personas con discapacidad que no se consideren enfermos graves de acuerdo con dichos criterios y, en particular, el de la corta esperanza de vida, no pueden ser reembolsadas al 100% de los gastos médicos, siendo estos con frecuencia importantes tanto respecto a tratamientos, medicación o dispositivos y equipos especiales.

Por su parte el Parlamento Europeo aprobó una importante resolución en julio de 2016 que, aunque no sea jurídicamente vinculante, muestra el compromiso de la institución en el pleno cumplimiento de las recomendaciones del Informe del Comité

⁶² Caso 1337/2017/EA, abierto el 14 de marzo de 2018, disponible en <https://www.ombudsman.europa.eu/es/cases/correspondence.faces/es/93846/html.bookmark>.

⁶³ “(...) los ajustes razonables están llamados a tener alguna eficacia, bien que limitada, en la esfera de las instituciones de la Unión Europea, al haber celebrado esta en cuanto tal entidad supranacional la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (...) Habida cuenta estos actos de vinculación respecto de la Convención, los preceptos del tratado internacional relativos a los ajustes razonables serán directamente aplicables a las instituciones europeas”. PÉREZ BUENO L.C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, cit., pp.190-191.

⁶⁴ European Ombudsman (2016), *Letter to the European Commission opening the European Ombudsman's own initiative inquiry OI/4/2016/EA on whether the treatment of persons with disabilities under the Joint Sickness Insurance Scheme (JSIS) complies with the UN Convention*, Strasbourg, 10 May 2016.

⁶⁵ Defensor del Pueblo de la UE, caso: OI/4/2016/EA, abierto el 10 de mayo de 2016, disponible en <https://www.ombudsman.europa.eu/es/cases/caseopened.faces/es/65814/html.bookmark>

⁶⁶ En el apartado 87 de sus Observaciones Finales, “El Comité recomienda que la Unión Europea revise su régimen común de seguro de enfermedad para que cubra integralmente las necesidades de salud relacionadas con la discapacidad, de manera conforme a la Convención”.

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incluyendo la adopción de “las medidas necesarias para integrar la discapacidad en todos los textos legislativos, políticas y estrategias”⁶⁷.

Por último, tanto la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE como las organizaciones representativas de las personas con discapacidad a través del Foro Europeo de la Discapacidad, han elaborado informes donde señalan las principales lagunas de la UE en el cumplimiento de la CDPD y hacen recomendaciones al respecto, insistiendo ambas, entre otros temas, en la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la participación política⁶⁸.

Todos estos mecanismos pretenden favorecer el correcto cumplimiento de la CDPD por parte de la UE como Administración. Con el mismo fin, se ha instado a la ratificación del Protocolo Facultativo de la CDPD, que permitiría a los particulares presentar denuncias ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶⁹.

Pero lógicamente, la vía más efectiva es el control judicial por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por seguir con alguno de los ejemplos citados, si un funcionario con discapacidad (o con un hijo con discapacidad) impugnara una decisión de denegación del 100% del coste médico asociado a su discapacidad basado en el JSIS, el Tribunal de Justicia tendría que interpretar la norma comunitaria en conformidad con la CDPD. Asimismo, es previsible que pueda haber pronunciamientos judiciales en ámbitos en que la Unión Europea como Administración no está cumpliendo plenamente con sus obligaciones como parte de la CDPD, ya sea por la falta de accesibilidad de sus instituciones, de sus páginas web o, eventualmente, de la disponibilidad de materiales electorales de cara a las elecciones de 2019 en formatos aptos para personas con discapacidad.

⁶⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2016, sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2015/2258(INI)), párrafo 14.

⁶⁸ Véase en este sentido por ejemplo el estudio elaborado por la Agencia de Derechos Fundamentales, en coordinación con la Red académica de expertos europeos en discapacidad (ANED) sobre *El derecho a la participación política de las personas con discapacidad*, de abril de 2014; o el informe elaborado por el Foro Europeo de la Discapacidad, European Disability Forum, *EDF response to the Public consultation on the review of the European Disability Strategy 2010-2020*, Bruselas, marzo 2016, p. 6.

⁶⁹ Esta demanda, incluida en las Observaciones Finales del propio Comité, ha sido recogida tanto por el Parlamento Europeo como el EDF. Véanse los documentos citados en la nota anterior, párrafo 13 y p. 6 respectivamente.

La complementariedad de todos estos mecanismos ha sido destacada por la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE que, en su informe de 2017, ha señalado que “(...) los mecanismos judiciales y no judiciales en los casos de denuncia pueden desempeñar un papel fundamental para detectar las lagunas en la aplicación de la CDPD y aclarar el alcance de lo dispuesto en el Convenio. Algunos casos relacionados con la lucha contra la discriminación en el empleo sirven para subrayar la complementariedad de las normas y su importancia compartida a escala nacional, de las Naciones Unidas y de la UE”⁷⁰.

4. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y CONCLUSIONES

La Unión Europea, a través de la Estrategia Europea de Discapacidad 2010-2020, está tratando de dar cumplimiento a las exigencias de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Son muchos los pasos que tiene pendientes para adaptar su legislación a los compromisos adquiridos como parte de la CDPD, como hemos señalado en el apartado 2 de este estudio. A medida que entren en vigor actos comunitarios como el Acta Europea de Accesibilidad o la Directiva horizontal sobre igualdad de trato más allá del ámbito del empleo, es previsible que el Tribunal de Justicia de la Unión sea interpelado para que interprete las disposiciones de dichos actos, y ello habrá de hacerlo en conformidad con la Convención. Por tanto, la cuestión prejudicial seguirá teniendo una importancia fundamental para garantizar que las disposiciones comunitarias permiten alcanzar los objetivos de la CDPD.

Una de las cuestiones que, a falta de definición tanto en derecho derivado como en la CDPD, tendrá que aclarar el TJUE, es la determinación de las condiciones que deben darse para entender que una medida de ajuste razonable supone “una carga excesiva”⁷¹. Hay que recordar que la CDPD prevé la obligación de adoptar ajustes razonables para garantizar el ejercicio de todos los derechos previstos en la Convención por las personas con discapacidad⁷², incluso lo señala como el cauce necesario para posibilitar dicho ejercicio en ámbitos concretos como la educación, la libertad y seguridad personales,

⁷⁰ Fundamental Rights Agency (FRA) Report 2017, resumen en español, página 25.

⁷¹ Algunos criterios sobre las condiciones para considerar que la medida de ajuste es “desproporcionada o excesiva” están descritos en Informe: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (UNHRC), *Equality and nondiscrimination under article 5 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 9 December 2016, A/HRC/34/26, párrafos 47 a 61.

⁷² CLIFFORD, J., “The UN Disability Convention and its impact on European Equality Law”, *The Equal Rights Review*, vol. 6, 2011, p. 15.

etc. Aunque el derecho derivado actualmente vigente únicamente lo contempla en el ámbito del empleo⁷³, la Propuesta de Directiva horizontal sobre la igualdad de trato reconoce esta necesidad de adoptar ajustes razonables para garantizar el “acceso efectivo de las personas con discapacidad a la protección social, los beneficios sociales, la asistencia sanitaria, la educación y el acceso a bienes y servicios y su suministro, incluida la vivienda” (art. 4). Algunos ejemplos de ajustes razonables son la adaptación de las instalaciones para hacerlas accesibles a una persona con discapacidad, reorganización del trabajo, ajustar los materiales y estrategias de aprendizaje, adaptar los procedimientos médicos o proporcionar apoyo personal, sin que sea una carga excesiva o desproporcionada⁷⁴.

Esto puede implicar un mayor número de pronunciamientos prejudiciales del TJUE que, eventualmente, adaptará la definición de “carga excesiva” referida a los ajustes razonables en función del ámbito en que se aplique. Por otro lado, dado el carácter subsidiario de las medidas de ajuste razonable (entran en juego solo cuando las condiciones de accesibilidad universal no permiten garantizar el ejercicio de un derecho⁷⁵), es de esperar que una vez entre en vigor el Acta Europea de Accesibilidad sea menos necesario poner en juego medidas de ajuste razonable.

La importancia que los pronunciamientos judiciales pueden adquirir en la plena eficacia de la CDPD en la UE queda reforzada por la previsión en el derecho derivado del derecho de las organizaciones con un interés legítimo en la lucha contra la discriminación a que ayude a las víctimas de discriminación en procedimientos judiciales o administrativos⁷⁶.

Interesa que los abogados de las personas con discapacidad o de sus organizaciones representativas defiendan una interpretación de los derechos conferidos por el orde-

⁷³ Art. 5 de la Directiva 2000/78.

⁷⁴ UNHRC, *Equality and nondiscrimination under article 5 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, cit., párrafo 28.

⁷⁵ Los ajustes razonables “(...) aspiran a dotar de contenido y preservar el derecho concreto de la persona en situaciones particulares cuando el sistema de accesibilidad universal y de diseño para todos, resulta inoperante, bien porque no se ha extendido jurídicamente a todos los ámbitos posibles y con la intensidad máxima deseable, o bien porque no ha sido capaz de prever (y regular) todas las situaciones en que una persona con discapacidad puede hallarse, en su interacción con el entorno que la rodea, dotándolas de garantías de no discriminación y accesibilidad.” PÉREZ BUENO L.C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, cit. p.182.

⁷⁶ Artículo 13 de la Directiva 200/78 y art. 7 de la Propuesta de Directiva sobre igualdad de trato más allá del ámbito del empleo.

namiento comunitario acorde a la protección garantizada por la CDPD, suscitándola así ante el juez nacional. La sensibilidad de los órganos judiciales nacionales hacia los derechos de las personas con discapacidad ha permitido pronunciamientos como el del Juzgado de lo Social de Cuenca⁷⁷ que consideró que la regulación del despido objetivo por absentismo laboral en el Estatuto de los Trabajadores perjudica indirectamente a las personas con discapacidad por su mayor propensión a acumular bajas por enfermedad vinculadas a su discapacidad. Aunque la solución del litigio principal del Juzgado de lo Social tras la respuesta del TJUE⁷⁸ ha sido recurrida y no está claro que vaya a revisarse el Estatuto de los Trabajadores como aquél proponía, nos sirve de muestra para ilustrar la importancia de la cuestión prejudicial: la obligación de interpretar el derecho derivado de la UE (en este caso la Directiva 2000/78) en conformidad con la Convención de la ONU evidencia el impacto de ésta en el ordenamiento comunitario, aunque lo deseable sería un mayor desarrollo normativo y una completa revisión del ordenamiento vigente, tal y como recomendó el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁷⁷ Sentencia 00171/2018.

⁷⁸ TJUE, C-270/16, *Ruiz Conejero y Ferroses*, de 18 de enero de 2018.

Miguel Loya del Río

Socio de J&A Garrigues

Isabel Enríquez Matas

Asociada Principal de J&A Garrigues

Mariana Samaniego González

Asociada Senior de J&A Garrigues

NOVEDAD NORMATIVA: LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

SUMARIO: 1. La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. –2. Previsiones relevantes en materia de discapacidad. –3. Conclusión.

1. LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Una de las novedades normativas más relevantes de este año ha sido la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, la “LCSP”). Si bien su texto se publicó el 9 de noviembre de 2017 en el Boletín Oficial del Estado, no fue hasta el pasado 9 de marzo de 2018 cuando entró en vigor en su totalidad¹.

¹ Y ello en virtud de su Disposición adicional decimosexta, que previó que la entrada en vigor de la norma, salvo la de determinados preceptos, se produjese “a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»”.

Mediante esta Ley se han incorporado al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Pero, además, según se señala en su Exposición de Motivos, sin perjuicio de dicha transposición, la regulación contenida en la LCSP también persigue otros objetivos (como, por ejemplo, lograr una mayor transparencia en la contratación pública y conseguir una mejor relación calidad-precio), para lo cual se introducen nuevas previsiones que priorizan, entre otros, los aspectos sociales. Asimismo, la LCSP también pretende la simplificación de los trámites y la reducción de las cargas administrativas y endurece las disposiciones relativas a las denominadas ofertas “anormalmente bajas” por incumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.

En dicho contexto, la nueva LCSP contiene varias previsiones específicas en materia de discapacidad que, sucintamente, se destacan a continuación.

2. PREVISIONES RELEVANTES EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Cabe destacar las siguientes previsiones específicas de la LCSP que pueden tener incidencia en el ámbito de la discapacidad:

- a) En el artículo 11 de la LCSP se ha incluido, entre los contratos excluidos del ámbito de aplicación de dicha norma, la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Era esta una exclusión que había sido reclamada insistentemente por múltiples asociaciones sociales y que claramente redundaba en la promoción de la labor que llevan a cabo las mismas (en especial, en relación con las personas con discapacidad).

- b) En el artículo 71 de la LCSP se recoge como causa de prohibición de contratar con las entidades del sector público no solo la sanción firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad (apartado 1.b), ya prevista en redacciones previas de la norma vigente, sino también el incumplimiento del

requisito de que, al menos, el 2% de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores sean personas con discapacidad –apartado 1.d) –.

Si bien esta segunda previsión ya había sido introducida en la anterior norma de contratos –mediante la Ley 40/2015–, se condicionaba su aplicabilidad a la aprobación de un desarrollo reglamentario. Del mismo modo, el proyecto de la LCSP también supeditaba la efectividad de dicha prohibición de contratar a su desarrollo normativo. Sin embargo, tras ser objeto de varias enmiendas, el texto finalmente aprobado de la LCSP, aunque mantiene la referencia al desarrollo reglamentario, parece que ha optado por dotar de plena efectividad a dicha prohibición de contratar, ligando la definición de dicha obligación a lo previsto en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Así, se contempla la declaración responsable como medio para la acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2% para personas con discapacidad.

Además, se prevé la posibilidad de que el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, regule una forma alternativa de acreditación del cumplimiento de dicha obligación, consistente, en todo caso, en una certificación, bien del órgano administrativo correspondiente –con vigencia mínima de seis meses–, o bien del correspondiente Registro de Licitadores –en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo–.

- c) En el artículo 126 de la LCSP se introduce, en relación con las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas, que, cuando la contratación esté destinada a ser utilizada por personas físicas, aquéllas se redactarán de manera que se tengan en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los criterios legales de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, debiendo motivarse suficientemente la imposibilidad de hacerlo.

En cualquier caso, tal y como recomendó el Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de la LCSP, se prevé que siempre que existan requisitos de accesibilidad obligatorios adoptados por un acto jurídico de la Unión Europea, las especificaciones técnicas deben ser definidas por referencia a esas normas en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.

- d) En el artículo 129 de la LCSP se contempla la posibilidad de que el órgano de contratación pueda señalar en el pliego los organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones de inserción sociolaboral de las personas con discapacidad y de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad que resulten aplicables al contrato licitado (aspecto que, sin duda, facilitará el cumplimiento de dichas disposiciones por los licitadores).
- e) En el artículo 130 de la LCSP, sobre condiciones de subrogación en los contratos de trabajo, se establece que, en aquellos casos en que la prestación de un contrato que se pretende adjudicar viniera siendo realizada por un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria debe subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.
- f) En el artículo 145 de la LCSP, sobre los criterios de adjudicación del contrato, se prevé que, con carácter general, la misma se realice utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, esto es, en base a criterios cualitativos (medioambientales o sociales) y de relación coste-eficiencia. A este respecto, en relación con los posibles criterios cualitativos a evaluar por el órgano de contratación, se contemplan, como posibles aspectos sociales para evaluar la mejor relación calidad-precio de las ofertas presentadas, el fomento de la integración social de personas con discapacidad, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social y la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción.

Asimismo, en el artículo 147, sobre los criterios de desempate, se establece, en su apartado 1, que los órganos de contratación puedan establecer en los pliegos criterios de adjudicación específicos para el caso de producirse un empate entre varias ofertas, los cuales deberán estar vinculados con el objeto del contrato y podrán referirse, entre otros aspectos sociales, a la tenencia de un porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla superior al exigido por la normativa. Sin perjuicio del gran avance de dicha medida, se ha perdido la oportunidad de establecer como obligatoria la inclusión de tal criterio de desempate (en lugar de potestativo), tal y como fue propuesto en el trámite de enmiendas al proyecto de la LCSP.

Ello no obstante, el apartado 2 del artículo 147 dispone que, en defecto de previsión en los pliegos al respecto, en caso de empate debe resolverse mediante

la aplicación de criterios sociales, previéndose, en primer lugar, el del mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas.

- g) El artículo 149 de la LCSP establece, en su apartado 4, que los órganos de contratación rechazarán las ofertas presentadas por los licitadores si comprueban que las mismas son anormalmente bajas porque incumplen, entre otras cuestiones, las obligaciones aplicables en materia social.
- h) En el artículo 202 de la LCSP se establece la obligatoriedad de que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se prevea, al menos, una condición especial de ejecución del contrato de entre las referidas a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, las de tipo medioambiental o las de tipo social, que serán exigidas tanto al contratista como a los subcontratistas que participen en la ejecución del mismo. En este sentido, en relación con las condiciones especiales de ejecución de tipo social, se contempla que podrán introducirse con la finalidad, entre otras, de hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; y promover el empleo de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción.
- i) La Disposición adicional cuarta de la LCSP, sobre contratos reservados, establece la posibilidad de que se fijen unos porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de determinados contratos o lotes a Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los CEE, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30%. En estos casos, se prevé, además, que no procederá la exigencia de garantía definitiva, salvo que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente.
- j) La Disposición adicional decimoctava establece que la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad y de diseño universal o diseño para todas

las personas, en los términos en los que son definidos por el citado 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.

- k) Por último, la Disposición final decimocuarta de la LCSP modifica el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en el sentido de incluir en su artículo 43 una definición de Centro Especial de Empleo de iniciativa social.

Asimismo, recientemente, mediante el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, se ha creado la “*Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública*”, que, entre otros, tiene como objetivo garantizar la coordinación de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poderes adjudicadores para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública en relación con la información, la accesibilidad, las prescripciones técnicas, la adjudicación o la ejecución de los contratos.

3. CONCLUSIÓN

En definitiva, la nueva LCSP incluye varias previsiones en materia de discapacidad que pretenden profundizar en la regulación prevista en la normativa existente, muchas de las cuales, sin duda, traen causa de las numerosas enmiendas presentadas al proyecto de la LCSP y de las recomendaciones del Consejo de Estado en su dictamen sobre dicho texto preliminar.

Aunque hubiera sido deseable aprovechar esta oportunidad para aprobar una regulación más ambiciosa, cabe valorar positivamente la LCSP como instrumento normativo que permitirá seguir avanzando en la integración de las personas con discapacidad, también desde la perspectiva de la contratación pública.

Juan Francisco Mestre Delgado
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

SUMARIO: I. Planteamiento. –II. Consideración previa e imprescindible para comprender el modelo de regulación procedente del Derecho de la Unión: la significación del interés público en la contratación pública y el carácter transversal de las políticas sociales y medioambientales. –III. Un recordatorio respecto a la regulación, europea e interna, y sobre todo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, preexistente. 1. Las previsiones de las Directivas de la década de los 70. 2. Las reglas incluidas en las Directivas de los años 90. 3. Los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. –IV. Las reglas incorporadas en la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios. –V. La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. –VI. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre y la regulación de la discapacidad. –VII. Una consideración final.

I. PLANTEAMIENTO

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ha declarado que para lograr uno de los dos objetivos que “inspiran” la regulación que contiene (conseguir una mejor relación calidad-precio) “por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adju-

dicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato” (segundo párrafo del apartado II del Preámbulo).

La posibilidad de utilizar la contratación pública como instrumento para la realización de políticas sociales, y en particular referidas a la discapacidad (como sucede en relación a otros ámbitos sectoriales, destacadamente el medioambiental) encuentra no solo antecedentes sino explicaciones fundadas en la propia significación de la contratación pública. No es, por tanto, ni exacto ni preciso que la Ley 9/2017 incorpore ex novo una regulación sobre la discapacidad en el ámbito de la contratación pública, porque aquella procede de reglas y regulaciones precedentes, y el impulso o el respaldo que se ha producido en el aspecto que nos ocupa se debe, fundamentalmente, a las determinaciones del Derecho de la Unión Europea en materia de contratos. Y ni siquiera que resulte obligatorio, de forma automática y autoejecutiva, hacerlo en cada contrato, como no lo era en las normas anteriores. Trato de explicarlo seguidamente.

No sin antes poner de manifiesto la relevancia que tiene tanto la posibilidad de instrumentar otras políticas mediante la contratación pública, en términos generales, y en particular la política en materia de discapacidad. Cuestión distinta es determinar si el protagonismo lo ha asumido en la materia la Ley de 2017, y también si las medidas que ha incluido son suficientes para materializar decididamente el tratamiento jurídico de la discapacidad en el ámbito de la contratación pública.

II. CONSIDERACIÓN PREVIA E IMPRESCINDIBLE PARA COMPRENDER EL MODELO DE REGULACIÓN PROCEDENTE DEL DERECHO DE LA UNIÓN: LA SIGNIFICACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL CARÁCTER TRANSVERSAL DE LAS POLÍTICAS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES

1. La regulación de los contratos públicos en España, desde el siglo XIX, ha tendido a posibilitar que las Administraciones Públicas obtuviesen en las mejores condiciones posibles las prestaciones (construcción de obras públicas, realización de suministros, prestación de servicios públicos) de interés público. Aquellas han tenido siempre la posibilidad de elegir si la realización de la finalidad pública en cuestión se asumía directamente por ellas, o si resultaba conveniente reclamar la colaboración del sector privado, mediante la contratación pública (a salvo de algunos supuestos, previstos en las leyes, que imponían la actuación directa de las Administraciones). Cuando se adopta la decisión de involucrar al sector privado (lo que históricamente se produce como

consecuencia, fundamentalmente, de la escasez de recursos económicos públicos para afrontar la prestación, aunque en algunos casos también por contar el sector privado con mejores recursos tecnológicos) la regulación jurídica pretende rodear de garantías a la Administración para que el contrato se ejecute correctamente, y en definitiva para proteger los intereses públicos: a esta finalidad principal se enderezan todas las reglas previstas en la regulación de la selección de contratistas y de la adjudicación de los contratos, en el Derecho histórico español (capacidad de los contratistas, régimen de garantías, delimitación del objeto del contrato, principio de legalidad presupuestaria, etc...).

Conviene recordar que nuestro régimen de Derecho Administrativo, sustancialmente distinto –al menos, históricamente– de otros modelos (los de *common law* fundamentalmente: también, los del denominado “Derecho Administrativo privado”) se rige por la existencia de una suerte de prerrogativas o privilegios con los que el legislador adorna el comportamiento de las Administraciones Públicas, que no son una persona jurídica más que actúa en pie de igualdad con los operadores privados, sino una *potentior personae* que, para cumplir las finalidades atribuidas por el ordenamiento (en nuestro caso, conforme a la cláusula del artículo 103 CE, satisfacer los intereses generales) actúa normalmente, en el tráfico jurídico administrativo, conforme a una suerte de prerrogativas instrumentales al servicio de la satisfacción de los fines de interés general, la protección de los intereses públicos y, en el ámbito de los contratos en especial, la protección de los recursos económicos públicos. Estas constituyen un haz de facultades que, en un buen número de casos, mejoran su posición jurídica con respecto a la que es propia de los sujetos privados (así, la capacidad de resolver unilateralmente conflictos jurídicos –autotutela declarativa– o la de ejecutar por sí misma, sin necesidad de acudir a los Jueces, sus propias decisiones –autotutela ejecutiva– de forma más señalada); aunque también existen prerrogativas *in peius*, que restringen o limitan su capacidad de actuación con respecto a la que es propia de los sujetos privados (es el caso, por ejemplo, de la propia existencia del procedimiento administrativo de contratación).

En materia de contratos públicos todo ello encuentra acomodo y reflejo: con la finalidad de satisfacer los intereses generales, la Administración puede, por ejemplo, y frente a lo que sucede en la contratación privada, modificar unilateralmente el objeto del contrato, o incluso resolverlo y dejarlo sin efecto; pero, también, encuentra más severas limitaciones para contratar que las que se proyectan sobre los sujetos privados: si estos pueden contratar con quien quieran, en la forma que quieran, en las condiciones que consideren oportunas, cualesquiera prestaciones (salvo los límites generales que derivan de las leyes, la moralidad o el orden público) las Administraciones Públicas no pueden comportarse igual (deben respetar el procedimiento de selección, las exi-

gencias de la legalidad presupuestaria, las reglas de capacidad, la obligación de adjudicar en una determinada forma los contratos, etc.). Se trata de un régimen de Derecho Administrativo, construido sobre la base del modelo contractual común, sobre el que, sucesivamente y por razones diversas, se incorporaron las especialidades propias del Derecho de la Administración Pública.

2. En este entorno regulador, que identifica el mundo de la contratación pública, deben destacarse dos ámbitos de preocupación pública, concretados en las dos últimas décadas del siglo XX: por un lado, la desconfianza frente a la producción de fenómenos patológicos en la práctica de la contratación: circunstancia que explica la sucesión de reformas normativas que, en España, han tenido su encaje en la política de lucha contra la corrupción, incorporando en nuestra normativa medidas de control (mayor intensidad en las consecuencias que derivan de la legalidad presupuestaria, establecimiento de nuevas medidas de control, limitaciones a las modificaciones del objeto o características de los contratos, mayor severidad en las condiciones exigibles para contar con capacidad para ser contratista, entre otras); y por otro lado, y ahora como consecuencia de los intereses públicos comunitarios europeos, se ha identificado la existencia de un mercado único de la contratación pública, en el que deben protegerse los intereses de los empresarios radicados en Estados miembros; el principio de concurrencia, robus-tecido por los de no discriminación y publicidad, se erige en un aspecto central de la contratación pública. Puede sostenerse, en consecuencia, que ya no existe solo un interés público concretado en que la Administración respectiva obtenga las mejores prestaciones en las mejores condiciones posibles, sino que, además, este resultado debe obtenerse respetando los intereses –también dignos de protección pública– del mercado en que actúan los empresarios. Y en particular mediante la utilización transversal de la contratación pública para canalizar a su través otras políticas, que es algo que viene produciéndose desde hace décadas, mediante una tarea de justificación y delimitación que ha sido, principalmente, jurisprudencial.

III. UN RECORDATORIO RESPECTO A LA REGULACIÓN, EUROPEA E INTERNA, Y SOBRE TODO A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA, PREEXISTENTE

1. Las previsiones de las Directivas de la década de los 70

Las Directivas 71/305, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y 77/62, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos

de suministro, fueron las pioneras en la regulación de los contratos públicos en el entorno de la actual Unión. 34 y 32 artículos, respectivamente, que permitieron la formación del Derecho de la contratación pública europea y sobre todo la construcción de un régimen jurídico solvente por parte del Tribunal de Justicia, que también aquí encabezó el protagonismo en la formación del *ius publicum* común en la contratación pública. Ambas Directivas, integradas en el planteamiento de la época, y desde los inicios de las entonces Comunidades Europeas, de contenido y finalidad netamente económica, no contemplaban de forma expresa medidas sociales, ni por supuesto ambientales, en el ámbito de la contratación pública. En los criterios de “selección cualitativa” se contemplaba la exclusión de los licitadores por estar en situación de quiebra, por haber sido condenados por sentencia que afecte a la “moralidad profesional”, que no estén al corriente de sus obligaciones tributarias o que hubiesen facilitado información falsa. Y en los criterios de adjudicación se contemplaban dos (el precio más bajo, la oferta económicamente más ventajosa); cuando se emplea el criterio que no fuese solo el precio, se manejarían “diversos criterios que variarían según el contrato de que se trate: por ejemplo, el precio, el plazo de entrega, el coste de utilización, la rentabilidad, la calidad, las características estéticas y funcionales, el valor técnico, el servicio postventa y la asistencia técnica” (art. 25.1.b de la Directiva de 1976).

2. Las reglas incluidas en las Directivas de los años 90

Las Directivas 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre contratos de servicios, 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, del contrato de suministros, no incluyeron modificaciones relevantes en lo que afecta a la regulación que nos ocupa. Estuvieron vigentes hasta que la Directiva de 41 de marzo de 2004 desplegó sus efectos.

3. Los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

A) Interrumpo la descripción de la sucesión de las regulaciones, contenidas en las Directivas, para reflejar, incluso en términos cronológicos, los avances que en la materia se produjeron, con base en el modelo –escueto, como se ha indicado– incluido en las primeras Directivas sobre contratos.

Porque realmente los avances y la construcción técnica sobre la inclusión de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública, la delimitación de su ámbito, alcance y exigencias y la exclusión del intento de incluir en la contratación pública

otras políticas que resultan incompatibles con aquella constituye un mérito que debe reconocerse a la tarea constructiva de la jurisprudencia, a cuya estela se han redactado las sucesivas Directivas.

B) Muy sucintamente, puede recordarse que el Tribunal de Justicia se ha ocupado, sustancialmente, de tres grupos de criterios que presentaron un interés relevante desde esta perspectiva.

Por un lado, e inicialmente, ha declarado que es admisible la utilización de criterios sociales en la adjudicación de contratos, siempre que por un lado sean objeto de adecuada publicidad y que, por otro, no resulten discriminatorios. Está así declarado, inicialmente, en la Sentencia TJCE de 20 de septiembre de 1988 (Gebroeders Beentjes BV), en la que de forma muy precisa, y aparentemente limitada, vino a declarar que se podía incluir en la convocatoria una cláusula que permitiese valorar que el licitador ofreciese incluir parados de larga duración.

Por otro, y frente al planteamiento anterior, el Tribunal ha reprobado el intento de emplear criterios regionales, de equilibrio territorial en favor de regiones desfavorecidas, en el ámbito de la contratación pública, por atentar contra las bases de la regulación comunitaria de la contratación pública (el caso de referencia aquí es la Sentencia de 20 de marzo de 1990 –Du Pont de Nemours Italiana SpA/Unitá Sanitaria Locale número 2 de Carrara–), ya que la desigualdad objetiva en la que se encontraban las empresas radicadas en la zona desfavorecida en cuestión, si se compara con la de las empresas que se sitúan en las zonas “ricas” del Estado (por muchos factores) no se puede solventar reservando una parte o proporción de los contratos que se pretenden adjudicar en el ejercicio económico a empresas radicadas en la zona, porque esa compartimentación del mercado es, radicalmente, contraria a los principios que rigen la contratación pública en el entorno de la Unión Europea.

Y, en tercer lugar, ha resuelto las discrepancias existentes en relación con la pertinencia de aplicar criterios medioambientales en la adjudicación de los contratos públicos. La Sentencia central en este ámbito, cuya doctrina se ha reiterado en otras ocasiones más, es la de 17 de septiembre de 2002 –Concordia Bus–. En ella se estableció que es plenamente admisible, siempre que se cumplan o respeten algunas condiciones, y en especial que las condiciones en cuestión se encuentren vinculadas con el objeto del contrato, que no atribuyan una libertad incondicional al poder adjudicador para la adjudicación del contrato, que se encuentren debidamente publicadas y anunciadas, y que no vulneren los principios generales del Derecho comunitario, en especial el de no discriminación. Esta doctrina ha sido reiterada en la Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (EVN AG), en la que se resuelve la cuestión prejudicial suscitada por el

Bundesvergabeamt (Austria) en la que el órgano proponente preguntó al Tribunal de Justicia si cabe, “en el concepto “oferta económicamente más ventajosa”, establecer criterios destinados a obtener ventajas que no son susceptibles de valoración económica objetiva inmediata, como los relacionados con la protección del medio ambiente”. La cuestión toma por base un concreto supuesto de hecho, conforme al cual se contempló, como criterio de adjudicación de un contrato de suministro de electricidad para todos los servicios de la Administración federal en el Land de Carintia (Austria) durante dos años, el de la “oferta económicamente más ventajosa según los criterios siguientes: incidencia de las prestaciones en el medio ambiente conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares”. El Tribunal de Justicia resolvió la cuestión invocando, precisamente, la Sentencia de 17 de septiembre de 2002 (Concordia Bus Finland), en la que señaló que “no todos los criterios de adjudicación deben contar con una naturaleza meramente económica. El Tribunal admitió que, en la oferta más ventajosa económicamente, se pueden tener en cuenta criterios ecológicos, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación (sentencia Concordia Bus Finland, antes citada, apartado 69)”. Con base en esta declaración, y respetando sus exigencias, se concluye que el Derecho comunitario no se opone al establecimiento de un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables. Por otro lado, se planteó una segunda cuestión, referida al margen de actuación con el que cuenta el poder adjudicador para establecer la relevancia de un criterio como éste. En el caso, se atribuyó el coeficiente del 45%. En sí mismo –sostiene el Tribunal– no es contrario al Derecho comunitario, atendiendo a distintos elementos de juicio que desgrana en la propia Sentencia. En primer lugar, señala que, según jurisprudencia reiterada, “la elección de la oferta económicamente más ventajosa deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, siempre que dichos criterios vayan dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente y no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a un licitador (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction; y Concordia Bus Finland)”, añadiendo que “dichos criterios deben aplicarse respetando tanto las normas de procedimiento como los principios fundamentales del Derecho comunitario”. Desde esta perspectiva, la conclusión es clara: “siempre que se respeten los preceptos del derecho comunitario, las entidades adjudicadoras tienen libertad no sólo para elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también para determinar la ponderación de tales criterios, cuando esta permita una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa”. En se-

gundo lugar, y atendiendo al criterio en cuestión, el Tribunal señaló que, como ya había declarado en la Sentencia de 13 de marzo de 2001 (Preusen Electra), “la utilización de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad es útil para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Comunidad Europea y sus Estados miembros se han comprometido a combatir”. Añade que la Directiva 2001/77 persigue la finalidad de favorecer, utilizando la pujanza de las fuerzas del mercado, un aumento de la contribución de las fuentes de energía renovables a la generación de electricidad en el mercado interior. Por ello, y en atención a la importancia del objetivo que se persigue, concluye señalando que “no parece que el atribuir a dicho criterio un coeficiente de ponderación del 45% obstaculice una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa”.

El resumen de los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia refleja, en mi criterio, con claridad lo que anticipaba. Por ello la selección del periodo temporal resulta ilustrativo y descriptivo del tiempo en que se construyó, jurisprudencialmente, el régimen de la utilización de la contratación pública para canalizar otras políticas transversales, que han seguido en lo sustancial las sucesivas Directivas.

IV. LAS REGLAS INCORPORADAS EN LA DIRECTIVA 2004/18/CE, DE 31 DE MARZO DE 2004, SOBRE COORDINACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS, DE SUMINISTROS Y DE SERVICIOS

La Directiva de 2004 no introdujo ya modificaciones sustanciales sobre el diseño anterior, sino adaptaciones o adecuaciones, ciertamente puntuales, tomando como base la construcción jurisprudencial. Al menos, en lo que afecta al ámbito social, en el que las referencias fueron limitadas. Se concentra sustancialmente en la regulación de las denominadas condiciones especiales de ejecución del contrato (en los términos del artículo 26, “los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental”). Aunque el protagonismo en las limitadas innovaciones, con respecto al modelo anterior de regulación, se concentró en el medioambiente; a él se aludió en la regulación de los criterios de adjudicación de los contratos (el artículo 53 reiteraba que los criterios de adjudicación eran el precio más bajo o la oferta económicamente más ventajosa, especificando que en éste caso se atenderá a “distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por

ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución” (la vinculación al objeto del contrato responde, como es claro, al criterio jurisprudencial al que ya he aludido); también en las condiciones especiales de ejecución a las que acabo de aludir; se incluyó una referencia explícita en la regulación de las denominadas especificaciones técnicas (el artículo 23.6 señaló que “cuando los poderes adjudicadores prescriban características medioambientales en términos de rendimientos o de exigencias funcionales, como las contempladas en la letra b) del apartado 3, podrán utilizar especificaciones detalladas o, en su caso, partes de éstas, tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas, (pluri)nacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica, siempre que: - sean apropiadas para definir las características de los suministros o de las prestaciones que sean objeto del contrato, - las exigencias de la etiqueta se desarrollen basándose en una información científica, - las etiquetas ecológicas se adopten mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, - y sean accesibles a todas las partes interesadas”). También se incluyó una regulación en materia medioambiental en relación a la capacidad técnica y profesional (artículo 50 en relación con el 48.2.f).

V. LA DIRECTIVA 2014/24/UE, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Esta Directiva, que deroga la de 2004, centra su atención en modificaciones de carácter más concreto o puntual sobre algunas de las reglas existentes, con la finalidad de incorporar algunos avances o algunos cambios de criterios derivados tanto de la experiencia adquirida, como de los criterios del Tribunal de Justicia, como en fin, de las nuevas regulaciones sectoriales. Según refleja en su Exposición de Motivos, los criterios en torno a los cuales se construye la regulación que incorpora son, por un lado, la utilización eficiente de los recursos públicos, y por otro lado la modernización de reglas vigentes, referidas en particular a las pequeñas y medianas empresas, a los objetivos sociales, a los derechos de las personas con discapacidad, así como a la tarea de aclarar determinados conceptos, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, y de incorporar la jurisprudencia.

Estos criterios generales concretan sus efectos en numerosas determinaciones específicas, salpicadas a lo largo de la Directiva, que enumero de forma meramente ejemplificativa y con un alcance general. Sobre algunas precisiones técnicas en la regulación del ámbito de aplicación (en particular, en las exclusiones *–in house–*) introduce algu-

nas modificaciones concretas en los procedimientos de selección de contratistas (manteniendo la aplicación general de los procedimientos abierto y restringido, se incluye la limitación de candidatos –art. 65–, se reforma el régimen del procedimiento negociado –licitación con negociación en el art. 29, negociado son publicidad en el 32– y manteniendo el diálogo competitivo –art. 30– se incorpora la asociación para la innovación –art. 31–), subrayando el interés por flexibilizar los procedimientos con negociación, la admisibilidad de variantes y los acuerdos marco. La regulación de la contratación electrónica se mantiene en lo sustancial (acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición, subasta electrónica, catálogos electrónicos, compra centralizada central de compras; podría destacarse la regulación de la contratación conjunta esporádica y la contratación con intervención de distintos Estados), como algunas de las reglas aplicables en punto a las especificaciones técnicas –art. 42–, etiquetas –art. 43– y publicidad –arts. 48 y ss.– anotando algunas modificaciones destacables en lo que afecta a las variantes y sobre todo a los lotes –art. 46– y a los plazos –art. 47–. En la línea anunciada en la propia Directiva, también se mantiene en lo sustancial la estructura general de la regulación de la capacidad para contratar (prohibiciones de contratar –art. 57–, habilitación para ejercer la actividad profesional, solvencia económico financiera, solvencia técnica y profesional, así como la regulación del documento europeo único de contratación) aunque destacando el interés por flexibilizar algunos de los requisitos, con algunas modificaciones. Sí debe destacarse la modificación incorporada en los criterios de adjudicación de los contratos, concretada en torno a la oferta económicamente más ventajosa (art. 67), de forma que sobre la base del precio o coste, y sin perjuicio de la regulación de las ofertas anormalmente bajas –art. 69– se aplica la relación coste-eficacia (por ejemplo, el coste del ciclo de la vida del producto: art. 68) o la mayor relación calidad-precio (que incluye criterios medioambientales –art. 97– y sociales). La Directiva mantiene la regulación de la subcontratación (art. 71) y la de la modificación del contrato (art. 72) que viene a suavizar un tanto el régimen más estricto establecido con anterioridad. La Directiva incorpora una inicial regulación de la rescisión del contrato (art. 73) y una previsión sobre la denominada gobernanza (art. 83) conforme a la cual deben imponerse reglas de ejecución y supervisión por parte de “autoridades, órganos o estructuras”.

Bien es cierto que la Directiva respalda decididamente por un lado el respaldo a las pequeñas y medianas empresas, y por otro los criterios sociales, en especial de la discapacidad, y medioambientales, en la regulación de la contratación pública.

VI. LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE Y LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD

Tal vez lo singular de la Ley de Contratos del Sector Público en este extremo es la explicación que emplea en la Exposición de Motivos, a la que aludía al inicio, donde

se afirma que se han introducido “sustanciales innovaciones”, añadiendo que una de las “principales novedades” consiste en “la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental”, así como la contemplación de las “exigencias de un “comercio justo” con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo”. Esta última referencia, concretada en el apartado 4 de la Disposición Adicional Sexta, puede considerarse como una novedad en nuestro Derecho positivo, a pesar de la aparente limitación de su protagonismo en el ámbito de la contratación pública y del alcance de la previsión legal, limitada a los casos de igualdad en las ofertas; pero la primera de ellas no parece, realmente, que constituya ni novedad ni innovación en nuestro Ordenamiento, no sólo porque en el listado enumerativo tenían cabida los criterios medioambientales, o porque en distintas normas sectoriales se encontraba previsto, sino también porque tal posibilidad contaba con respaldo explícito en el ámbito comunitario europeo, y en especial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

A pesar de tales declaraciones, en buena medida la regulación que contiene la nueva Ley de Contratos es claramente continuista con la legislación de contratos vigente; pretende incorporar las modificaciones establecidas en las Directivas de 2014, y aprovecha la ocasión para añadir algunas modificaciones concretas y puntuales que incluso se han ido explicitando a lo largo de la tramitación parlamentaria.

Es preciso subrayar que tanto en la Directiva como en la nueva Ley destaca un apoyo, relevante en relación a las regulaciones precedentes, al ámbito de la discapacidad en el mundo de la contratación pública. Se incluyen entre las previsiones de la Ley el respecto al menos las siguientes:

En la regulación de la capacidad de los empresarios para contratar con quienes se integran en el sector público se incluye una previsión conforme a la cual se incurre en causa de prohibición de contratar cuando se ha sido sancionado “con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente” (art. 71.1.b).

Se mantiene la regulación en materia de criterios de adjudicación en lo que a la discapacidad se refiere. La regla general es que los contratos se adjudican “utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”, añadiendo la Ley (art. 145.1) que “previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del

coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148”. Y en la determinación de la mejor relación calidad-precio se evaluará —establece el apartado 2 del mismo artículo— con arreglo a criterios económicos y cualitativos. En estos últimos pueden incluirse, entre otros, y en función de lo que determine el órgano de contratación, las características sociales del contrato (también, en una enumeración que no tiene carácter limitativo, sino meramente enunciativo, la calidad, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución, y el servicio postventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega) que pueden referirse, “entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, y en general la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción...”.

Se ha incluido en el artículo 147 una regla conforme a la cual los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos “criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas”. Entre dichos criterios se incluyen las proposiciones presentadas por empresas que, “al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa” y proposiciones presentadas por empresas de inserción.

En las reglas sobre la ejecución de los contratos se incluyen dos previsiones al respecto. Por un lado, aquella conforme a la cual los órganos de contratación “tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V” (artículo 201). Y por otro lado, en la regulación de las condiciones especiales de ejecución (que los órganos de contratación pueden establecer, en el sentido del artículo 145 de la Ley, aunque es obligatorio incluir al menos una en los pliegos) se especifica que “podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social” (art. 202). Y en este último ámbito las condiciones que se incluyan deben perseguir alguna de las finalidades que se re-

flejan en el extenso artículo 202.2, que identifica, entre otras muchas, “hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción...”.

VII. UNA CONSIDERACIÓN FINAL

Aunque no sea particularmente innovadora en este aspecto, la Ley de Contratos ha incluido las previsiones en materia de discapacidad que derivan de lo establecido en la Directiva de 2014. Sin duda, es una regulación de interés y relevante en la tarea de impulsar la protección y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de la contratación pública. Pero sin perjuicio de esta constatación la valoración de esta regulación no puede ser favorable, precisamente porque resulta poco ambiciosa, poco innovadora e incluso poco imaginativa para avanzar en la protección de los derechos de las personas con discapacidad y la materialización de políticas de integración efectivas. Si las previsiones son ciertamente limitadas (es realmente poco ambicioso incluir como condición especial de ejecución “hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención”, cuya significación y relevancia no es preciso subrayar ahora), y la búsqueda del adecuado equilibrio con los demás criterios medioambientales y sociales presenta evidentes dificultades, tal vez lo más relevante, en mi criterio, es la escasa fuerza vinculante de las medidas y previsiones que contempla, el amplio margen de disponibilidad en la apreciación e inclusión de determinaciones concretas que se atribuye a los órganos de contratación, y la evanescente regulación de acciones, y no sólo judiciales, que de forma efectiva contribuyan a materializar y a garantizar las determinaciones en materia de discapacidad, que sigue siendo, en este y en otros ámbitos, un reto pendiente de solventar.

Rafael de Asís Roig

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid



DE NUEVO SOBRE LOS AJUSTES RAZONABLES¹

SUMARIO: 1. Consideraciones generales sobre los ajustes. –2. La proyección de los ajustes en tres ámbitos. 2.1. Ajustes razonables y empleo. 2.2. Ajustes razonables y vivienda. 2.3. Ajustes razonables y educación.

Los ajustes razonables son uno de los instrumentos más relevantes del sistema de derechos de las personas con discapacidad. Por eso, el análisis de su significado y alcance resulta esencial. En estas páginas voy a volver sobre ello.

Partiré de dos textos referidos a los ajustes razonables. En primer lugar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), cuyo artículo 2 define los ajustes razonables como: “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 segundo lugar, la Ley general sobre los derechos de las

¹Trabajo realizado en el marco de los proyectos “Madrid sin barreras: discapacidad e inclusión social en la Comunidad de Madrid” (S2015/HUM-3330) financiado por la Comunidad de Madrid y “Diseño, accesibilidad y ajustes. El eje de los derechos de las personas con discapacidad” (DER2016-75164-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

personas con discapacidad y su inclusión social (LGDPD), para la que los ajustes razonables son: “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos” (art. 2,m.).

Se trata de dos definiciones muy similares que suelen ser citadas como equivalentes pero que se diferencian en un punto significativo: la relación de la accesibilidad con los ajustes. En efecto, la definición de la CDPD no hace referencia a la accesibilidad, que es, sin embargo, un punto crucial de la definición de la LGDPD. La construcción de los ajustes desde la Convención parece independizarse de la idea de accesibilidad. No en vano, en la Observación general N° 2 sobre el art. 9 (2014), el Comité de UN sobre derechos de las personas con discapacidad, afirmó: “La obligación de realizar ajustes razonables es una obligación *ex nunc*, lo que significa que estos son exigibles desde el momento en que una persona con una deficiencia los necesita en una determinada situación, por ejemplo, el lugar de trabajo o la escuela, para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones en un contexto particular. En este caso, las normas de accesibilidad pueden servir de indicador, pero no pueden considerarse obligatorias. Los ajustes razonables pueden utilizarse como medio para garantizar la accesibilidad a una persona con una discapacidad en una situación particular. Con la introducción de ajustes razonables se pretende hacer justicia individual en el sentido de garantizar la no discriminación o la igualdad, teniendo en cuenta la dignidad, la autonomía y las elecciones de la persona. Por lo tanto, una persona con una deficiencia rara puede solicitar ajustes que no estén comprendidos en el alcance de ninguna norma de accesibilidad”².

² En nuestro ámbito autonómico este problema está también presente. Así, en ocasiones, la normativa específica en términos de accesibilidad no hace referencia a los ajustes (es el caso, por ejemplo de la Ley 3/1998, de 24 de junio, de accesibilidad y supresión de barreras, de Castilla-León, o de la Ley 1/1994, de 24 de mayo, de accesibilidad y eliminación de barreras en Castilla-La Mancha). Sin embargo, en normativas más modernas y escritas dentro del discurso de los derechos, los ajustes se vinculan con la accesibilidad. Por ejemplo, la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, en su artículo 4 define la accesibilidad universal en los siguientes términos: “es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”. Y en el ámbito de la accesibilidad, el art. 3 de la Ley 13/2014, de 30 de octubre, de accesibilidad, de Cataluña, señala que los ajustes razonables son: “las medidas de adecuación físicas, sociales y actitudinales que, de forma eficaz y práctica y sin que conlleven una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o la participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos”.

Lo anterior pone de manifiesto que el concepto de ajuste razonable está lejos de ser claro. Y esta falta de claridad, sobre la que el propio Comité de Naciones Unidas antes citado se ha referido en reiteradas ocasiones (sirva de ejemplo su informe sobre España del año 2011), está presente en la doctrina, en las normas y en la jurisprudencia³.

Pues bien, dividiré mi trabajo en dos partes. En la primera llevaré a cabo unas consideraciones generales sobre los ajustes, en la segunda, me centraré en su proyección en tres ámbitos: el empleo, la vivienda y la educación.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS AJUSTES

Como es sabido, el origen de los ajustes razonables se encuentra en Estados Unidos (*Equal Employment Opportunity Act*, 1972) y Canadá (sentencia del Tribunal Supremo, Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears, de 1985), en el ámbito de las condiciones de trabajo y en relación con el derecho a la libertad religiosa.

En Europa será la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000, la que los defina como: “las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”⁴.

Como he señalado en otros lugares⁵, los ajustes razonables forman parte del eje de la accesibilidad y, por tanto, del marco general que configura el sistema de los derechos de las personas con discapacidad.

³ En este último campo puede servir de ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2014 de 22 de mayo, en cuyo fundamento jurídico 2º, al tratar el derecho de defensa de una persona con discapacidad psíquica durante la instrucción penal, se considera ajuste lo que en realidad es una medida de accesibilidad. Obviamente, la afirmación anterior se hace desde una determinada manera de entender los ajustes que trataré de justificar en estas breves reflexiones.

⁴ Otra de las definiciones más utilizadas la encontramos en el Informe Bouchard-Taylor sobre el Québec que lleva por título “Fonder L’avenir. Le temps de la conciliation, Commission de consultation sur les pratiques d’accommodement reliées aux différences culturelles. Québec, 2008”, donde se define como “el deber que, en virtud del derecho, incumbe a los gestores de instituciones y de organización públicas y privadas de evitar cualquier forma de discriminación tomando distintas medidas de armonización el aplicación de ciertas leyes y de ciertos reglamentos”.

⁵ Vid. De Asís, R., “El eje de la accesibilidad y sus límites”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, n. 1, 2016, pp. 51 y ss.

Lo que denomino como eje de la accesibilidad está compuesto por tres grandes proyecciones, el diseño universal, las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables, que se acompañan de otras dos instituciones como son los apoyos o asistencias y las acciones positivas⁶.

El diseño universal⁷ funciona como un principio general fuente de obligaciones específicas, las medidas de accesibilidad⁸ aparecen cuando el diseño universal no se satisface de manera justificada, y el ajuste razonable surge cuando está justificado que la accesibilidad no sea universal⁹.

Los apoyos poseen dos grandes significados. Por un lado está el que los conecta con el ejercicio de los derechos, y en este sentido se habla por ejemplo de los apoyos en el ámbito educativo (art. 73 y ss de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) o del empleo con apoyo (artículo 2.1 Real Decreto 870/2007 de 2 de julio). Por otro está el que los relaciona con el ejercicio de la capacidad y, en concreto, con la toma de decisiones (art. 12 CDPD). Se trata de instituciones que pueden aparecer como diseño universal, medidas de accesibilidad o como ajustes.

Las acciones positivas son medidas que diferencian a favor de un colectivo desfavorecido y protegido constitucionalmente contra la discriminación y que tienen como objetivo su igualdad material como grupo.

En España, el artículo 2,g) de la LGDPD las define como, “aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social,

⁶ Me he referido a esto recientemente en “El contenido del derecho a la accesibilidad universal: diseño, medidas, ajustes, apoyos, asistencia y acciones positivas”, Congreso Derecho y Discapacidad, Elche, en prensa.

⁷ La CDPD en su artículo 2 lo define como, “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado”. Ahora bien, la comprensión amplia de la accesibilidad subraya la condición de la universalidad. Así, el diseño universal se proyecta también sobre derechos.

⁸ No encontramos en la CDPD una definición de medida de accesibilidad. Pero la LGDPD se refiere a ellas en los artículos 63, 65 y 66. En todo caso se trata de actuaciones que tienden a corregir situaciones en las que el diseño universal no se ha satisfecho de manera justificada, esto es, porque no era posible. La medida de accesibilidad está dirigida a convertir el producto, entorno, programa, servicio y/o derechos en utilizable o ejercible.

⁹ Con carácter general, los ajustes razonables adquieren su significado cuando el bien de la accesibilidad no se puede satisfacer de manera universal, ya sea a través del diseño universal o de las medidas de accesibilidad, y se convierte así en un auténtico derecho destinado a remediar esa situación particular.

educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”. El artículo 67, referido ya directamente a las medidas de acción positiva, señala: “1. Los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva en beneficio de aquellas personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y niñas, quienes precisan de mayor apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada exclusión social, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural. 2. Asimismo, en el marco de la política oficial de protección a la familia, los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva respecto de las familias cuando alguno de sus miembros sea una persona con discapacidad”. De esta forma, es posible construir el diseño universal o las medidas de accesibilidad como acciones positivas.

En todo caso, la exigencia de accesibilidad, como cualquier derecho, posee una serie de límites que afectan a sus diferentes dimensiones. Así, es posible hablar de tres tipos de límites: (i) límites de lo necesario (tipo de bienes, productos o servicios sobre los que se proyecta la accesibilidad); (ii) límites de lo posible (situación del conocimiento científico, diversidad humana, carga, actitudinal); (iii) límites de lo razonable (ausencia de justificación de la accesibilidad al afectar a otros derechos y bienes o al constituir un coste desproporcionado).

Los límites de lo necesario vienen a justificar la ausencia de accesibilidad cuando se produce en ámbitos no relacionados con la vida independiente, la participación social y la igualdad de oportunidades. Ahora bien, es difícil encontrar un ámbito ajeno a estos tres referentes (incluyen lo privado y lo público, lo individual y lo social, la ausencia de discriminación). Y, en cualquier caso, estos límites no funcionan en la accesibilidad en derechos (y por tanto en lo referido a los apoyos y las asistencias).

Los límites de lo posible se proyectan básicamente sobre el diseño universal si bien también en las medidas de accesibilidad. Un primer sentido tiene que ver con el estado del conocimiento y la diversidad humana. El diseño para todos puede encontrar sus límites en el estado de la ciencia y la técnica y, también, en la posibilidad de conocer la diversidad humana (“ad impossibilia nemo tenetur”). Un segundo sentido, tiene que ver con actitudes y derechos. En este punto, la exigencia de lo posible se traduce en exigencia de razonabilidad. Un tercer sentido tiene que ver con las consecuencias. En este ámbito, la exigencia de lo posible se traduce en la exigencia de razonabilidad y esta en exigencia de proporcionalidad. Exige tener en cuenta cómo afecta el diseño a los derechos y cuál es su coste. Ahora bien, se trata de dos cuestiones que no pueden separarse, estando la segunda condicionada por la primera.

Los límites de la razonable se proyectan especialmente en los ajustes. La justificación del ajuste exige su razonabilidad en dos momentos. En el primero de ellos, lo razonable del ajuste radica en la existencia de una falta de accesibilidad justificada y por lo tanto no discriminatoria; en el segundo, lo razonable del ajuste radica en que no se traduce en una carga indebida o desproporcionada. En todo caso, la razonabilidad no puede ser una válvula de escape de la exigencia del diseño universal y convertirse en una estrategia que permita ocultar verdaderos casos de discriminación.

La delimitación de lo razonable en el campo jurídico, tiene que ver con la no discriminación, con el principio de proporcionalidad (que exige examinar si los bienes que se sacrifican con el ajuste pueden ser satisfechos con otras medidas o solo prohibiendo el ajuste, evaluar si hay medidas (ajustes) mejores, y comparar las ventajas y sacrificios de una u otra) y con la aceptabilidad. Ciertamente, los casos más complejos y que solo podrán ser resueltos en su singularidad, son aquellos en los que el ajuste choque con verdaderos derechos.

El art. 66,2 de la LGDPD, establece en este punto: “A efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. A este fin, las administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables. Las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el artículo 74, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda” (sistema de arbitraje contenido en el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre).

En relación con el argumento de los costes, conviene tener presente que estamos dentro del discurso de los derechos humanos. Y en este campo, la limitación de un derecho por su coste excesivo no es un argumento que pueda tener cabida, salvo que se demuestre que dicho coste daña de manera insostenible otros derechos. En este punto lo relevante no es el coste en sí sino la afectación al derecho. El discurso de los derechos, que asume la inexistencia de derechos absolutos, exige que la limitación de los derechos se haga dentro del marco ético en el que estos se mueven y, por tanto, utilizando razones y argumentos apoyados en derechos o en bienes de igual valor. El discurso sobre los límites debe ser así especialmente sensible al logro de una vida humana digna y a la consideración de que el principal fin de los derechos es, precisamente, el de la lucha contra las barreras y obstáculos que impiden la satisfacción de ciertos bienes considerados de especial valía.

Ciertamente, en el contexto español, el establecimiento de un techo de gasto público (art. 135 de la Constitución), es un argumento a tener en cuenta que nos lleva no tanto a concluir que hay derechos que no pueden ser satisfechos por cuestiones económicas, sino más bien que hay decisiones, elecciones o prioridades con proyección económica que limitan los derechos.

El incumplimiento injustificado de los ajustes razonables supone una auténtica discriminación. No en vano, al art. 5,3 de la CDPD señala: “A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”. Por su parte, el artículo 63 de la LGDPD, establece: “Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas”¹⁰. Este incumplimiento es considerado como una infracción grave por la normativa estatal y autonómica.

La institución de los ajustes razonables presenta dos problemas. Uno de ellos tiene que ver con su exigibilidad y el otro con su proyección. Así, desde el punto de vista de su exigibilidad, al hacerse referencia en su propia definición a la posibilidad de verse limitado cuando suponga una carga desproporcionada, parece que nos encontramos con una exigencia susceptible de ser dejada a un lado fácilmente. Seguramente esta sea la razón por la que, normalmente, el ajuste es una estrategia que no suele ser utilizada ni ensalzada por las organizaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, no tiene por qué ser así. Tomarse el ajuste en serio y situarlo dentro del discurso de los derechos humanos, no tiene esa consecuencia. Todo derecho está limitado y esto vale para la accesibilidad y para el ajuste. Ahora bien, los límites en ambos casos están en otros derechos.

Y en relación con su proyección, como he destacado, el ajuste es una medida que tiene una proyección en una persona y en un caso particular. Sin embargo, en ocasiones, se considera ajuste aquello que sirve para un colectivo en general o para una caso particular con independencia que esté destinado a una o varias personas¹¹. Por eso, una correcta definición del ajuste implica ponerlo en relación con una persona individual¹².

¹⁰ Vid. la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2018, de 22 de enero de 2018, fundamento jurídico 5.

¹¹ Esto es lo que ocurre con las referencias a los ajustes en la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía.

¹² Como se hace, por ejemplo, en la Ley 13/2014, de 30 de octubre, de accesibilidad, de Cataluña, en la Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de accesibilidad, de Galicia o en la Ley 8/2017, de 3 de agosto, de accesibilidad universal de las Illes Balears.

2. LA PROYECCIÓN DE LOS AJUSTES EN TRES ÁMBITOS

Una vez descrito el sentido general de los ajustes razonables, voy a referirme a su proyección en tres campos distintos: el empleo, la vivienda y la educación. Se trata de tres ámbitos importantes en la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad.

2.1. Ajustes razonables y empleo

La CDPD reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, a un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles. Así, el artículo 27 de la CDPD se refiere a la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo.

Pues bien, nuestra LGDPD, en su artículo 40,2 establece: “Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. De esta forma, es posible hacer referencia a una obligación de los empresarios que conlleva la existencia de un derecho de las personas con discapacidad a la realización de ajustes razonables en el ámbito del empleo. Este derecho, desde el significado de los ajustes que hemos venido señalando, puede extenderse también a los familiares de las personas con discapacidad. Los objetivos del ajuste razonable en el empleo son tres: (i) acceder al empleo; (ii) ejercer el empleo; (iii) formarse y progresar en el empleo.

Esta obligación y este derecho son mas fuertes en el ámbito del empleo público. Así, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), en su artículo 59,2 dispone: “Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”. De esta forma, el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, se refiere en su artículo 8 a las adaptaciones y ajustes razonables en selección y formación¹³, y en su artículo 10 a las adaptaciones de puestos¹⁴.

¹³“1. En las pruebas selectivas, incluyendo los cursos de formación o períodos de prácticas, se establecerán para las personas con discapacidad con grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento que lo soli-

En todo caso, en el ámbito del empleo no siempre está claro el concepto y alcance de los ajustes. Así por ejemplo, en ocasiones tiende a verse la institución del empleo con apoyo como un ejemplo de ajuste razonable (si bien también podrían ser contempladas como medidas de accesibilidad). Como es sabido, el empleo con apoyo, recogido en el artículo 41 de la LGDPD, aparece definido en el artículo 2,1 del Real Decreto 870/2007, donde se concibe como: “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñen puestos equivalentes”. Y se entiende por personas con especiales dificultades de inserción laboral a las personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100; a las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100; y a las personas sordas y con discapacidad auditiva con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100.

Por otro lado, como hemos visto, la construcción de los ajustes de la CDPD se desenvuelve en el ámbito de la no discriminación. Sin embargo, en ocasiones se incluyen en la idea de los ajustes medidas preventivas relacionadas con la previsión de riesgos laborales. Así, nuestra Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos La-

citen las adaptaciones y los ajustes razonables necesarios de tiempo y medios para su realización... 3. La adaptación de tiempos consiste en la concesión de un tiempo adicional para la realización de los ejercicios... 4. La adaptación de medios y los ajustes razonables consisten en la puesta a disposición del aspirante de los medios materiales y humanos, de las asistencias y apoyos y de las ayudas técnicas y/o tecnologías asistidas que precise para la realización de las pruebas en las que participe, así como en la garantía de la accesibilidad de la información y la comunicación de los procesos y la del recinto o espacio físico donde estas se desarrollen. 5. A efectos de valorar la procedencia de la concesión de las adaptaciones solicitadas, se solicitará al candidato el correspondiente certificado o información adicional. La adaptación no se otorgará de forma automática, sino únicamente en aquellos casos en que la discapacidad guarde relación directa con la prueba a realizar”.

¹⁴ “1. En las solicitudes de adjudicación de destino correspondientes a pruebas de nuevo ingreso o promoción interna y en las de participación en procesos de provisión, los empleados públicos con discapacidad podrán pedir la adaptación del puesto o de los puestos de trabajo correspondientes. A la solicitud se deberá acompañar un informe expedido por el órgano competente en la materia, que acredite la procedencia de la adaptación y la compatibilidad con el desempeño de las funciones que tenga atribuido el puesto o los puestos solicitados. En cualquier caso, la compatibilidad con el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo se valorará teniendo en cuenta las adaptaciones que se puedan realizar en él. 2. El ministerio u organismo al que esté adscrito el puesto de trabajo será el encargado de la valoración, la realización y la financiación de las adaptaciones necesarias para la incorporación del empleado discapacitado, sin perjuicio de las subvenciones u otro tipo de ayudas que se puedan aplicar a esta finalidad”.

borales, en su artículo 25, referido a la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, dice: “1. El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de estas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

En lo que atañe al incumplimiento de los ajustes razonables en el ámbito del empleo, la Disposición Adicional séptima de la LGDPD establece: “Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”. Así, estas infracciones no se rigen por lo señalado en la LGDPD sino por la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, cuyo artículo 8,1,2 considera como infracciones muy graves: “Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”¹⁵.

¹⁵ Por su parte, el artículo 13,2, también considera como infracción muy grave: “La adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquellos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”.

En todo caso, dos son los grandes problemas que acompañan a los ajustes razonables en el ámbito del empleo. El primero tiene que ver con la determinación de las medidas que pueden ser consideradas como ajuste (las medidas adecuadas); el segundo con los límites de la obligación de realizarlos.

Es difícil determinar el conjunto de medidas que se pueden considerar como adecuadas. No obstante, encontramos ejemplos de ellas en el considerando 20 de la Directiva 2000/78: “[...] medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”.

Por lo que se refiere a los límites, el artículo 66,2 de la LGDPD, como ya se apuntó, señala: “A efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. A este fin, las administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables. Las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el artículo 74, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda”¹⁶. Y en el artículo 40,2 del mismo cuerpo normativo, se dice: “Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”.

Pero no se trata de los únicos problemas que nos encontramos en relación con los ajustes. Así no está claro si el incumplimiento incluye la omisión empresarial o exige una denegación expresa, tampoco como superar el problema del manejo de la información médica y los datos sensibles, o la importancia de los ajustes en la discapacidad sobrevenida (ineptitud sobrevenida)...¹⁷.

¹⁶ Ahora bien, conviene subrayar que el sistema de arbitraje del Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, no sirve para el ámbito laboral.

¹⁷ En este tema, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016), establece que en las extinciones por ineptitud sobrevenida, su calificación de nulidad por vulneración del derecho a la no discriminación exigirá la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables.

2.2. Ajustes razonables y vivienda

Uno de los campos en donde la accesibilidad desempeña tradicionalmente un papel fundamental es el arquitectónico y, más concretamente, el de la vivienda. En este ámbito, la accesibilidad se proyecta tanto en las nuevas construcciones cuanto en la adaptación de lo existente. De alguna manera, en este punto tiene mucho sentido la diferenciación que hacíamos al comienzo entre diseño universal y medidas de accesibilidad. Ahora bien, como inmediatamente veremos, los ajustes razonables tienen igualmente una importante presencia.

Comenzaré describiendo de manera genérica la regulación sobre la accesibilidad en el ámbito arquitectónico señalando algunas de las normas que se refiere a ella. Para ello, partiré de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que en su artículo 3, referido a los requisitos básicos de la edificación, señala: “1. Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes: a) Relativos a la funcionalidad: a.2) Accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica”. Como puede verse, se está manteniendo una idea de accesibilidad como diseño universal (en lo nuevo) y medidas de accesibilidad (en lo ya construido), lo que puede comprobarse si nos fijamos en el Código Técnico de la Edificación.

El Código Técnico de la Edificación es el marco normativo que establece las exigencias que deben cumplir los edificios en relación con los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad establecidos en la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. El Código Técnico se publicó finalmente mediante el Real Decreto 314/2006 de 17 de marzo. Más tarde, el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, modificó el Código Técnico de la Edificación en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad.

Pues bien, el artículo 12 del Código Técnico de la Edificación, establece las exigencias básicas de seguridad de utilización y accesibilidad (SUA), señalando: “1. El objetivo del requisito básico “Seguridad de Utilización y Accesibilidad” consiste en reducir a límites aceptables el riesgo de que los usuarios sufran daños inmediatos en el uso previsto de los edificios, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento, así como en facilitar el acceso y la utilización no discriminatoria, independiente y segura de los mismos a las personas con discapacidad. 2. Para satisfacer este objetivo, los edificios se proyectarán, construirán, mantendrán

y utilizarán de forma que se cumplan las exigencias básicas que se establecen en los apartados siguientes. 3. El Documento Básico “DB-SUA Seguridad de Utilización y Accesibilidad” especifica parámetros objetivos y procedimientos cuyo cumplimiento asegura la satisfacción de las exigencias básicas y la superación de los niveles mínimos de calidad propios del requisito básico de seguridad de utilización y accesibilidad”.

En el artículo 12.9, se afirma como exigencia básica SUA 9 (Accesibilidad): “Se facilitará el acceso y la utilización no discriminatoria, independiente y segura de los edificios a las personas con discapacidad.

Por su parte, el Documento Básico SUA Seguridad de Utilización y Accesibilidad, se refiere a las condiciones de accesibilidad con los siguientes términos: “Con el fin de facilitar el acceso y la utilización no discriminatoria, independiente y segura de los edificios a las personas con discapacidad se cumplirán las condiciones funcionales y de dotación de elementos accesibles que se establecen a continuación”.

Por último, el Documento de Apoyo al Documento Básico DB-SUA Seguridad de Utilización y Accesibilidad (Código Técnico de la Edificación. DA DB-SUA / 2. Adecuación efectiva de las condiciones de accesibilidad en edificios existentes. 26 Diciembre 2017), se refiere a la adecuación efectiva de las condiciones de accesibilidad en edificios existentes, señalando: “El objeto de este documento es proporcionar criterios de flexibilidad para la adecuación efectiva de los edificios y establecimientos existentes a las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad”.

De nuevo, encontramos así, la accesibilidad universal en sus dos proyecciones de diseño universal y de medidas de accesibilidad, siendo crucial en estas últimas la obligación de adecuación efectiva de las condiciones de accesibilidad.

Es importante destacar que en este ámbito, la accesibilidad universal tiene sus límites. Así, el art. 2.3 del Código Técnico de Edificación señala: “Cuando la aplicación del Código Técnico de la Edificación no sea urbanística, técnica o económicamente viable o, en su caso, sea incompatible con la naturaleza de la intervención o con el grado de protección del edificio, se podrán aplicar, bajo el criterio y responsabilidad del proyectista o, en su caso, del técnico que suscriba la memoria, aquellas soluciones que permitan el mayor grado posible de adecuación efectiva”.

Este artículo del CTE alude a límites urbanísticos, técnicos y económicos de la accesibilidad. Los dos primeros no plantean problema para los límites generales a los que me referí antes, pero otra cosa ocurre con el tercero. Los límites urbanísticos pue-

den tener que ver con tipos de edificios y su protección, cuestión que puede relacionarse con los límites en otros derechos o bienes. Los límites técnicos tienen que ver con lo posible o con el estado de la ciencia. En cambio, los límites económicos poseen un encaje difícil tal y como destacó.

Centrándonos en la cuestión de los ajustes, su definición en este ámbito la encontramos en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Así, en el artículo 2,5, de esta Ley se dice que los ajustes razonables son: “las medidas de adecuación de un edificio para facilitar la accesibilidad universal de forma eficaz, segura y práctica, y sin que supongan una carga desproporcionada. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que su no adopción podría representar, la estructura y características de la persona o entidad que haya de ponerla en práctica y la posibilidad que tengan aquéllas de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. Se entenderá que la carga es desproporcionada, en los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, cuando el coste de las obras repercutido anualmente, y descontando las ayudas públicas a las que se pueda tener derecho, exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes”. Como puede observarse, la definición conecta los ajustes con la accesibilidad universal, y parece abandonar la nota de la particularidad, con lo que se acerca más a la medida de accesibilidad que a los ajustes.

Algo parecido ocurre con la regulación de esta cuestión presente en la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal. En el artículo 10,1 de esta norma, se dice: “Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengan impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones: a) Los trabajos y las obras que resulten necesarias para el adecuado mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble y de sus servicios e instalaciones comunes, incluyendo en todo caso, las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal, así como las condiciones de ornato y cualesquiera otras derivadas de la imposición, por parte de la Administración, del deber legal de conservación”¹⁸. Y continúa: “b) Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en

¹⁸No obstante, nuestro Tribunal Supremo, ha interpretado esta disposición exigiendo, para que la Comunidad abone cantidad alguna, un requerimiento previo al Secretario-Administrador o al Presidente de la Comunidad por parte del comunero que haya realizado unilateralmente obras en zonas comunes. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 febrero 2016, Rec. 2904/2013.

materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido”¹⁹.

Como puede observarse, las tres grandes proyecciones de la accesibilidad universal aparecen también en el ámbito de la vivienda, si bien, resulta difícil diferenciar entre la adecuación efectiva de las condiciones de accesibilidad de edificios existentes (que se equipara a lo que hemos descrito como medidas de accesibilidad) y los ajustes razonables. En muchas ocasiones, por ejemplo, la instalación de un ascensor se considera como un ajuste razonable, cuando en realidad se trata de una medida de accesibilidad. Y lo mismo ocurre cuando se hace referencia a soluciones alternativas en los casos en los que la accesibilidad no es posible. Así, en los criterios generales de aplicación, del Documento Básico SUA, Seguridad de utilización y accesibilidad, puede leerse: “Cuando la aplicación de las condiciones de este DB en obras en edificios existentes no sea técnica o económicamente viable o, en su caso, sea incompatible con su grado de protección, se podrán aplicar aquellas soluciones alternativas que permitan la mayor adecuación posible a dichas condiciones”. Pues bien, estas soluciones alternativas suelen ser entendidas como ajustes...

2.3. Ajustes razonables y educación

El análisis de los ajustes razonables en el ámbito educativo lo realizaré partiendo de unas breves consideraciones sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad. En este sentido, es necesario citar el artículo 26,1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el que puede leerse: “ Toda persona tiene derecho a la

¹⁹ En la Sentencia 92/2017 de 8 de marzo de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección 20. Orden Civil. Entiende la instalación de un ascensor como ajuste. Y niega que se instale por el coste que supone para los comuneros (era una necesidad que demandaban unas personas mayores de 70 años). Por su parte en la Sentencia 284/2017 de 16 de junio. Audiencia Provincial de Madrid. Sección 10. Orden civil. No se sabe muy bien si se entiende como ajuste o accesibilidad. Pero en este caso se considera obligatoria la instalación.

educación”. Por su parte, nuestra Constitución, en su artículo 27 dice: “Todos tienen derecho a la educación”. En este sentido, el acceso a la educación es un derecho humano universal estando su disfrute condicionado por la comprensión de la educación.

El discurso de los derechos humanos propugna un modelo de educación dirigido al pleno desarrollo de la personalidad. Así, el artículo 26,2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos...”. En sentido parecido, el artículo 29 de la Convención de Derechos del Niño, establece como fines de la educación: “a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales... d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”. Finalmente, nuestra Constitución, en su artículo 27,2 establece: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

Este modelo educativo que propugna el discurso de los derechos humanos, es un modelo inclusivo en el que la diversidad ocupa un lugar central procurando desarrollar todo el potencial de cada persona. El artículo 24,1 de la CDPD se expresa en ese sentido afirmando: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida...”.

De esta forma, la accesibilidad universal desempeña un papel fundamental en el campo de la educación y, consecuentemente, el diseño universal, las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables. Así, el artículo 24,2 de la CDPD afirma: “Los Estados partes, en materia de Educación, asegurarán que:... c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva; e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión”. La LGDPD va a hacer referencia en este punto a los ajustes razonables, si bien lo hace incorporando otra medida, presente en el sistema de derechos de las personas con discapacidad: los apoyos.

En efecto, el artículo 18 de la LGDPD, se refiere al contenido de la educación afirmando: “1. Las personas con discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás. 2. Corresponde a las administraciones educativas asegurar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles educativos así como la enseñanza a lo largo de la vida y garantizar un puesto escolar a los alumnos con discapacidad en la educación básica, prestando atención a la diversidad de necesidades educativas del alumnado con discapacidad, mediante la regulación de apoyos y ajustes razonables para la atención de quienes precisen una atención especial de aprendizaje o de inclusión”²⁰.

Pues bien, la normativa española en materia de educación aborda la discapacidad desde la perspectiva de las necesidades educativas especiales. El artículo 73 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación afirma: “Se entiende por alumnado que presenta necesidades educativas especiales, aquel que requiera, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta”. Por su parte, el artículo 71,2 de esa misma norma señala: “Corresponde a las Administraciones educativas asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, TDAH, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado”. Y en el mismo sentido, el artículo 72 afirma: “Los centros contarán con la debida organización escolar y realizarán las adaptaciones y diversificaciones curriculares precisas para facilitar a todo el alumnado la consecución de los fines establecidos”. Estas adaptaciones, apoyos y atenciones, se van especificando en los distintos niveles educativos.

Así, en la Educación Infantil, el Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación infantil, establece que los centros educativos “adoptarán las medidas oportunas dirigidas al alumnado que presente necesidad específica de apoyo educativo” (art. 8,3), y “atenderán a los niños y niñas que presenten necesidades educativas especiales buscando la respuesta educativa que mejor se adapte a sus características y necesidades personales” (art. 8,4).

²⁰ La importancia de los ajustes en el ámbito educativo ha sido recalcada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 10/2014, de 27 de enero.

En el campo de la Educación Primaria, Secundaria y Bachillerato, se afirma con carácter general que “Las Administraciones educativas establecerán las condiciones de accesibilidad y recursos de apoyo que favorezcan el acceso al currículo del alumnado con necesidades educativas especiales y adaptarán los instrumentos, y en su caso, los tiempos y apoyos que aseguren una correcta evaluación de este alumnado. Las Administraciones educativas, con el fin de facilitar la accesibilidad al currículo, establecerán los procedimientos oportunos cuando sea necesario realizar adaptaciones significativas de los elementos del currículo, a fin de atender al alumnado con necesidades educativas especiales que las precise. Dichas adaptaciones se realizarán buscando el máximo desarrollo posible de las competencias básicas; la evaluación continua y la promoción tomarán como referente los elementos fijados en dichas adaptaciones” (art. 14,3 del Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, por el que se establece el currículo básico de la Educación Primaria, y art. 9 del Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato)²¹.

De manera más concreta, en la Educación Secundaria, el art. 16 del Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato, establece: “1. Corresponde a las Administraciones educativas regular las medidas de atención a la diversidad, organizativas y curriculares, incluidas las medidas de atención al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo, que permitan a los centros, en el ejercicio de su autonomía, una organización flexible de las enseñanzas. 2. Entre las medidas indicadas en el apartado anterior se contemplarán las adaptaciones del currículo, la integración de materias en ámbitos, los agrupamientos flexibles, el apoyo en grupos ordinarios, los desdoblamientos de grupos, la oferta de materias específicas, los Programas de Mejora del Aprendizaje y el Rendimiento y otros programas de tratamiento personalizado para el alumnado con necesidad específica de apoyo educativo”. Y en lo referido al Bachillerato, el art. 29,3 de esta misma norma afirma: “En la organización de los estudios de Bachillerato se prestará especial atención a los alumnos y alumnas con necesidad específica de apoyo educativo. En este sentido, corresponde a las Administraciones educativas establecer las condiciones de accesibilidad y diseño universal y los recursos de apoyo que favorezcan el acceso al currículo del alumnado con necesidades educativas especiales, y adaptar los instrumentos y en su caso los tiempos y apoyos que aseguren una correcta evaluación de este alumnado”.

²¹ Ahora bien en el ámbito de la Educación Secundaria y Bachillerato, se subraya que “los alumnos con adaptaciones curriculares significativas deberán superar la evaluación final para poder obtener el título correspondiente” (Art. 9 del Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato).

En el ámbito de la educación, al igual que lo que ocurre en otros ámbitos, existe falta de claridad a la hora de diferenciar lo que son ajustes y lo que pueden entenderse como medidas de accesibilidad, que en este ámbito se acrecienta con la presencia de los apoyos.

Así, aunque para algunos los apoyos son medidas asimilables a los ajustes, es importante subrayar que los apoyos pueden presentarse en las diferentes proyecciones de la idea de accesibilidad.

Como he señalado en otro lugar, apoyos y asistencia pueden ser tratados de manera conjunta poseyendo tres proyecciones: a) la del ejercicio de los derechos; b) la de la toma de decisiones; y, c) la de las actividades básicas (o fundamentales) de la vida diaria. Y estas tres proyecciones o significados de los apoyos y la asistencia están presentes en el eje de la accesibilidad y en sus tres grandes momentos. Y es que dentro de los apoyos y la asistencia es posible diferenciar una proyección que podemos denominar previa (que tiene lugar cuando se crea el producto, el entorno, el servicio o el derecho), en donde tienen cabida el diseño; una proyección posterior (cuando el diseño falla de forma justificada), en donde tienen cabida las medidas de accesibilidad (de ámbito general); y una proyección última (cuando las medidas de accesibilidad fallan de forma justificada), de ámbito particular, en donde entran en juego los ajustes.

Juan Rodríguez Zapatero
Abogado

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA: EVOLUCIÓN. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017

SUMARIO: 1. Introducción: el derecho a la educación inclusiva como un derecho fundamental. –2. Pronunciamientos judiciales anteriores a la sentencia del TC de 27 de enero de 2014. –3. La sentencia del TC de 27 de enero de 2014. –4. Las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia posteriores a la sentencia del Tribunal Constitucional. –5. La trascendente sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017.

1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho a la educación es constitucionalmente un derecho de todos. Así lo proclama nuestra Constitución, cuando en su artículo 27 comienza diciendo que “todos tienen el derecho a la educación”. Y cuando el mismo texto constitucional, en su artículo 14, reconoce el derecho de todos los españoles a la igualdad y a no sufrir discriminación, por ninguna circunstancia personal o social.

Desde esta perspectiva, el derecho a la educación inclusiva es el derecho a la educación sin más adjetivos. El derecho de todos a acceder y permanecer en el sistema educativo ordinario en condiciones de igualdad y a no sufrir discriminación, tampoco por razón de discapacidad.

Desde hace tiempo se han regulado normativamente los derechos de las personas con discapacidad en nuestro país. Así –entre otras disposiciones–, y como normativa general, cabe mencionar la Ley 13/1982 de integración social de los minusválidos (LISMI), la Ley 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (LIUNDAO); o la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de atención a las personas en situación de dependencia, por citar algunas de las más relevantes.

En el ámbito de la educación, ya la Ley Orgánica 8/1985 de 3 de junio del derecho a la educación, se refería a aquellos alumnos que presentan “necesidades educativas especiales”, concepto que aparece por primera vez a través de este texto normativo en nuestro ordenamiento jurídico. Y que continúa en la Ley Orgánica 1/1990 (LOGSE) y en la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de educación, en las cuales se alude a la equidad, a la igualdad de oportunidades, a la inclusión educativa y a la no discriminación. Y más recientemente, cabe mencionar el Real Decreto Legislativo 21/2013 de 21 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, a las que reconoce “el derecho a una educación inclusiva, en equidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás”.

A todo ello hay que añadir que existe una profusión normativa sobre el derecho a la educación inclusiva a través de las distintas Leyes y normativas de las Comunidades Autónomas, en todas las cuales se alude sistemáticamente a inclusión educativa, a equidad y a igualdad de oportunidades. Se hace necesario y urgente la aprobación de una Ley básica e integral sobre la educación inclusiva. La actual situación normativa es de una profusión y complejidad enorme y con distintas modalidades de escolarización en las Comunidades Autónomas. Ello no tiene sentido, ni es acorde con lo que debe ser la regulación como norma básica de un derecho fundamental, ya que ello incide en la seguridad jurídica y en el principio de igualdad.

El derecho a la educación inclusiva está plenamente reconocido en el ordenamiento jurídico español, a nivel normativo.

Cuestión diferente es la aplicación práctica y la realidad de la educación inclusiva en nuestro país, que aunque no sea objeto de análisis en este trabajo, está aún distante de poderse afirmar que la efectividad de la inclusión educativa se produce como norma general. Queda un camino significativo por recorrer para lograr que este derecho fundamental sea efectivo y se generalice su aplicación en centros escolares y en las decisiones de las Administraciones. Los padres que tienen hijos con discapacidad, son los mejores testigos de ello.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España y en vigor desde el 3 de mayo de 2008), significó un hito histórico trascendente en cuanto que enmarca la discapacidad desde la óptica de los derechos fundamentales. Sin embargo, no es aún una norma asumida plenamente, ni por los poderes públicos ni en muchos casos por los propios Tribunales de Justicia en sus interpretaciones.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación a la normativa de la Convención, que modificó diferentes Leyes, no efectuó esa adaptación en cuanto a las Leyes educativas.

Pues bien, pese a esa profusión normativa, sorprendentemente, hasta fechas bien recientes, no se había pronunciado ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo sobre esta materia de una forma completa, que definiese el derecho a la educación inclusiva, su contenido, su alcance y las obligaciones y mandatos de las Administraciones Educativas.

En razón a ello, parece oportuno y necesario efectuar un pequeño bosquejo de la evolución de la doctrina jurisprudencial en este ámbito de la educación inclusiva.

2. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES ANTERIORES A LA SENTENCIA DEL TC DE 27 DE ENERO DE 2014

De una forma esquemática, podemos hablar de una primera etapa en la evolución jurisprudencial, que se concretaría en los pronunciamientos jurisprudenciales, en la que aún no había una doctrina ni del Tribunal Constitucional ni del Tribunal Supremo.

No obstante, deben mencionarse algunos pronunciamientos jurisprudenciales de relevancia, como la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2009, que aplicó la Convención para conceder el derecho a una beca a una persona con discapacidad. Y la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 (RJ 2011/4100), que en un procedimiento de derechos fundamentales, consideró vulnerado el derecho a la educación por parte de la Administración Educativa, en relación con el derecho a la igualdad, porque un aula de un Colegio Público no estaba provista de los recursos y medios requeridos para atender a niños con trastornos del espectro autista, a los que la sentencia señala que “ciertamente, es singular la situación de los niños con TEA. Por presentarlo se encuentra en una posición de desigualdad de partida, que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones Educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares”.

Si el análisis lo situamos en las sentencias dictadas por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, las notas que caracterizan este conjunto de sentencias serían las siguientes:

- La mayor parte de dichas sentencias, aun cuando muchas de ellas están dictadas en procedimientos especiales de protección de los derechos fundamentales, no enfocan el derecho a la educación inclusiva desde la perspectiva constitucional de tal derecho, sino que analizan los actos administrativos objeto de revisión, en el sentido de si son conformes o no a la legalidad ordinaria.
- En estas sentencias, se insiste en que el derecho a la educación no es incondicionado ni absoluto y se pone el acento más en los límites y en las limitaciones de carácter económico y presupuestario (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de noviembre de 1998 -RJ 1998/4763-, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 8 de febrero de 2011 -JUR 2012/386339- o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 26 de octubre de 2012, que expresamente dice que el derecho a la educación inclusiva no es un derecho absoluto).
- Otro elemento a destacar es que en muchos casos se desestiman los recursos en los que se ha invocado el derecho a la igualdad en la educación, con base en que no se aportó prueba de trato discriminatorio o desigual respecto de otras circunstancias idénticas. Es decir, el parámetro de comparación según estas sentencias no ha de ser con respecto al resto de personas que no tienen discapacidad (sus iguales), sino con respecto a otros alumnos que también tengan discapacidad (en este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 de marzo de 2013). En el mismo sentido cabe citar las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de septiembre de 1998 -JCA 1998/4763- y de 28 de agosto de 2001 -RJCA 2001/1111-.
- Los dictámenes de escolarización e informes psicopedagógicos, constituyen el elemento fundamental en el que se basan los pronunciamientos y fallos de las sentencias, que dan un valor prevalente a los mismos. Incluso, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de abril de 2002 (JUR 2002/206601), las pruebas aportadas por los padres “que merecen la debida consideración, pero en modo alguno pueden servir para enervar los informes, evaluaciones y dictámenes emitidos por los organismos llamados por la Ley a efectuarlo”. En el mismo sentido, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 20 de marzo de 2009 (JUR 2009/234141), de 13 de mayo de 2011 (JUR 2011/293990) y de 22 de marzo de 2013, entre otras.

3. LA SENTENCIA DEL TC DE 27 DE ENERO DE 2014

El Tribunal Constitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de enero de 2014 (RTC 2014/10), se pronunció de manera específica sobre este derecho fundamental, por primera vez.

Esta sentencia recayó en un supuesto de la escolarización de un menor, que presentaba un grado de autismo y que también fue excluido del sistema ordinario. El Tribunal Constitucional no concedió el amparo (el Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso y dos Magistrados efectuaron votos particulares), en razón a que en ese caso los informes habrían justificado la escolarización del menor en un centro de educación especial.

La sentencia enmarca el derecho a la educación de las personas con discapacidad como un derecho fundamental, toda vez que cita expresamente los artículos 27 y 14 de la CE y concede especial relevancia a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El TC, en esta sentencia, analiza la normativa reguladora del derecho a la educación de las personas con discapacidad, y declara que:

“De la normativa anterior se desprende, como principio general que la educación debe ser inclusiva, es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. En definitiva, la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y tan sólo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial. En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, en los términos que hemos expuesto anteriormente, dicha Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario”.

Es decir, el TC en esta sentencia deja claro que la educación ha de ser inclusiva y que ello es la norma general, de tal manera que siendo la excepción la escolarización en centros de educación especial y justamente porque están en juego derechos fundamentales, se exige una motivación que acredite que sea inviable la integración del menor con discapacidad en un centro ordinario.

4. LAS SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA POSTERIORES A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los pronunciamientos del TC –anteriormente analizados– supusieron un giro significativo, en la medida en que los pronunciamientos jurisprudenciales posteriores a aquella sentencia, por parte de Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, siguieron los principios de la doctrina constitucional, si bien hay que señalar que introdujeron en muchos casos otras consideraciones y exigencias de motivación de indudable trascendencia.

El conjunto de esta doctrina se concreta en las sentencias siguientes:

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de noviembre de 2015 (JUR 2015\303775), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 1 febrero de 2016 (JUR 2016\65981), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 21 de julio de 2016 (recurso de derechos fundamentales 199/2015), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de noviembre de 2016; y sentencias del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 14 de junio de 2017 (JUR 2017\199323) y de 25 de enero de 2018 (sentencia nº 19/2018).

En alguna de ellas –como por ejemplo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2016–, se pone también el acento en el aspecto socializador que los centros ordinarios suponen y cuando además, no se había acreditado que la escolarización del menor en un centro educativo ordinario, supusiese una carga desproporcionada para la Administración, señalando ya que solamente cabe optar por una escolarización en centro de educación especial, cuando se han agotado las posibilidades de aplicación de la educación inclusiva o se produzca algún perjuicio para el menor.

Y en la misma línea, las sentencias mencionadas del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, que a partir de la sentencia de 21 de julio de 2016, destacan la necesidad de que la Administración Educativa fundamente la decisión de escolarizar un alumno con discapacidad en un centro de educación especial cuando esté “acreditado el agotamiento de las posibilidades de inclusión del alumno”. Obsérvese que habla de acreditación, de que se han agotado no solo las medidas adoptadas, sino también cualquiera otra posibilidad de inclusión. Como luego veremos, este concepto esencial, ha sido asumido por el Tribunal Supremo en la importante sentencia de 14 de diciembre de 2017, que es objeto a continuación de un análisis más detallado.

Como se desprende del análisis que se ha efectuado de la evolución jurisprudencial en esta materia, cabe señalar que las primeras sentencias que se produjeron, incluso ya con plena aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que España ratificó y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, con algunas excepciones, mantuvieron una doctrina y una línea interpretativa ciertamente no acorde con dicha Convención, en la medida en que no se analizaba el derecho a la educación inclusiva desde una perspectiva de derecho fundamental y sobre todo, primando a los informes de la Administración Educativa a los que se concedía prácticamente una presunción de veracidad, sin ponderar ni enjuiciar el contenido de los mismos, precisamente desde una óptica del derecho fundamental a la educación inclusiva. De ahí que fuesen en general desfavorables en cuanto a las reclamaciones de padres de alumnos que solicitaban que sus hijos se escolarizasen en centros ordinarios, con los apoyos que requiriesen.

Esta situación jurisprudencial, experimentó una inflexión con la sentencia del TC de 27 de enero de 2014, que por primera vez supuso un pronunciamiento de la educación inclusiva de las personas con discapacidad, desde el ámbito de los derechos fundamentales y realizando ya un juicio de proporcionalidad, con las exigencias de motivación necesarias por parte de la Administración Educativa para justificar decisiones de escolarización en centros de educación especial, que como señaló el propio TC, implica la exteriorización de los motivos de tal decisión “por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados”.

Las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que se dictaron con posterioridad a dicha sentencia del TC, siguieron en líneas generales la doctrina constitucional y podríamos decir que en gran medida, precisaron y ampliaron las exigencias y requerimientos de motivación, dejando claro que compete a las propias Administraciones Educativas, cuando decidan escolarizar a alumnos con discapacidad en centros de educación especial, motivar y acreditar la imposibilidad de inclusión educativa en un centro ordinario del alumno.

En estas sentencias se entra ya en el análisis y en el enjuiciamiento valorativo de los contenidos de los informes psicopedagógicos, dictamen de escolarización y otros informes, emitidos por los órganos competentes de las Administraciones Educativas, ponderando y tomando en consideración también como pruebas válidas los informes periciales y otra documentación que los padres de dichos alumnos aportaron a los correspondientes procedimientos judiciales.

En esta situación se encontraba la doctrina jurisprudencial sobre educación inclusiva, cuando se va a producir un pronunciamiento importante del Tribunal Supremo en la sentencia que a continuación será objeto de análisis.

5. LA TRASCENDENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en la sentencia de 14 de diciembre de 2017 (sentencia nº 1976/2017, recurso de casación 2965/2016), en profundidad y con detalle, sobre el contenido esencial del derecho a la educación inclusiva, es decir, el derecho al acceso y a la permanencia en el sistema educativo ordinario en igualdad, sin ningún tipo de discriminación.

Resumidamente, el supuesto objeto de esta sentencia se refería a un niño con autismo, escolarizado desde hacía tiempo en un centro educativo ordinario, con apoyo de aula TEA. Y la Administración Educativa, en este caso la Comunidad Autónoma de La Rioja, alteró esa modalidad, decidiendo que se escolarizase en un centro de educación especial. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja estimó el recurso de los padres, declarando el derecho del menor a su educación inclusiva y el Tribunal Supremo en esta sentencia desestimó el recurso de casación que había interpuesto la Comunidad Autónoma de La Rioja.

El análisis de esta sentencia ha de referirse necesariamente a tres aspectos esenciales: la conceptualización como derecho fundamental del derecho a la educación inclusiva y su alcance (i); las obligaciones que como contenido esencial de este derecho tienen los centros educativos y las Administraciones Públicas con competencias en materia de educación, que el propio Tribunal Supremo denomina “mandatos” (ii); y el aspecto trascendente de cuál es el juicio de razonabilidad y las exigencias de motivación que deben reunir las resoluciones acordando la escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial (iii).

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones enunciadas, el Alto Tribunal en esta sentencia de 14 de diciembre de 2017, establece una serie de consideraciones relevantes que se pueden sintetizar en las siguientes:

- El Tribunal Supremo menciona expresamente los artículos 14 (derecho a la igualdad) y 27 (derecho a la educación), de la Constitución en íntima vinculación entre ambos, para aludir al “derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la educación”. En el Fundamento Jurídico cuarto, precisa aún más este dere-

cho, en el sentido de que “para garantizar la igualdad efectiva y la no discriminación en el ejercicio del derecho a la educación de los alumnos con una discapacidad o trastorno grave de conducta, rigen los principios de normalización e inclusión, tanto para el acceso como en la permanencia en el sistema educativo”¹. Por tanto, la educación inclusiva tiene una dimensión netamente constitucional en la relación entre el derecho a la igualdad del artículo 14 y el derecho a la educación del artículo 27 del Texto Constitucional; siendo además un mandato constitucional el remover cualquier obstáculo que dificulte la efectividad de tal derecho. Por ello, la cita del artículo 9.2 de la Constitución en la sentencia, resulta significativa.

- Debe destacarse el concepto de “permanencia en el sistema educativo”. El derecho fundamental, se concreta no solo en el acceso a la educación, en régimen de inclusión, sino que el derecho comprende también a la permanencia en el sistema educativo ordinario en condiciones de igualdad y sin discriminación. Por ello, no se garantizará el derecho fundamental con que el alumno acceda al sistema educativo ordinario, es decir, se escolarice en un centro educativo ordinario, sino que la inclusión educativa es un proceso continuo, que requiere un seguimiento y por tanto que las medidas y ajustes no sólo estén determinadas, sino que se hagan efectivas de manera plena; que se revisen cuando sea preciso y siempre con el objetivo de la integración².
- La consideración del derecho a la educación inclusiva como un derecho fundamental, tiene unas consecuencias jurídicas relevantes. Los padres o tutores, en su condición de representantes legales de los hijos menores o en su caso los propios alumnos cuando alcancen la mayoría de edad pueden acudir al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, que se recoge en el Capítulo I, del Título V de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998. Ello da una garantía de amplitud a la protección de tal derecho, además de la agilización de plazos, ya que se podrán impugnar a través de este procedimiento especial, no solo resoluciones denegatorias de la escolarización en centros educativos ordinarios, sino también cualquier clase de resolución, decisión y hasta actuación material,

¹ El texto de la sentencia recoge las expresiones que se contienen en el artículo 74.1 de la Ley Orgánica 3/2006 de 3 de mayo de Educación.

² Esta dimensión del derecho a la educación inclusiva tanto para el acceso como la permanencia en el sistema educativo, tiene una evidente conexión con el concepto de la educación inclusiva como un proceso continuo, que se recoge en el Comentario General N° 4/2016, del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, apartado 12.I.

o vía de hecho, que suponga desconocer la inclusión educativa. Así, si un alumno se encuentra en un centro educativo sin los apoyos ni ajustes razonables, o no se prestan de manera efectiva, ante ello, podrá interponerse recurso a través de este procedimiento de protección de los derechos fundamentales.

- La sentencia del Tribunal Supremo, en este fundamento de derecho tercero, resalta que la normativa interna (se refiere básicamente a la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo), aun cuando hay que entender que es toda la normativa aplicable “debe interpretarse conforme a los Tratados Internacionales”. Y menciona expresamente en concreto el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, Ratificada por España mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 21 de abril de 2008. Ello tiene singular trascendencia jurídica, en la medida en que tanto los órganos administrativos, como los Juzgados y Tribunales, deberán aplicar directamente la Convención, y en caso de discrepancia de una norma interna de cualquier rango, con respecto a la Convención, hay una prevalencia normativa de esta última³.

El segundo de los aspectos –antes mencionados– que resulta de enorme significación en el ámbito del derecho a la educación inclusiva, lo aborda la sentencia del Tribunal Supremo, refiriéndose a lo que podríamos denominar “el contenido esencial” del derecho, es decir, en qué se concreta el derecho a la educación inclusiva; o para ser más precisos, cuáles son las obligaciones que en este ámbito corresponden a las Administraciones educativas.

La sentencia parte de la premisa esencial de que el derecho a la educación en igualdad impone como norma o regla general la “integración en centros ordinarios con medidas de atención a la diversidad, que pueden flexibilizarse en las distintas etapas educativas si es necesario”.

Para la consecución de este principio o regla general –añade el Tribunal Supremo en esta sentencia– que la normativa “ordena” (expresión inequívoca de que se trata de

³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2009 (RJCA 2010\60), es significativa, en cuanto que aplicó la Convención para conceder el derecho a una beca a una persona que tenía una discapacidad neurológica y según la normativa no había alcanzado la puntuación requerida. La sentencia señala que “*la entrada en vigor de la Convención debe llevar consigo, obviamente, la adaptación de la normativa española al instrumento internacional en todo aquello que lo contravenga, pero también permite a los órganos judiciales, inmediatamente, interpretar la normativa vigente de conformidad con la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico con el propio texto de la Convención, garantizando así la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la norma internacional a las personas con discapacidad*”.

un mandato imperativo ineludible) a las Administraciones “una puesta de medios para que procuren apoyos y atenciones educativas, específicas, personalizadas y efectivas para estos alumnos con necesidades educativas especiales”.

Los términos “específicas y personalizadas”, para referirse a las medidas de apoyo a los alumnos con discapacidad, tiene una importancia relevante, ya que ello implica que tales medidas tienen que estar siempre orientadas en función de las características personales y las necesidades concretas y determinadas que tenga cada alumno que presente una discapacidad. No vale una medida genérica inconcreta o fuera del contexto de esa personalización necesaria. Por tanto, los apoyos han de significar una respuesta educativa personalizada, en función de las capacidades y potencialidades de cada alumno. No ha de ser este el que se adapte al sistema, sino el sistema y la organización educativa la que se mueva en función de las necesidades educativas del alumno. Ello es la esencia de la inclusión educativa.

Y además, las medidas han de ser “efectivas”, por tanto, ha de hacerse una verificación práctica de tales medidas de apoyo. No basta con ponerlas formalmente y decir que ya se ha cumplido con la obligación de puesta de medios. Han de ser eficaces. Han de dar resultados, en orden a la inclusión. Y ello exige una evaluación y un análisis de las adoptadas y en su caso adoptar otras que reúnan esta característica esencial de la efectividad. Es por tanto una obligación de resultado, no únicamente una obligación de medios. Y en función de los resultados obtenidos, se podrá determinar si tales medidas han sido efectivas o no, siempre desde el parámetro esencial de la inclusión educativa.

El concepto de medidas de apoyo personalizadas y efectivas, lo encontramos en el artículo 24.2.e) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por lo que la sentencia del Tribunal Supremo hace una adaptación o trasposición adecuada de este precepto de la Convención que ya de por sí, es directamente aplicable, al formar parte del ordenamiento jurídico interno, por haber sido ratificada la Convención por España.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, precisa más. Va más allá, en la articulación y concreción de esta obligación de puesta de medios de apoyos y atenciones personalizadas y efectivas para estos alumnos.

Así, en el mismo Fundamento Jurídico cuarto, número tercero de la sentencia, se destaca que estos apoyos han de hacerse “dentro del Sistema General de Educación”. Es decir, en un entorno de centros educativos ordinarios, porque ello es el Sistema General de Educación, no en los centros de educación especial, que como hemos visto,

aunque forman parte del sistema educativo, no dejan de ser una excepción a la norma general de la inclusión, que ha de tener lugar en el ámbito de los centros educativos ordinarios.

Y dice el Tribunal Supremo que además de hacerse dentro del Sistema General de Educación “ha de facilitar su formación efectiva, hacer ajustes razonables en función de sus necesidades individuales, que les cree un entorno que fomente al máximo un desarrollo académico y social, para lograr el objetivo de la plena inclusión”. Añade luego que deben estar orientadas a la integración, deben ser “necesarias y adecuadas con el único límite que no supongan una carga desproporcionada o indebida”. El Fundamento Jurídico sexto de la misma sentencia del Tribunal Supremo, insiste en el mandato constitucional y legal de los poderes públicos de inclusión y que la efectividad del derecho a la educación en condiciones de igualdad, exige esa concreta puesta de medios “que procure esa integración en el Sistema Educativo Ordinario, con las debidas adaptaciones, en función de las necesidades del interesado”.

Son todas ellas afirmaciones con un alcance jurídico relevante.

Como ya se ha precisado, hay una obligación primaria o esencial de las Administraciones Educativas, como es poner todos los apoyos y atenciones educativas específicas, que tienen que ser personalizadas y efectivas para estos alumnos que presentan necesidades educativas especiales. Pero la obligación no queda solo en la puesta de medios. Con ello no se cumple el mandato que menciona la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017.

Como antes se ha mencionado, las medidas de apoyo a los alumnos con discapacidad, además de tener que ser específicas y personalizadas, han de ser efectivas, con el alcance que ya se indicó. Y también adecuadas. La adecuación ha de entenderse en el sentido de que además de estar en función de las necesidades educativas del alumno, han de estar orientadas a fomentar el desarrollo académico y social del mismo, para lo cual el Tribunal Supremo alude a que ha de crearse “un entorno” que favorezca ese desarrollo y evolución educativa.

Por decirlo claramente, los ajustes razonables y las medidas de apoyo si no están orientadas hacia la plena inclusión educativa, vulneran el derecho fundamental del alumno que presente una discapacidad, porque no se están garantizando las condiciones necesarias e imprescindibles para el ejercicio efectivo del derecho a la educación inclusiva.

Como se puede fácilmente deducir, ello va a tener trascendencia en los actos administrativos y resoluciones que emiten las Administraciones educativas en este ámbito, ya que si no se han agotado las posibilidades de inclusión, y no se han puesto las medidas de apoyo específicas, personalizadas, efectivas y adecuadas –en los términos antes comentados– y no se cumplen el resto de exigencias de motivación que señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, dichos actos administrativos serían nulos de pleno derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, por cuanto estarían vulnerando el derecho fundamental a la educación en igualdad o inclusiva, y en concreto, se vulnerarían los artículos 14 y 27 de la CE.

El instrumento que tienen las Administraciones con competencias en materia de educación, para determinar las necesidades educativas de estos alumnos y fijar esos apoyos y atenciones educativas, son las evaluaciones que efectúan los Equipo de Orientación Educativa de los centros escolares y de los órganos correspondientes de las Administraciones Educativas. El Tribunal Supremo también precisa esta cuestión y señala –fundamento de derecho cuarto, número quinto–, que debe efectuarse “lo más tempranamente posible por personal cualificado y en los términos que determinen las Administraciones educativas”. Concreta que ha de hacerse una evaluación al inicio y al final de curso. Y algo que es esencial, valorándose “la consecución de los objetivos propuestos en la valoración inicial”. La consecuencia de una evaluación, es que permita “la orientación adecuada”. Para ello, el Tribunal Supremo dice que habría que modificar el plan de actuación, la modalidad de escolarización y favorecer, siempre que sea posible, “una mayor integración que es, como se ha dicho, el principio general”.

De nuevo estamos ante otras apreciaciones con trascendencia notable en el orden jurídico.

En la práctica muchas evaluaciones psicopedagógicas que se hacen a estos alumnos se centran en poner de manifiesto sus déficits, sus limitaciones, a través de enfatizar las barreras que tiene en las distintas áreas (cognitiva, de autonomía, psicomotricidad, aprendizaje, comunicación y sociabilidad, entre otras). Es decir, se sigue con un modelo clínico-sanitario, de tal manera que estas evaluaciones no están orientadas hacia la inclusión, sino más bien hacia la segregación, destacando factores de diferenciación y de exclusión de los alumnos, toda vez que se les está categorizando en función de diagnósticos en gran medida clínicos y a través de métodos y pruebas tipo test y estandarizadas, que nada tienen que ver para fijar las necesidades educativas de los alumnos. Debe reseñarse que es una de las prácticas más generalizadas, que evidencian la herencia –aún no superada– de un modelo clínico-sanitario, que en modo alguno es compatible con la concepción actual de la discapacidad desde una perspectiva social y de

derechos fundamentales. Lo ha dejado muy claro el Comité de Naciones Unidas sobre la Convención, en el Comentario General N° 4/2016, cuando señala que “la educación de las personas con discapacidad a menudo se centra en un enfoque del déficit, en su deficiencia real o aparente, limitando sus oportunidades debido a asunciones predefinidas negativas sobre su potencial”⁴.

Por último, hemos de referirnos a la conclusión que después de todo este conjunto de razonamientos jurídicos contiene la sentencia del Tribunal Supremo.

Si en el ámbito del ejercicio del derecho a la educación por parte de las personas con discapacidad, está en juego el artículo 14 de la Constitución, es decir, el derecho fundamental a la igualdad y a no sufrir discriminación por ninguna razón (tampoco desde luego por ninguna razón de discapacidad), como ha señalado el Tribunal Constitucional –de manera reiterada en su doctrina–, el análisis de la vulneración del principio de igualdad ante la Ley del artículo de la CE, requiere efectuar un juicio o canon de constitucionalidad, que se concreta en que si bien el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, por lo que no toda desigualdad supone infracción del artículo 14, sí que ha de existir “una justificación objetiva y razonable”. Como ha dicho la sentencia del TC 41/2013 de 14 de febrero “para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal situación, sean proporcionadas a la finalidad perseguida”. Y que se supere “un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”. En el mismo sentido sentencias del TC 23/194, 209/1987, 117/1998 y 200/2001, entre otras muchas.

Pues bien, para el Tribunal Supremo en esta sentencia de 14 de diciembre de 2017, ese juicio de proporcionalidad se concreta en unas exigencias ineludibles de motivación, en las resoluciones o actos administrativos de la Administración Educativa que decidan la escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial, optando así por la excepción frente a la norma general, que es la escolarización en centros educativos ordinarios, con los apoyos que en su caso sean necesarios.

Se concretan estas exigencias de motivación en tres esenciales:

- En primer término, en que deben agotarse todos los esfuerzos para la inclusión educativa del alumno en el sistema educativo ordinario. Lo dice expresamente

⁴En este sentido, y según Corbett y Slee (2000, “An International Conversation on Inclusive Education”. In F. Armstrong, D. Armstrong & Ley Barton (Eds), *Inclusive Education; Policy, Contexts and Comparative Perspectives*. London: David Fulton), la educación inclusiva se aleja del hincapié que todavía hoy se centra en el déficit, el diagnóstico, la categorización y el tratamiento individual.

la sentencia del Tribunal Supremo (Fundamento Jurídico sexto, párrafo primero) cuando dice que el mandato de las Administraciones Públicas de poner todos los medios y apoyos a estos alumnos para lograr su integración educativa, en función de las necesidades de los mismos, añade que “solo cabe acudir al régimen de centros de educación especial si se justifica que agotados los esfuerzos para esa integración lo procedente es que esa opción en esas condiciones sí justificaría un trato distinto”. Para ser precisos, ha de reseñarse que este concepto del agotamiento de las posibilidades de inclusión del alumno, lo asume el Tribunal Supremo y lo hace suyo, pero proviene de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 252/2016 de 21 de julio, que precisamente es la que fue objeto de casación en el procedimiento en el que se dicta la sentencia del Tribunal Supremo y cuyo recurso de casación fue interpuesto por la Comunidad Autónoma de La Rioja. El concepto es absolutamente relevante, por cuanto a partir de la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo, las Administraciones educativas no podrán acordar o tomar decisiones de escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial, si no se han agotado las posibilidades de inclusión en un centro educativo ordinario. Y además –y ello debe subrayarse–, el Tribunal Supremo habla de justificar, por lo que no valdrá una declaración o mención retórica sin más, sino que deberá probarse y acreditarse plenamente que se han realizado todos los esfuerzos para la integración y realizadas las actuaciones que antes hemos analizado. Por cierto que debe destacarse también que el Tribunal Supremo, cuando analiza la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, alude a que deben ponerse todos los medios para la inclusión y que en el caso de la sentencia se pusieron, sin resultado positivo, pero también alude a “otras posibilidades de inclusión”, con lo que la acreditación de que se han agotado las posibilidades de inclusión, comprende no solo las que se han puesto en práctica, sino otras posibles, con la finalidad inclusiva. Ello implica una exigencia considerable de acreditación y plena prueba de todas las actuaciones y proceso seguido con respecto al alumno en este aspecto.

- En segundo lugar, otro elemento que deben contener las resoluciones de las Administraciones educativas para justificar la escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial, se refiere a “la carga de explicar por qué los apoyos que requiere un alumno no pueden ser prestados con las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios” (Fundamento Jurídico quinto, número cuarto de la sentencia del TS de 14 de diciembre de 2017). Es otra exigencia necesaria que debe concurrir a los efectos indicados. En tal sentido, las Administraciones Educativas en sus informes psicopedagógicos y dictámenes de escolarización, deberán dejar muy claro que las medidas de

apoyo y los recursos y ajustes razonables que requiera el alumno con discapacidad, no los tenga o disponga el sistema educativo ordinario. Tampoco aquí caben afirmaciones genéricas ni tampoco excusas de carácter económico o de orden organizativo. Entendiendo además que –como ha señalado el Comité de Naciones Unidas–, en el Comentario General N° 4/2016, la disponibilidad de ajustes “debe ser considerada con respecto a un conjunto más amplio, de recursos educativos disponibles en el sistema educativo, y no de manera limitada a los recursos disponibles de la entidad educativa en cuestión”. Porque un concreto recurso o profesor de apoyo no lo tenga un centro educativo ordinario, ello no puede justificar una decisión de escolarizar al alumno en un centro de educación especial, si el apoyo y la medida está disponible en el sistema educativo, aunque no lo tenga ese centro concreto.

- Además de los dos parámetros, criterios o exigencias de motivación analizados, también exige la sentencia del Tribunal Supremo que los informes en los que se apoya la Administración Educativa “deben razonar por qué supone una carga desproporcionada para la Administración la escolarización en un centro ordinario, con los apoyos precisos”, es decir, por qué se opta por lo excepcional frente a lo ordinario. Ciertamente este aspecto de la proporcionalidad no lo precisa el Tribunal Supremo. En todo caso, alude a “carga desproporcionada” para la Administración (Fundamento Jurídico quinto, último párrafo). La proporcionalidad está en función del contexto, como ha señalado el Comité sobre la Convención de la ONU. Y habrá que analizar la disponibilidad de recursos en el sistema en función de las necesidades del alumno, sin que exista un criterio unívoco o general. La desproporción ha de ponerse en conexión con el concepto de la necesidad y adecuación de los apoyos. Si estos son necesarios y adecuados, no puede hablarse de carga desproporcionada.

Hasta aquí, el análisis y valoración de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017.

La virtualidad de la misma, radica en que constituye ya doctrina jurisprudencial junto con la sentencia anterior que menciona, la sentencia del mismo Alto Tribunal de 9 de mayo de 2011 (RJ 2011/4100) y la sentencia del TC 10/2014 de 27 de enero (RTC 2014/10). Y que esta sentencia contiene de una manera pormenorizada y razonada lo que podemos considerar el contenido esencial del derecho a la educación inclusiva y especialmente los mandatos que en este orden tienen las Administraciones Educativas y las exigencias de motivación de las resoluciones que deciden la escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial, de tal manera que si no se cumplen tales obligaciones y requerimientos de motivación, esas resoluciones han de entenderse vulneradoras del derecho fundamental a la educación inclusiva.

Sin duda, es una sentencia que merece un juicio favorable en el estado actual del panorama de la educación inclusiva en España.

Ahora bien, en nuestra opinión, el pleno reconocimiento del derecho a la educación inclusiva no solo ha de basarse en las exigencias de motivación señaladas o el juicio de ponderación constitucional por parte de las Administraciones Educativas en cuanto a la escolarización en centros de educación especial.

Ha de caminarsse –y con urgencia– hacia el reconocimiento pleno de la educación inclusiva para todas las personas y una aplicación íntegra de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incluyendo la situación actual de los centros de educación especial –que desde luego no son mencionados en la Convención– y que deben transformarse en centros de recursos y apoyo a los centros educativos ordinarios, pero no constituir como tales una modalidad de escolarización, ya que ello no es compatible con el derecho a la educación inclusiva.

Están en juego la dignidad y la igualdad de nuestro sistema educativo.

TRABAJOS FIN DE MÁSTER (MÁSTER EN DISCAPACIDAD, AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA DE LA UNIVERSIDAD INTERNACIONAL MENÉNDEZ PELAYO Y DE LA FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD)

María José López Sánchez
Vicepresidenta de Verdiblanca

EMPLEO PROTEGIDO. LA EFICACIA SOCIO-ECONÓMICA DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

Extracto y adaptación del Trabajo fin de Máster: 2ª Edición del Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Marco jurídico del empleo de las personas con discapacidad en España. –3. Diagnóstico de la situación actual del empleo para personas con discapacidad. 3.1. Introducción. 3.2. Mercado laboral y discapacidad. 3.3. Empleo ordinario o empleo protegido. Análisis estadístico. –4. Metodología. –5. Tabla de cálculos. –6. Conclusiones. –7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En España la forma en que los poderes públicos deben impulsar la creación y mantenimiento de empleo de las personas con discapacidad, está ampliamente contemplada en el marco legal, desde la Constitución Española hasta la última recopilación de textos legales del RDL 1/2013. Todo este cuerpo normativo ha consagrado en nuestro ordenamiento jurídico y también en el espíritu de las leyes, que existan distintos mecanismos para que las administraciones públicas puedan acometer su obligación de promover y garantizar el empleo a las personas con discapacidad. Estos mecanismos son básicamente tres según el Artículo 37.2 del RDL 1/2013:

- Empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluidos los servicios de empleo con apoyo. Estableciendo una cuota del 2% de reserva para personas con discapacidad en empresas de más de 50 trabajadores y en la administración pública (Artículo 42)
- Empleo protegido, en centros especiales de empleo y enclaves laborales, constituidos por el 70% de la plantilla con discapacidad. (Artículo 43) y que, por sus características, podrán ser compensados económicamente para la inclusión de personas con discapacidad en el mercado laboral (artículo 44)
- Empleo autónomo. Que el RDL deja bastante abierta la forma en que los poderes públicos fomentarán esta fórmula de creación de empleo (artículo 47).

Esta situación legal nos podría llevar a la conclusión de que los mecanismos de promoción laboral para las personas con discapacidad en España son amplios y responden a distintas situaciones. Y que transcurridos ya 36 años desde que se reguló por primera vez en esta materia (Ley de Integración Social de los Minusválidos, LISMI, 1982) el problema de la integración laboral de las personas con discapacidad, debería estar resuelto o aproximadamente encaminado a solucionarse. Pero la realidad es bien distinta puesto que la tasa de desempleo de las personas con discapacidad aún supera considerablemente al de las personas sin discapacidad, situándose en 2013 en el 35%, y la tasa de actividad es del 37%, 40 puntos por debajo de la tasa de actividad de la población sin discapacidad. Solo con estos datos podríamos concluir que en España hay un 9% de la población (porcentaje de personas con discapacidad del total de la población española) que sigue sin tener las mismas oportunidades laborales.

Así pues, el presente estudio pretende focalizar la cuestión en por qué no está resuelto el problema, aun con el amplio apoyo a medidas de empleo de las administraciones públicas en los últimos 36 años. Para lo cual hemos diseñado un análisis de la eficiencia de las distintas medidas desde un punto de vista cualitativo, e intentar buscar los motivos por los que unas y otras han mostrado diferentes resultados. Sin embargo, existen datos objetivos que nos obligan a centrar el estudio en una de estas fórmulas de políticas activas de empleo, que es el empleo protegido y más concretamente los CEE. Ese dato es el hecho de que el empleo generado en estas entidades ha ido creciendo año tras año, mientras permanece invariable o se reduce significativamente el empleo en empresas ordinarias. De tal manera que en 2014 el 71,8% del total de contratos que se firmaron en España por personas con discapacidad se hicieron en CEE.

A partir de este significativo dato, hemos pretendido ofrecer información de utilidad que justifique y resuma las claves de por qué un CEE es tan eficaz en la creación de empleo para personas con discapacidad.

El presente estudio pretende calcular una tasa de retorno social (SROI) (del inglés *social return on investment*) que es un método basado en la medición y comprensión del valor extra financiero de una organización en relación a los recursos invertidos. Se trata de, basándose en los principios de contabilidad coste-beneficio, obtener un valor monetario de diferentes resultados o cambios producidos por la acción directa de la organización y que no se habrían producido de no ser por su actividad. El resultado de la tasa SROI es un coeficiente que indica cuanto valor total, en términos monetarios, se crea por cada euro invertido en la organización.

2. MARCO JURÍDICO DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.

El empleo de las personas con discapacidad en España está ampliamente contemplado por la legislación, y aunque no es objeto del presente estudio hacer una valoración exhaustiva del marco jurídico, no podemos pasar por alto que es precisamente este marco normativo el que ha determinado como se han ocupado los poderes públicos de garantizar el acceso al empleo de las personas con discapacidad.

Una vez llegados a este punto, el marco legislativo español mantenía en vigor en todo o en parte la LISMI, LIONDAU, RD 27/2000, Ley 49/2007, en lo que a empleo se refiere. Ante esta situación el legislador se compromete a clarificar y refundir toda esta normativa en un único texto legal, que se plasmará en la RD.

Ley 1/2013, de 29 de noviembre. Este texto legal supone un texto refundido que deroga toda la normativa anterior excepto la Ley 49/2007. Según la Disposición derogatoria única, quedan derogadas la LISMI, la LIUNDAU y la Ley 49/2007. Así pues, se establecen las siguientes fórmulas para acceder al empleo:

- 🔗 Empleo ordinario:
 - Cuota de reserva del 2% en empresas de más de 50 trabajadores y 5% de la administración pública.
 - Trabajo de Autónomos.
- 🔗 Empleo Protegido:
 - Centros Especiales de Empleo, con o sin apoyo.
 - Enclaves laborales.

El artículo 43.1 define los CEE, eliminando la referencia de que serán el mecanismo para insertar a personas cuya discapacidad no les permita integrarse o trabajar en la

empresa ordinaria: *“Los Centros Especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario...”*

Además de todo este desarrollo jurídico, los CEE han sido desarrolladas mas en profundidad, primero por el RD 2273/1985, de 4 de diciembre por el que se desarrolla el reglamento de CEE. Y posteriormente el Ministerio de Trabajo en su Orden Ministerial del 16 de octubre de 1998, establece el mínimo de incentivos al empleo a los que tendrán derecho los CEE con objeto de “compensar” el posible mayor coste consecuencia del mantenimiento de una plantilla con al menos el 70% de personas con discapacidad. Finalmente habrán de ser las comunidades autónomas las que desarrollen sus propios incentivos para CEE, pero nunca por debajo de lo que establece esta orden ministerial:

- 🔗 Incentivo de al menos el 50% del Salario mínimo interprofesional por cada persona con discapacidad empleada en un CEE a jornada completa.
- 🔗 Bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social.
- 🔗 Incentivos a la creación de empleo indefinido, por valor de 12.012€ a jornada completa.
- 🔗 Incentivos a la supresión de barreras arquitectónicas y adaptación de puestos de trabajo.
- 🔗 Incentivos al reequilibrio financiero, que solo se podrán obtener una sola vez con el fin de reorientar la actividad de un CEE.

3. DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL EMPLEO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3.1. Introducción

La LISMI se publicó en 1982, luego hace ya 36 años de la primera Ley en España que avanzaba en la normalización de las personas con discapacidad y su integración en la sociedad. Hoy hablamos de inclusión plena y de conceptos que en 1982 los legisladores no podían ni llegar a intuir. Hemos avanzado en inclusión social mucho en estos 36 años, pero en materia de empleo solo nos hacen faltan unos cuantos datos para concluir que queda mucho por hacer:

- En 2013 el 4,7% de la población española en edad de trabajar (entre los 16 y 64 años) tiene algún tipo de discapacidad.
- Solo el 37,4% de las pcd en edad laboral son activos (buscan activamente empleo) 40 puntos por debajo que el resto de la población.
- La tasa de paro es del 35%, 9 puntos por encima de la población sin discapacidad.

Con estos pocos datos es acertado decir que en materia de empleo queda mucho por hacer.

3.2. Mercado laboral y discapacidad

En España 1.450.800 personas entre 16 y 64 años tienen algún tipo de discapacidad, es decir un 4,76% de la población en edad laboral. Sin embargo no todas estas personas están buscando de forma activa trabajo. Tradicionalmente se excluye de la población en edad de trabajar a estudiantes, responsables de casa o personas que salen del mercado laboral español porque se encuentran residiendo en el extranjero. Cuando hablamos de población con discapacidad, además debemos añadir a personas que por sus condiciones físicas no pueden realizar ningún trabajo, o que no siendo del todo así, al recibir una pensión no contributiva se encuentran desincentivados para buscar trabajo. Todo esto nos lleva a la conclusión de que la tasa de población activa será menor entre las personas con discapacidad, que en el resto de la población. Y así es, esa tasa de actividad es de 37,4%, mientras que la población sin discapacidad es del 77,5%. Llegados a este punto cabría preguntarnos si esta diferencia de 40 puntos la explica las personas que tienen una pensión no contributiva o aquellos que tienen una gran discapacidad. Pues bien, los datos parecen corroborar esta teoría, dado que según el INE, de la población inactiva con discapacidad, un 1,25% son estudiantes, se dedican a actividades del hogar un 3,75%, y el mayor porcentaje lo encontramos entre pensiones de gran invalidez o jubilaciones por enfermedad e incapacidad permanente, un 60,4%, mientras que en la población sin discapacidad los jubilados en edad laboral son solo un 5% de los inactivos. Aun con estos datos, un 11,35% de la población inactiva con discapacidad queda sin explicar por los motivos tradicionales.

En cuanto a la población Ocupada, y siguiendo con el razonamiento de encontrar las causas de las diferencias, la siguiente tabla ilustra cómo se distribuye la población por grupos.

	POBLACION TOTAL		PERSONAS SIN DISCAPACIDAD		PERSONAS CON DISCAPACIDAD	
	V. ABSOLUTOS	PORCENTAJE	V. ABSOLUTOS	PORCENTAJE	V. ABSOLUTOS	PORCENTAJE
TOTAL	17.001,6		16.655		346,6	
POR SEXO						
Hombres		54,3		54,2		58,4
Mujeres		45,7		45,8		41,6
GRUPOS DE EDAD						
16 a 24		4,4		4,5		1,6
25 a 44		55,6		55,9		39,5
45 a 64		39,9		39,6		58,9
NIVEL DE ESTUDIOS						
Sin estudios		0,2		0,2		1
Primaria		8,6		8,5		15,5
secundaria y FP		49,9		49,8		55,6
Superiores		41,3		41,5		27,9
DURACION DEL CONTRATO						
Menos de 6 meses		9,4		9,4		8
de 6 meses a 1 año		4,9		4,9		4,3
de 1 a 3 años		12,2		12,2		11
Mas de 3 años		73,5		73,4		76,7

FUENTE: Instituto Nacional de Estadística (V. Absolutos * 1.000)

De estos datos podríamos concluir que el ocupado, digamos prototipo, de persona con discapacidad es un hombre mayor de 45 años con un nivel de estudios de secundaria o formación profesional, y con un contrato indefinido. Mientras que el ocupado medio en la población sin discapacidad es de un hombre entre 25 y 44 años con estudios medios o superiores y con contrato indefinido. Las principales diferencias están en el nivel de estudios y en el grupo de edad mayoritario.

Siguiendo con el análisis de las personas ocupadas con discapacidad, la mayoría lo están son trabajadores por cuenta propia, y se observan pocas diferencias con respecto a la población sin discapacidad. Lo verdaderamente significativo está en la tercera columna de la siguiente tabla:

**DISTRIBUCION DE LA POBLACION OCUPADA EN FUNCION DE SU SITUACIÓN
PROFESIONAL**

SITUACION PROFESIONAL	% DE PCD OCUPADAS	% DE PSD OCUPADAS	TASA DE PCD DEL TOTAL DE POBLACION OCUPADA
TRABAJADORES POR CUENTA AJENA	87,93	82,66	2,21
Sector privado	73,16	79	2,04
Sector Público	26,87	21	2,81
TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA	11,95	17,32	1,44
Con Empleados	26,35	27,2	1,28
Sin Empleados	73,65	72,8	1,45
OTRA SITUACION PROFESIONAL	0,08	0,02	3,61
TOTAL			2,08

FUENTE: Instituto nacional de Estadística.

Las personas con discapacidad que tienen un trabajo en España suponen un 2,08% del total de personas ocupadas. Sin añadir más datos a esta tabla podríamos concluir que las medidas de cuotas no se cumplen en España, ya que el sector privado apenas tiene entre sus asalariados un 2,04% con discapacidad, pero es que en este dato también están incluidos los trabajadores de CEE. En cualquier caso las personas con discapacidad, a la vista de estos datos distan mucho de tener acceso normalizado al empleo en España.

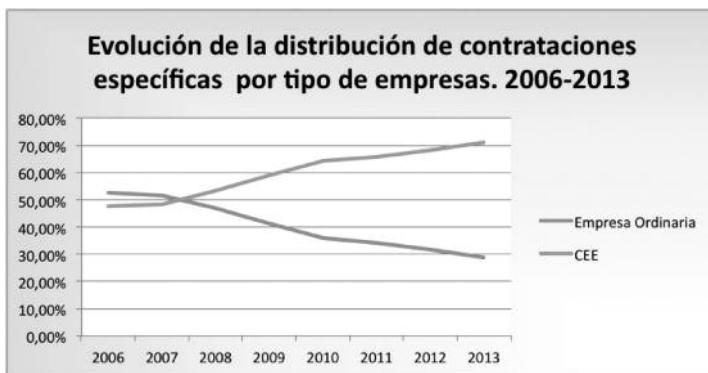
Entre las personas con discapacidad existe otra barrera, esta vez mucho más sutil en lo que se refiere a su normalización en el ámbito laboral, la mayoría de pcd ocupadas tienen un puesto de trabajo de escasa o nula cualificación profesional. Pero es que además la brecha existente entre las personas con discapacidad y sin discapacidad entre los niveles profesionales de mayor cualificación es enorme, tanto es así que las probabilidades de que una pcd ocupe un puesto de dirección es de un 45% menor que el del resto de la población, y entre las ocupaciones de nivel intermedio tales como técnicos cualificados o investigadores científicos, la brecha es de un 20% menor para las pcd. Sin embargo entre las profesiones de baja cualificación es justo al contrario, las pcd tienen una presencia mayor (19,4%) que el resto de la población (12,8%). Así pues se produce una extraña paradoja, el nivel de estudios resulta especialmente significativo para encontrar empleo entre las pcd (el 80,2% de los ocupados tienen estudios secundarios, FP o estudios superiores), pero las probabilidades de tener éxito profesional son muy escasas en cualquier caso.

3.3. Empleo ordinario o empleo protegido. Análisis estadístico

La primera pregunta que debemos intentar contestar es ¿cuánto empleo generan los CEE para personas con discapacidad?

En 2013 se registraron en el Servicio Público de Empleo (en adelante SEPE) 69.648 contratos específicos para personas con discapacidad, y de estos 49.608 los hicieron CEE. Este dato significa que el 71% de todas las contrataciones para pcd se realizaron en un CEE, que el 9% de los activos con discapacidad los contrató un CEE. Entre 2012 y 2013 las contrataciones realizadas en los CEE crecieron un 18,9%, mientras que en la empresa ordinaria solo crecieron un 4%. A tenor de los datos, ya tenemos claro que la herramienta de los CEE como mecanismo de inserción laboral es en la actualidad imprescindible.

La evolución de la importancia de los CEE frente a la empresa ordinaria, marca una tendencia significativa, que reduce cada vez más la contratación en empresas ordinarias mientras que aumenta exponencialmente el volumen relativo de los CEE, siendo el año en que los CEE toman la delantera el 2008. Esta circunstancia no es en absoluto casual, porque como ya indicamos en capítulos anteriores es en el año 2007 cuando se publica la Ley 49/2007, de 26 de diciembre de régimen sancionador a las empresas de más de 50 trabajadores que no cumplan con la cuota del 2%. Si bien es cierto que este 2008, supone en realidad la culminación de la tendencia que se venía observando de crecimiento de las contrataciones en CEE mientras decrecía paulatinamente las de la empresa ordinaria, tendencia que empieza a verse después de la entrada en vigor del RD 27/2000, de 14 de enero, en el que se aprueban medidas alternativas al cumplimiento de las cuotas que, como ya vimos, fomentaba la contratación de servicios ofrecidos por los CEE. El siguiente gráfico ilustra perfectamente esta evolución desde 2006 hasta 2013.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del SEPE

AÑO	TRABAJADOR			
	ES POR CUENTA PROPIA	SECTOR PÚBLICO	EMPRESA ORDINARIA	CEE
2009	34.000	66.000	85.625	119.875
2010	33.100	78.100	75.250	135.450
2011	36.600	81.600	75.931	144.269
2012	42.400	83.400	71.656	157.644
2013	39.900	83.100	63.800	159.500

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la EPA, el INE y SEPE

En los últimos años la distribución de pcd en relación a la ocupación profesional, ha permanecido más o menos estable en el sector público y el auto empleo mientras que la empresa ordinaria descendía el número de empleados con discapacidad y aumentaba en los CEE. La anterior tabla muestra la distribución de las personas ocupadas según su situación profesional y contrataciones anuales más empleo estable.

Como se aprecia claramente los ocupados en CEE suponen más del 46% de la población activa con discapacidad en 2013, aumentando la brecha de empleos a la significativa cifra de que por cada empleo generado en la empresa ordinaria se crean 2,5 en un CEE. Si bien es cierto que este aumento de la contratación viene acompañada de una mayor temporalidad, más incluso que en la empresa ordinaria. En estos centros ha caído la contratación indefinida en un 2,6%, mientras que aumenta la contratación temporal en un 18%.

Por todo lo expuesto hasta ahora, en relación a los datos estadísticos, parece difícil imaginar que sea posible prescindir de los CEE como herramienta de inserción laboral, más bien al contrario, hasta el momento se han manifestado como el mecanismo más eficaz en la inserción laboral de las personas con discapacidad en su entorno laboral. Tal vez el debate no es si son o no la herramienta adecuada, sino como hacer de estas entidades centros más profesionalizados y competitivos que también, en un futuro inmediato puedan ofrecer carreras profesionales de largo recorrido.

4. METODOLOGÍA SROI

El presente estudio pretende calcular una tasa de retorno social (SROI) que es un método basado en la medición y comprensión del valor extra financiero de una organización en relación a los recursos invertidos. Se trata de, basándose en los principios de contabilidad coste-beneficio, obtener un valor monetario de diferentes resultados o cambios producidos por la acción directa de la organización y que no se habrían producido de no ser por su actividad. El resultado de la tasa SROI es un coeficiente que indica cuanto valor total, en términos monetarios, se crea por cada euro invertido en la organización.

En nuestro análisis nos referiremos a las inversiones, como todos aquellos recursos que los centros especiales de empleo reciben de las administraciones públicas. Y serán resultados o cambios, aquellos que con o sin valor financiero se hayan podido producir como consecuencia directa de la actividad de los CEE.

Los datos que hemos usado para el estudio provienen de:

- Asociación provincial de personas con discapacidad Verdiblanca, CEE.
- Asociación provincial de personas con discapacidad El Saliente, CEE.
- El CEE, de la Federación de asociaciones de personas con discapacidad de Almería (FAAM)

FASE 1: Determinación de los grupos de interés.

- Las Administraciones públicas, son los inversores y en consecuencia la actividad de los CEE, les reportará beneficios o no. En cualquier caso medibles con valor monetario.
- Los trabajadores con discapacidad. Puesto que de la existencia o no de los CEE, depende su trabajo son un grupo prioritario de interés.
- Los trabajadores sin discapacidad. Por el mismo motivo que los trabajadores con discapacidad, son un grupo de interés.
- Los familiares de los trabajadores con discapacidad. Existen ya numerosos estudios que han confirmado que son las familias las que asumen principalmente el cuidado y atención de las personas con discapacidad, por lo que si esta persona tiene un puesto de trabajo que le reporta una estabilidad económica y otros posibles beneficios, la familia se verá influida directamente por esos cambios.
- Las empresas proveedoras de CEE. Puesto que venden suministros a los CEE, que de no existir estos no venderían en el corto plazo.

- La sociedad Almeriense. Cierto es que los cambios que se pueden producir en el entorno social requerirían de un análisis dilatado en el tiempo para poder cuantificarlos. Así que hemos optado por una posición conservadora en este sentido, y no incluiremos en el estudio, aquellos cambios que intuimos se producen en el entorno social pero que para ser rigurosos no debemos asignar valor en un estudio con datos de un solo año.

FASE 2. Establecer un mapa de cambios.

- Los trabajadores con discapacidad.
 - CAMBIOS MEDIBLES:
 - o Tener empleo y recibir un salario.
 - *OUTCOMES*
 - o Mejoras en el estado emocional
 - o Mejoras en las relaciones interpersonales.
 - o Mejoras en la seguridad y la autoestima.
 - o Mejoras en la salud física y mental.
- Los trabajadores sin discapacidad.
 - CAMBIOS MEDIBLES.
 - o Tener empleo y recibir un salario
- Familiares de trabajadores con discapacidad.
 - CAMBIOS MEDIBLES
 - o Disminución de horas de atención a la pcd.
 - o Aumento de los ingresos familiares.
 - o Posibilidad de encontrar nuevos trabajos.
 - *OUTCOMES*
 - o Mejora de la seguridad del entorno familiar.
 - o Mejora de relaciones interfamiliares.
- Las empresas proveedoras de CEE.
 - CAMBIOS MEDIBLES
 - o Valor de las ventas de suministros.

FASE 3. Obtención de resultados.

Como su propio nombre indica esta fase simplemente calcula la tasa SROI como coeficiente entre el valor monetario asignado a los indicadores de cambio, y la inversión objeto de estudio, en nuestro caso la inversión pública:

$$\text{SROI} = \frac{\text{V. de los cambios}}{\text{V. Inversiones}}$$

Si el valor de esta tasa es mayor que 1, significa que la organización objeto de estudio crea o añade valor a la inversión recibida.

5. TABLA DE CÁLCULOS

			AÑO 2014	
			CUANTÍA DE LA INVERSIÓN	POR CADA EURO INVERTIDO
INVERSIÓN PÚBLICA REALIZADA			2.994.326,39	1 €
			CUANTÍA DEL RETORNO	SE RETORNA A LA SOCIEDAD
RETORNO DE LA INVERSIÓN SEGÚN GRUPOS DE INTERÉS			17.356.305,58	5,80
TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD			4.770.725,94	1,59
Salarios recibidos por su trabajo			3.612.975,94	1,21
Mejoras en su calidad de Vida			1.157.750,00	0,39
TRABAJADORES SIN DISCAPACIDAD			417.904,28	0,14
Salarios recibidos por su trabajo			417.904,28	0,14
FAMILIARES DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD			4.450.143,48	1,49
Reducción de horas de apoyo			302.101,39	0,10
Aumento de los ingresos familiares			4.085.742,09	1,36
Posibilidad de encontrar un trabajo remunerado			62.300,00	0,02
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS			5.219.939,08	1,74
INGRESOS DIRECTOS			1.555.169,38	0,52
Ingresos por aportaciones a la Seguridad Social			505.644,61	0,17
Ingresos por impuestos directos o indirectos (IRPF, IVA, Tributos locales, Impuesto de Sociedades)			1.049.524,77	0,35
AHORROS			3.664.769,70	1,22
En servicios asistenciales			20.512,50	0,01
En prestaciones por desempleo			3.449.066,40	1,15
En prestaciones no contributivas			195.190,80	0,07
EMPRESAS PROVEEDORAS			2.497.592,79	0,83

SROI = 5,80

TABLA DE CALCULOS.

N DEL GI. (A)	Descripción del resultado	RESULTADO (B)	DESCRIPCION DEL PESO MUERTO	VALOR DEL PESO MUERTO (C)	CAMBIO (B-C)	ATRIBUCION (D)	VALOR REAL SUSTITUTIVO EN EUROS (E)	EXPLICACION VALOR SUSTITUTIVO	VALOR TOTAL ((B-C)*D)+E
TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD ENTRE EL 33 Y EL 65% DE DISCAPACIDAD									
383	Un sueldo	383	Porcentaje de trabajadores con discapacidad que fueron contratados en 2013 por la empresa ordinaria	28,10%	275	100%	11.529,17	sueldo bruto anual de los trabajadores con discapacidad.	3.174.867,57
TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD MAYOR AL 65% DE DISCAPACIDAD									
38	Personas de difícil inserción: Un sueldo	38	Estos trabajadores muy rara vez son integrados en la empresa ordinaria	0	38	100%	11.529,17	sueldo bruto anual de los trabajadores con discapacidad > 65%.	438.108,37
TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN GENERAL									
421	Mejoras en la calidad de vida	421	esta mejora no se habría producido de no ser por la existencia del CEE	0	421	50%	5.500	Valor monetario atribuido a la mejora de la salud. Siguiendo los resultados de nuestra encuesta y la metodología Escala de calidad de vida. Atribuimos solo la mitad. Porque los resultados de nuestra encuesta tienen una Desviación típica muy alta con respecto a los resultados de la ECV	1.157.750,00
TRABAJADORES SIN DISCAPACIDAD EN GENERAL									
126	Ingresos de salarios mensual	126	El porcentaje de ocupados en la población en general en el 4º trimestre de 2013 según la EPA	73,97%	33	100%	12.741,84	Valor del sueldo bruto anual medio del trabajador sin discapacidad. Datos de CEE	417.904,28

FAMILIAS DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD									
421	reducción de horas de apoyo al familiar con discapacidad según nuestra encuesta es de 2,45 a la semana	53.635,40	si el familiar no estuviere trabajando no sería posible esta reducción de horas de apoyo.	0	53.635,40	75%	7.51	valor de la hora de atención según las tablas salariales del convenio marco estatal de ayuda a la dependencia. Atribuimos solo el 75% porque entendemos que todas estas horas no son de ayuda a la dependencia y no deben ser valoradas al mismo precio.	302.101,39
421	aumento de los ingresos familiares	421	El peso muerto es la suma del peso muerto de los apartados referentes al salario	36,70%	346	100%	11.808,50	Valor del sueldo medio bruto de trabajador en CEE	4.085.742,09
421	Possibilidad de encontrar otro trabajo	421	El 16,6% de los familiares que decían ocuparse de sus familiar con discapacidad dicen haber encontrado otro trabajo después que su familiar en CEE	83,33%	70	100%	890	Sueldo medio que el familiar dice ingresar después de encontrar trabajo.	62.300,00
EMPRESAS PROVEEDORAS DE CEE									
	Valor de las ventas a los CEE	2.497.592,79	esta mejora no se habría producido de no ser por la existencia del CEE	0	2.497.592,79	100%		Valor obtenido de los CEE	2.497.592,79

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS									
1	Ingresos por aportaciones a la Seguridad Social	1	El peso muerto es cero porque estos ingresos no se producirían de no ser por la actividad del CEE	0	1	100%	505.644,61	Valor obtenido de los CEE	505.644,61
1	Ingresos por impuestos directos o indirectos incluido el devengado de IRPF aportado por los trabajadores.	1	El peso muerto es cero porque estos ingresos no se producirían de no ser por la actividad del CEE	0	1	100%	1.049.524,77	Valor obtenido de los CEE	1.049.524,77
1	Ahorro de la Administración en servicios asistenciales calculadas en función de las horas medias al año de asistencia sanitaria y otras que no se producen cuando el trabajador esta en activo, calculados de una forma indirecta sustituyendo este valor por los costes derivados de la prevención de riesgos laborales y los costes de reconocimientos médicos.	547	el peso muerto es 0 porque no se produciría sin la existencia de los CEE	0	547	75%	50	Valor es el precio medio de un reconocimiento médico por parte de las entidades de prevención de los servicios de Fremap, MC Mutual, Ibermutua, y Fraternidad. La atribución del 75% es porque creemos que no se realizan todos los reconocimientos, todos los años ya que el trabajador puede renunciar a ello.	20.512,50
1	Ahorro en prestaciones por desempleo	547	El peso muerto será el mismo que la suma de los apartados de empleo, es decir los trabajadores que estarían trabajando de no existir un CEE	201	346	100%	9.968,40	Es el coste medio por desempleo anual para el SEPE. El dato es de 2012	3.449.066,40
1	Ahorro en prestaciones no contributivas a las que tendrían derecho los trabajadores con un 65% o más de discapacidad, si no estuviesen trabajando en un CEE	38	El peso muerto es 0 porque no se produciría sin la existencia de los CEE	0	38	100%	5.136,60	Es la cuantía mínima anual de pensión no contributiva según el IMSERSO. Aunque esta cuantía es para una persona que tiene otros ingresos familiares, la hemos considerado por ser la única que no nos ofrece la necesidad de buscar información complementaria.	195.190,80

6. CONCLUSIONES

A lo largo del presente estudio, hemos puesto de manifiesto el valor estadístico y empírico de los CEE, y los datos obtenidos avalan una conclusión indiscutible, en estos momentos en España los CEE son absolutamente imprescindibles para llegar a alcanzar la normalización en el empleo de un colectivo que representa al 9% de la población, las personas con discapacidad.

Sin los CEE, las Administraciones públicas tendrían ante sí un panorama desalentador en cuanto a la inclusión laboral de las personas con discapacidad, además de tener un mayor gasto público derivado del deterioro a medio y largo plazo, del estado físico y psicológico de las personas con discapacidad que no se incorporarían al mercado laboral. Todo esto sin desprestigiar las enormes cuantías de subsidios no contributivos que deberían aportar a estas personas para garantizarles un mínimo de subsistencia más propio de sistemas arcaicos basados en la caridad gubernamental que en el reconocimiento de los derechos efectivos de los ciudadanos. No sería comprensible en modo alguno, que en pleno S XXI, una sociedad, llamada del bien estar, dejase al margen de esta prosperidad al 9% de la población.

Conseguir un trabajo que garantice una renta digna y la posibilidad de desarrollo profesional y personal, es el primero de los retos a los que se enfrenta una persona con discapacidad en su carrera hacia la inclusión en plenitud de derechos en nuestra sociedad. La empresa ordinaria, aún mantiene importantes barreras de entrada o de progreso a estas personas, probablemente como consecuencia de estereotipos marcados previamente, y que como demuestran los estudios de Colella y otros en 1996, difícilmente cambian como consecuencia de la incorporación a las plantillas de pcd para cumplir con la legislación. Así pues, el problema no es si las pcd deben integrarse o no en la empresa ordinaria, el problema es conseguir que los gestores de las empresas, consideren a las pcd parte de la diversidad social y cultural que les rodea. Pero esta circunstancia requiere de un verdadero impulso inclusivo empezando en la educación, y que a nuestro juicio requerirá, tal vez, de algunas décadas, como en su momento ocurrió con el movimiento feminista.

La implicación de las autoridades públicas en este cambio social transversal debe ser total, y debe iniciarse en las políticas educativas, pasando por la inclusión en medios de comunicación, política, visualización pública de las personas con discapacidad como parte de la variedad social y no como elementos distintos, dignos de ser señalados, aún en un sentido positivo.

Pero las autoridades cometerían un enorme error si mientras inician esta necesaria carrera de fondo, retiran el apoyo a aquellas fórmulas de inclusión que han venido supliendo la falta de implicación pública en la inclusión plena de las personas con discapacidad. Entendiendo que mientras la cifra de contrataciones entre la empresa ordinaria o los CEE, no se invierta, y sean las primeras las que incorporen a sus plantillas al mayor número de pcd, deben continuar apoyando los CEE, mediante la financiación pública, o con otros mecanismos.

La administración debe garantizar, por responsabilidad con los contribuyentes, que la inversión en CEE, no solo ofrece un puesto de trabajo a una persona con discapacidad sino que su desarrollo profesional debería ser premiado con mayores incentivos, de manera que los CEE más profesionalizados y que mejores prácticas realicen reciban más apoyo de la administración.

En definitiva, los CEE son imprescindibles en la larga carrera de fondo por la inclusión en igualdad de los ciudadanos con discapacidad.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALCEDO RODRÍGUEZ, Mari Ángeles y otros. *Escala de Calidad de Vida (ECV) para personas con discapacidad*. Universidad de Oviedo. 2008.

Análisis del retorno de la inversión pública en un CEE de iniciativa social mediante la aplicación de la metodología SROI. Asociación de CEE de Navarra (ACEMNA). 2013.

CASADO, Demetrio. *LISMI, un gran paso adelante*. (CERMI) 2012.

CENTRO DE ESTUDIOS ANDALUCES. *Valor monetario de la salud. Metodología empírica*. 2008.

CONSTITUCION ESPAÑOLA. 1978

DIANNA STONE y ADRIENNE COLELLA. *A model of factors affecting the treatment of disabled individuals in organizations*. The academy of Management Review 1996.

FEAPS. *Estudio del sobreesfuerzo económico en las familias por la discapacidad*. 2008.

Fundación ONCE. *Presente y Futuro de los CEE*. Fundación ONCE. 2012.

Informe del mercado de trabajo y las personas con discapacidad 2013. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 2014.

Informes laborales de Garrigues Novedades del RD Legislativo 1/2003. J&A Garrigues. 2013.

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. BOE 2003.

LISMI, BOE 103. BOE 1982.

NARRILLOS ROUX, Hugo. “El SROI. Un método para medir el impacto social de las inversiones”. *Revista Análisis financiero*. 2010.

Orden Ministerial de 16 de octubre. Reglamento de incentivos de CEE. BOE.

RD 2273/1985. Reglamento de CEE. BOE.

RD 27/2000, de 14 de enero por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2%. BOE. 2000.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Vanesa. *Discapacidad y mercado de trabajo. Tres análisis empíricos con la muestra continua de vidas laborales*. Universidad de Oviedo Departamento de Economía Aplicada. 2012.

ROSA LABREA. *La Diversidad: un mundo de oportunidades*. Capital Humano. 2005.

SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, Jose Manuel. *Nueva dimensión de integración laboral de las personas con discapacidad: principales manifestaciones*. Universidad Pontificia de Comillas. 2005.

VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel y Jordán, Francisco de Borja. *Informe sobre la situación de los CEE en España*. Universidad de Salamanca. 2010.

Jaime Catena Gasco

Responsable del Departamento de Servicios Sociales de ONCE en Cádiz

////////////////////////////////////
OPTIMIZACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE PERROS GUÍA

Programa Proyecta Servicios Sociales ONCE

Extracto y adaptación del Trabajo fin de Máster: 1ª Edición del Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia

SUMARIO: Introducción. –1. El perro guía como auxiliar de movilidad. 1.1. Panorámica del perro guía y las escuelas en distintos países. 1.2. Historia del perro guía en España. 1.3. Etapas del adiestramiento. 1.4. Las familias educadoras. 1.5. Legislación en materia de perros guía. 1.6. Tipología de las normas autonómicas. 1.7. Leyes sobre perros guía. 1.8. Leyes sobre perros de asistencia. 1.9. Normativa ONCE sobre la regulación de la concesión de perro guía. 1.10. Composición de la comisión de valoración. –2. La Fundación ONCE del perro guía. 2.1. Situación actual de la Fundación. –3. Análisis en la prestación de perros guía. 3.1. Análisis del Balance correspondiente al cierre del ejercicio 2014. 3.2. Análisis de las principales fuentes de financiación de la FOPG. 3.3. Principales actividades a las que se destinan los recursos de la FOPG. –4. Nuevas fuentes de financiación. –5. Sistema de indicadores en la prestación de perros guía. 5.1. Propuesta de indicador para la FOPG. –6. Conclusiones . Webgrafía.

1. INTRODUCCIÓN

Con este trabajo pretendo hacer un estudio sobre la prestación de perros guía en España.

En la actualidad, la ONCE a través de la Escuela de Perros guía y siempre en coordinación con Dirección General ha hecho posible que más de mil personas puedan desplazarse de forma autónoma con este auxiliar de movilidad en nuestro país.

Además, gracias a la colaboración que existe con otras escuelas fuera de España, se puede llegar a más usuarios, por lo que sería importante, seguir fomentando la colaboración con dichas escuelas para que más afiliados puedan recibir esta prestación en el menor tiempo posible.

Así, además de acercar el perro guía a cada vez más afiliados, algo muy importante y que se debe buscar cada día, es la mejora de la calidad en el proceso, ya que la sociedad asocia tanto la figura como la función del perro guía a la ONCE.

Por todo ello, con este trabajo, pretendo hacer un análisis de los recursos con los que cuenta la ONCE y la Fundación del perro guía para cubrir esta necesidad y para poder detectar otras posibles necesidades futuras de forma más rápida y óptima.

Otro de los puntos que quiero incluir en este informe, es el análisis de posibles recursos externos, la forma de incluirlos en el proceso de obtención del perro guía de forma eficaz y la viabilidad de los mismos tanto a corto como a largo plazo.

1. EL PERRO GUÍA COMO AUXILIAR DE MOVILIDAD

En este capítulo quiero profundizar en este auxiliar de movilidad y la evolución que ha tenido hasta llegar a la actualidad. Me centraré en la historia del perro guía y en la legislación existente consultando internet y contacto directo con la Fundación ONCE del perro guía.

Dentro de los perros de asistencia se encuentran todos los perros de cualquier raza que ayudan a una persona con discapacidad física, sensorial o cognitiva.

Centrándome en el perro guía, su historia comienza en Austria en el año 1827 donde Leopold Chimani escribió un libro que contaba la historia de una persona ciega que había adiestrado a sus 3 perros.

Siguiendo con el adiestramiento, en el año 1819, Johann Wilkenl escribió un libro para enseñar a las personas ciegas las técnicas de adiestramiento. Aquí ya se hacía referencia a un arnés rígido, y el perro era adiestrado por una persona vidente.

Estas técnicas fueron evolucionando y en el año 1845 el alemán Jacoc Birrer publicó un libro en el que detallaba las técnicas y procedimientos que siguió para adiestrar perros guía.

Sin embargo, no fue hasta mediados del siglo siguiente, como consecuencia del gran número de soldados que habían quedado ciegos en la I Guerra Mundial, cuando se volvió a pensar en los perros guía. Por ello, la primera escuela tal y como las conocemos ahora abrió sus puertas en Alemania en el año 1916 en la ciudad de Ondelburg y viendo que los resultados eran satisfactorios, pronto abrieron otras 3 escuelas en ese país para adiestrar perros para población civil además de la militar.

Tratándose de Alemania, el perro más utilizado como perro guía era el pastor alemán, ya que este perro había dado excelentes resultados en rescates, etc. Pero el trabajo realizado en Alemania no tuvo mucha repercusión internacionalmente hasta que, en el año 1927, cuando la ciudadana americana Dorothis Eutis, que trabajaba como adiestradora para la Cruz Roja suiza, se interesó por el adiestramiento de los perros guía.

La Sra Eutis y su marido George eran criadores de perros y su criadero se encontraba en Vevei. La Sra Eutis visitó el centro de adiestramiento alemán para estudiar sus técnicas y en 1927 el periódico estadounidense *The Saturday* le pidió que escribiera un artículo sobre cuáles eran sus técnicas de adiestramiento, pero como ella no quería revelarlas, realizó un artículo sobre los perros guía y cómo los adiestraban.

Este artículo fascinó a Morris Frank quién escribió una carta a Eutis pidiéndole que adiestrara un perro para él. Ella aceptó, pero pidió que se desplazase a Suiza para el entrenamiento. En 1928 Morris viajó a Suiza donde recogió el perro que habían entrenado para él y viendo los resultados, decidió junto a Eutis abrir una escuela de perros guía en Estados Unidos en el estado de New Jersey. En dicha escuela, se encontraba la administración, adiestramiento y residencia de las personas ciegas.

1.1. Panorámica del perro guía y las escuelas en distintos países

En la actualidad hay escuelas en la casi totalidad de los países desarrollados. Así, por ejemplo, en Estados Unidos hay 11 escuelas y en Francia 10. En España, contamos como única escuela con la Fundación ONCE del Perro Guía, en adelante FOPG.

Un gran número de estas escuelas están agrupadas en la federación de los respectivos países y en la federación internacional de perros guía con sede en las oficinas internacionales de la GDBA. Así, hoy día existen unas 35 escuelas asociadas en esta federación.

Además, las escuelas de perros guía, indican el progreso de un país, ya que forman parte de los servicios sociales de los mismos.

1.2. Historia del perro guía en España

Los primeros perros guía, llegaron a España en el año 1963 y procedían de la escuela de Rochester situada en Detroit. Esto se consiguió porque la ONCE y el Club de los Leones llegaron a un acuerdo con Leader Dogs.

En la actualidad, alrededor de 20 perros por año proceden de Rochester. La primera escuela de perros guía en España, fue la Escuela de Perros.

Guía General Óptica fundada en 1972 tras recibir formación en Reino Unido. A dicha escuela, podían asistir 3 alumnos por curso.

En 1991 abrió sus puertas la FOPG entregando hasta el año 1999 124 perros.

Por otra parte, las razas más utilizadas son las siguientes:

- Cruce de labrador y golden 44%
- Labrador 30%
- Golden 14%
- Pastor alemán 5%

En cuanto a la selección de la raza, se tiene en cuenta la salud de los progenitores, la ausencia de taras genéticas, el temperamento y la talla.

1.3. Etapas del adiestramiento

El adiestramiento del perro guía, es un proceso continuo de aprendizaje.

Sin embargo, podemos diferenciar 3 etapas:

- **Fase con la familia:** Comprende desde las 6 semanas al año de edad. En esta fase, suceden los períodos críticos del perro, ya que se tiene que habituar a sonidos, objetos y vivencias.
Además, el perro aprende obediencia básica y a caminar en junto.

- **Fase en el centro de adiestramiento:** En esta etapa, se le enseña al perro a manejar obstáculos, a ir en línea recta y se sigue incidiendo en la obediencia. Va desde un año de edad hasta los dos años. Además, se expone al perro a situaciones más difíciles que tiene que resolver.
- **Etapa de entrega y acople con el usuario:** Se enseña al usuario a cuidar y manejar al perro. Además, se tienen en cuenta las características físicas y psicológicas de cada usuario para dar el perro adecuado.

1.4. Las familias educadoras

El adiestramiento del perro guía solo es posible gracias a la labor altruista y desinteresada de las familias que se ocupan de habitar/familiarizar a los cachorros a todas las situaciones de la vida diaria en el hogar.

Las familias seleccionadas se hacen cargo del cachorro cuando este tiene 6 semanas de edad y le enseñan a aceptar las reglas básicas de convivencia. El cachorro vuelve al centro de adiestramiento cuando cumple el año (por término medio, existen variaciones en función de la raza y necesidades específicas de cada individuo) donde se comienza el adiestramiento.

La mayoría de las escuelas de perros guía, realizan su propia cría y selección de los perros. Esto explica el bajo nivel de rechazo que existe en la actualidad.

Con la familia el perro aprende ejercicios de obediencia básica, así como a ir en el lado izquierdo. Además, la familia tiene la responsabilidad de educar al perro para que no sea destructivo y aprenda a convivir en una casa.

Si hablamos del arnés, es el signo identificativo que más se ve en los perros guía. El arnés consta de 2 partes:

- El cuerpo, que es la parte de cuero que rodea el pecho del perro.
- El asa, que se ajusta en función de la altura de la persona y es de metal.

Por otra parte, en la mayoría de ocasiones se adiestra al perro para que vaya en el lado izquierdo de la persona ciega, si bien se han adiestrado perros para que caminen

en el lado derecho. La persona se mantiene en los cuartos traseros del perro para que tenga reacción cuando el perro realice algún giro o movimiento y camina en paralelo junto con el perro.

En cuanto a la movilidad con perro guía, una de las características de la misma, es que la persona ciega no tiene contacto físico con el entorno, se eliminan las referencias táctiles que puede obtener con el bastón (línea del edificio, farolas, etc.) y ha de utilizar las referencias auditivas o cambios de superficie para poder determinar su situación en el entorno. Los únicos puntos de referencia y orientación, que se mantienen estables en el entorno son el tráfico, los bordillos, los cambios de superficie y otros sonidos (tiendas, etc.) u olores (panadería, kiosco, etc.). Por esta razón se adiestra al perro guía siguiendo el principio de la línea recta, para facilitar la movilidad independiente y segura de la persona ciega.

Siguiendo este principio, se enseña al perro guía a caminar en el centro del pavimento manteniendo su concentración y una tensión suficiente para que pueda ser percibida por la persona ciega a través del arnés. El perro deberá mantener dicha línea de desplazamiento hasta que el amo decida un cambio de dirección.

Otra de las cuestiones es el lazo afectivo que se establece entre el perro y su amo, ya que pasan 24 horas al día juntos durante 8 o 9 años y la pérdida del perro, puede ocasionar gran tristeza que en algunas ocasiones es muy difícil de superar.

1.5. Legislación en materia de perros guía

En principio, la regulación del derecho de acceso por parte de las personas ciegas o con deficiencia visual grave que tuviera perro guía, se reguló por el Estado. Así, se recogió el derecho de acceso a los lugares públicos o de uso público de las personas que tuvieran perro guía.

El estado hizo esta regulación a través de 2 normas de rango reglamentario:

El Real Decreto 3250/1983, de 7 de diciembre, por el que se regula el uso de perros guía para deficientes visuales y la Orden de Presidencia de 18 de junio de 1985 sobre uso de perros guía para deficientes visuales. La verdadera regulación del derecho de acceso se encuentra en la Orden, ya que el Real Decreto se limitó a reconocer el derecho en términos muy genéricos que requerían de una articulación más específica.

Con la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de una serie de competencias, comenzaron a legislar en materia de perros guía. Unas veces con leyes específicas, y otras con normas de accesibilidad que plasmaban el derecho de los usuarios de perro guía al acceso a los lugares públicos etc.

Todas las Comunidades Autónomas han promulgado leyes en las que se contemplan la regulación de los derechos de las personas con perro guía. Sin embargo, no existen los mismos criterios en todas ellas y la legislación estatal, es de carácter subsidiario salvo en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla donde es de aplicación directa la legislación estatal.

1.6. Tipología de las normas autonómicas

Las normas autonómicas, se pueden clasificar en 3 grandes tipos:

- Leyes sobre accesibilidad y supresión de barreras.
- Leyes sobre perros guía.
- Leyes sobre perros de asistencia.

En cuanto a las leyes sobre accesibilidad y supresión de barreras, limitan la regulación del derecho de los usuarios con perro guía a 2 o 3 artículos y remiten a un desarrollo reglamentario la materia, pero dicho desarrollo no existe. En este caso, las infracciones no son específicas, si no que se denuncia como cualquier otra infracción en materia de accesibilidad.

Las Comunidades en las que se da esta legislación, son Canarias, Aragón, Castilla-La Mancha, Asturias, Cantabria, Castilla y León y Extremadura.

1.7. Leyes sobre perros guía

Las leyes sobre perros guía, contienen una regulación específica y hay rasgos semejantes en dichas leyes, que son los siguientes:

1. Realizan una definición del concepto de perro-guía y regulan las condiciones y el procedimiento para su reconocimiento como tal por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma, si bien es cierto que, dado que en la casi totalidad de los casos no existe un desarrollo reglamentario de la Ley, no se

efectúa un acto formal de reconocimiento administrativo del perro-guía, de modo que los usuarios ejercen sus derechos con la acreditación expedida por ONCE y el distintivo entregado por la FOPG.

2. Se enumeran los lugares a los que se puede acceder con perro guía.
3. Se define el derecho, y se regulan criterios tales como el acceso a los transportes públicos.
4. En todas ellas, hay un cuadro de sanciones para los casos de vulneración del derecho que tienen los usuarios de perro guía.

Las Comunidades que cuentan con este tipo de leyes son las siguientes: Andalucía, Cataluña, Baleares, Madrid, Murcia, La Rioja y Navarra.

1.8. Leyes sobre perros de asistencia

Estas leyes son las más avanzadas que existen actualmente, pero se engloba dentro de la categoría de perros de asistencia a los perros de terapia, que no tienen ningún adiestramiento y que puede llevar a confusión y problemas. Nacen para dar protección a personas con discapacidades diferentes a la ceguera, y que también necesitan un perro. Como ejemplo, una persona sorda.

Cabe destacar, que se ha seguido avanzando en la regulación de los derechos y obligaciones que tienen los usuarios de perro guía y se están incluyendo preceptos legales en las nuevas leyes sobre discapacidad. El ejemplo más reciente, es la Ley 4/2017 de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía.

En el artículo 4, apartado U se define al perro de asistencia recogiendo las funciones que realiza un perro de asistencia con un usuario de este auxiliar de movilidad o de acompañamiento.

Perros de asistencia: aquellos que han sido adiestrados en centros oficialmente homologados para el acompañamiento, conducción, ayuda y auxilio de personas con discapacidad, y están identificados con un distintivo oficial.

Además, entre los principios de esta ley recogidos en el artículo 6, destaca la regulación del derecho de acceso de las personas con discapacidad al entorno físico, etc. Se presupone que en el caso de una persona con discapacidad lo podría hacer con su perro guía o de asistencia.

La regulación específica sobre perros de asistencia, se establece en el título VIII artículo 52. En el referido artículo, se promoverá la utilización de perros de asistencia a las personas que lo requieran garantizando el acceso a locales, transportes y demás lugares de uso público.

En mi opinión, habría que de enumerar los tipos de perros de asistencia que existen y las funciones que realizan para evitar que surjan dudas a la hora de interpretar esta ley. Espero que transcurrido un año desde la entrada en vigor de la citada ley, se cuente con las organizaciones referentes en la prestación de perros guía y de asistencia para aprobar una ley que de respuesta a las necesidades reales de los usuarios.

Para finalizar, es positivo que se haya regulado en esta norma autonómica un régimen sancionador, que se recoge en el título XIII.

Se regulan los órganos competentes que resolverán las posibles infracciones y se clasifican dichas infracciones en leves, graves y muy graves.

Además, la cuantía de las multas se fija en función del tipo de infracción.

1.9. Normativa ONCE sobre la regulación de la concesión de perro guía

Actualmente la norma que regula la concesión de perro guía es la circular 14/2014 y el oficio circular que la desarrolla.

Como aspectos a tener en cuenta de esta circular, se pueden considerar los siguientes:

- La concesión de perros guía no es extensible a aquellas personas que en el momento de presentar la solicitud no sean afiliadas a la ONCE.
- Se establece la prestación de asesoramiento legal para aquellos usuarios que necesiten defender el derecho de acceso al entorno.
- La persona solicitante de un perro guía, debe ser afiliada a la ONCE, y mayor de edad.
- La fecha de solicitud, será la de presentación y registro de la misma en la aplicación.

- Se establece como requisito que la cumplimentación de los informes por parte de los profesionales se debe hacer una vez se visite al usuario.
- Los informes tendrán una validez de un año.
- Se delimitan las competencias de la ONCE y de la FOPG, así como la coordinación entre ambas.
- Solo se subvencionan los desplazamientos desde Madrid hasta la escuela donde se recoja el perro que tenga convenio firmado con la FOPG.
- Cuando se constate una situación de maltrato por parte del usuario hacia el perro guía, este no podrá solicitar un nuevo perro tras 2 años después de los hechos.
- Se regulan los derechos y obligaciones de los usuarios de perro guía.
- Hay una prioridad clara para los solicitantes de perro guía sin resto visual funcional.
- Se contabilizan las renunciaciones de no asistencia a un curso de perro guía para los usuarios de la FOPG y los usuarios que asistan a escuelas donde haya convenio de colaboración.

Además, otro de los aspectos clave que se regula en esta circular, es la Comisión de Valoración. Dicha comisión está integrada por representantes de ONCE y de la FOPG y es la responsable de resolver las solicitudes de perro guía.

Entre sus funciones se pueden destacar: resolver las solicitudes de perro guía, analizar las condiciones actitudinales de cada solicitante, acordar el aplazamiento de resolución de alguna solicitud si se da alguna causa para ello, y por último, revisar los acuerdos de reuniones anteriores si hay motivos para hacerlo.

1.10. Composición de la comisión de valoración

Por parte de la ONCE, el/la titular de la Dirección General Adjunta de Servicios Sociales, titular de la Dirección General de Autonomía personal y Atención al Mayor, Juventud, Ocio y Deporte, responsable del departamento de Autonomía Personal y Accesibilidad de Dirección General.

Por parte de la FOPG: director/a, coordinador de los departamentos técnicos, un instructor de movilidad con perro guía designado por la dirección de la FOPG que prestará asesoramiento.

2. LA FUNDACIÓN ONCE DEL PERRO GUÍA

La Fundación ONCE del Perro Guía, está situada en Boadilla del Monte a unos 20 Km de Madrid y dispone de una superficie de 100.000 metros cuadrados.

Su fin es proporcionar perros guía a las personas ciegas como auxiliar de movilidad. Por otra parte, el Patronato de la FOPG está formado por representantes de la ONCE y su Fundación, así como usuarios de perros guía y personas del mundo del perro.

Dicho Patronato lo constituyen 15 miembros que son los siguientes:

- Presidente: Andrés Ramos Vázquez.
- Vicepresidenta: Patricia Sanz Cameo.
- Secretario: Ángel Luis Gómez Blázquez.
- Vocales:
 - Imelda Fernández Rodríguez.
 - Gema León Díaz.
 - Cristina Arias Serna.
 - Jesús Hernández Galán.
 - Miguel Ángel Cabra de Luna.
 - Víctor López Eiris.
 - Paola del Río Cebrián.
 - Aránzazu Casado Rodríguez.
 - Fernando Pindado García.
 - Rosa Alfonso González.
 - Manuel Rodríguez Sánchez.
 - Enrique Sainz de Murieta y Rodeiro.

La FOPG se rige por lo establecido en sus estatutos que se adaptan a la ley 50/2002 de 26 de diciembre y su posterior desarrollo reglamentario y marcan las líneas básicas de su actuación.

Además, la Fundación presenta sus cuentas y el Plan de Actuación, al Protectorado de Fundaciones Asistenciales dependiente del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.

Por otro lado, la FOPG entrena 100 perros anuales que serán adjudicados a discapacitados visuales.

El centro está formado por 4 edificios:

- Residencia
- Oficinas
- Aislamiento
- Perreras

La escuela está dotada con los últimos avances para conseguir la máxima eficiencia y además, cuenta con un equipo humano y profesional muy cualificado.

En cuanto a la plantilla de la escuela, está formada por 60 trabajadores y además, existe una gran coordinación entre todos los departamentos que asegura una rápida actuación ante cualquier incidencia. La escuela se apoya en un director gerente, un coordinador de departamentos y un administrador y es la escuela que a nivel mundial cuenta con más trabajadores discapacitados.

Para conseguir un buen entrenamiento y ofrecer una prestación de calidad a los usuarios, existe el departamento de entrenamiento e instrucción, que trabaja con los perros por las calles de Madrid.

El departamento de cría que asegura una óptima selección y que trabaja junto con el departamento de cachorros, que es el que busca, asesora y forma a las familias para que sean familias educadoras.

Pero el edificio que más impresiona a los visitantes, es el destinado a perreras. Allí se desarrolla el trabajo coordinado por un responsable único, un auxiliar administrativo y por supuesto un grupo de veterinarios que aseguran una atención de calidad de los perros.

2.1. Situación actual de la Fundación

Se ha renovado el Convenio de Colaboración con la Federación de Club de los Leones de España en 2011 así como con la Escuelas de LD y GEB.

Cabe señalar, que de la firma de estos convenios, no se derivan costes fijos para la FOPG y además, se pueden entregar más perros guía.

Por otra parte, en cuanto al cumplimiento de los objetivos recogidos en el Plan de Actuación, se puede destacar lo siguiente:

- La FOPG ha graduado 117 unidades de las 119 que estaban previstas. Además, han existido incidencias que han impedido la graduación de unidades como puede ser, el abandono de usuarios en la realización del curso para la obtención del perro guía
- En Cuanto a la graduación a través de las escuelas concertadas, se han graduado 27 perros de los 31 previstos, lo que significa, que se han cumplido los objetivos en un 87%. En conjunto, el grado de cumplimiento de graduaciones en 2014 ha sido de un 96%

Con respecto a la mejora de la calidad del servicio, quiero hacer referencia a los objetivos que se han propuesto en el Plan de Actuación para mejorar la prestación de perros guía.

- Se ha aprobado un protocolo estándar del cachorro.
- Aplicación del test BCL a todas las camadas nacidas en la FOPG. El test BCL, que constituye una herramienta de valoración conductual del perro estandarizada y que permite homogeneizar y tratar la información obtenida, se ha implantado en 2014 como rutina consolidada para todas las camadas en el momento previo a su salida con familia educadora, elaborado por los profesionales de los Departamentos de Cría y Cachorros.
- Mejora del proceso de estimulación de los cachorros durante el período de permanencia en las perreras de la FOPG. Esto se ha podido conseguir, gracias a la mejora de las instalaciones para tal fin, así como con cursos de formación sobre estimulación temprana.
- Realización de todas aquellas medidas que sean necesarias para mejorar la calidad de la prestación de perros guía siempre y cuando, haya recursos para hacerlo.
- Se ha protocolizado las instrucciones y los procedimientos de trabajo. Los Protocolos son los siguientes:
 1. Modificación del Protocolo sobre intercambio de información veterinaria entre los profesionales de la FOPG (14 de enero de 2014).

2. Protocolo regulador del acogimiento temporal de perros jubilados en expectativa de adopción (14 de enero de 2014).
3. Modificación del Protocolo de procedimiento para el anticipo y la liquidación de los gastos por desplazamientos de trabajo (10 de abril de 2014).
4. Protocolo sobre utilización de soportes audiovisuales en el desarrollo de las funciones de los profesionales de la FOPG (14 de noviembre de 2014).
5. Protocolo de criterios para la organización de visitas a la FOPG (14 de noviembre de 2014).
6. Protocolo de limpieza y desinfección de quirófano y prequirófano (14 de noviembre de 2014).
7. Protocolo de estándar de Cachorros (14 de diciembre de 2014).

3. ANÁLISIS EN LA PRESTACIÓN DE PERROS GUÍA

La Fundación es una entidad sin fines lucrativos que obtiene sus recursos y medios principalmente a través de las aportaciones económicas de la ONCE como Entidad Fundadora. Con fecha 31 de marzo de 1992, le fue concedida por parte del entonces Ministerio de Asuntos Sociales la clasificación de “beneficencia particular de carácter asistencial”.

Cabe destacar, que a la Fundación le es aplicable el régimen fiscal establecido en la ley 49/2002 de 23 de diciembre de régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro y de los incentivos fiscales al mecenazgo. Por ello, todas las actividades de la FOPG, incluido el arrendamiento de terreno, están exentas de tributación en el impuesto sobre sociedades.

3.1. Análisis del Balance correspondiente al cierre del ejercicio 2014

Tras haber explicado tanto los servicios presentes en la FOPG como las instalaciones propias de la Fundación, en este capítulo se hace referencia de forma detallada a

aquellos aspectos económicos y financieros que sustentan y que hacen posible la existencia de esta entidad y la realización de las actividades que ésta lleva a cabo.

Así, y atendiendo a los datos aportados por el Balance correspondiente al cierre del ejercicio 2014, vemos como una de las partidas más importantes que encontramos en su Activo es la correspondiente al Inmovilizado material (8.311.868 €), partida que supone el 90,5% del Activo total de la Fundación y que engloba inversiones relacionadas con edificios y terrenos, así como otras como la compra de material específico y, lo más importante, la adquisición de los perros que finalmente se entregarán al afiliado.

Con una cantidad de 7.927.964 € (el 95,4% de la inversión en inmovilizado material), podemos ver cómo, para la FOPG, la inversión en su mobiliario (edificios, acondicionamiento de instalaciones, nuevas construcciones, etc.) y terrenos es esencial, lo que hace que puedan contar con espacios modernos y confortables para la persona afiliada, así como con instalaciones y mobiliario adaptado.

Asimismo, es importante señalar que dentro de esta partida encontramos inversiones relacionadas con medios de transporte, como la adquisición de vehículos, así como algo muy importante y que supone la razón de ser de la Fundación: la adquisición y/o activación contable de perros reproductores. Concretamente, en el ejercicio 2014, se ha producido la activación contable de 15 perros reproductores (13 procedentes de camadas propias y 2 donados) por un valor total de 66.570 €.

Por otro lado, y centrándonos en el Pasivo del ejercicio 2014, podemos observar cómo la FOPG se financia principalmente gracias a subvenciones, donaciones y legados recibidos. Como podemos comprobar, la FOPG cuenta con un Patrimonio neto que asciende a 8.779.624 € siendo esta partida de un valor contable acumulado correspondiente a 7.294.132 €, un 83,1% del Patrimonio neto de la Fundación.

Gracias al análisis del Balance, y comparando el año 2014 con el ejercicio anterior, se puede comprobar cómo dicha partida se ha reducido en 248.900 €, un 3,3%. Aunque dicha reducción puede ser debida a múltiples causas, quizás, la coyuntura económica actual puede ser un factor importante a tener en cuenta en su explicación.

Por otro lado, es importante señalar la partida presente en el Balance correspondiente a Dotación fundacional, ya que se corresponde prácticamente con los Fondos Propios de la Fundación. La partida de Dotación fundacional recoge las aportaciones realizadas en diferentes momentos por la ONCE cuya cuantía asciende a 1.526.571 € en el ejercicio 2014.

3.2. Análisis de las principales fuentes de financiación de la FOPG

Una vez analizado de forma general el Balance de la FOPG durante el ejercicio 2014, vamos a centrarnos en cómo se financia la Fundación, es decir, de dónde obtiene sus ingresos principalmente, y donde y a qué actividades destina los mismos.

Como se ha comentado en el apartado anterior, la FOPG, al ser una entidad sin ánimo de lucro, obtiene sus principales ingresos gracias a subvenciones, donaciones y legados recibidos por diferentes organizaciones. Sin embargo, también percibe ingresos, aunque de un valor considerablemente inferior, gracias a diferentes actividades como por ejemplo arrendamientos del terreno o donaciones no económicas, como las donaciones de perros.

a) Subvenciones, donaciones y legados

Las subvenciones, donaciones y legados conforman la partida principal gracias a la cual la FOPG obtiene su financiación. En el ejercicio 2014, esta cantidad asciende a un total de 3.787.764, un 2,6% más que en el año anterior. Sin embargo, cabe señalar que esta cantidad procede de cuatro vías principalmente. Así, las subvenciones por parte de ONCE suponen el 91,8% de la dotación económica de esta partida, aportando a la Fundación un total de 3.477.750 €. Por otro lado, Ilunion también ayuda económicamente a la Fundación aportando 250.000 €, el 6,62% de la partida.

Como entidades ajenas a ONCE, la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid (CAM) aporta en 2014 la cantidad de 24.000 € a la FOPG como ayuda a su financiación, un 0,63% del total. Además, por otro lado, Caixabank, empresas privadas y particulares también se implican con la actividad de la Fundación, aportando para ello un total de 36.014 €, un 0.95% del total.

	2014
Subvenciones ONCE	3.477.750 €
Subvenciones Corporación Empresarial ONCE, S.A.U.(CEOSA)	250.000 €
Subvenciones Consejería de Asuntos Sociales de la CAM	24.000 €
Otras subvenciones a la explotación (Caixabank, empresas privadas y particulares)	36.014 €
Total subvenciones, donaciones y legados de explotación imputados a resultados del ejercicio afectos a la actividad propia	3.787.764 €

*Tabla de imputaciones a ingresos del ejercicio relativas a subvenciones y donaciones recibidas por la Fundación para financiar sus actividades corrientes. Informe Cuentas Anuales Fundación ONCE del Perro Guía 2014 (FOPG). Marzo 2015.

b) Otros ingresos de explotación

Este apartado hace referencia a ingresos que obtiene la Fundación como parte de actividades que lleva a cabo como por ejemplo, el arrendamiento de parte del terreno a la empresa Vodafone S.A. para la instalación de un repetidor telefónico, entre otras.

Dichas actividades proporcionan a la FOPG la cantidad de 36.644 € en 2014.

	2014
Ingresos por arrendamientos (nota 6)	14.040
Ingresos por formación para el empleo	3.078
Ingresos por servicios diversos	19.525
Otros resultados	-
Total otros ingresos de explotación	36.644

*Tabla de imputaciones a ingresos del ejercicio relativas a otros ingresos de explotación. Informe Cuentas Anuales Fundación ONCE del Perro Guía 2014 (FOPG). Marzo 2015.

c) Trabajos realizados por la entidad para su activo

Aparte de los ingresos explicados hasta el momento, como se explicó en el análisis del Balance, se producen donaciones y activación contable de perros reproductores. Esta partida se contabiliza en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias como un ingreso para la Fundación correspondiente a la cantidad de 55.600 €.

	2014
Activación contable de perros reproductores procedentes de camadas propias y donaciones	55.600

*Tabla de imputaciones a ingresos del ejercicio relativas a la activación contable de perros reproductores procedentes de camadas propias y donaciones. Informe Cuentas Anuales Fundación ONCE del Perro Guía 2014 (FOPG). Marzo 2015

3.3 Principales actividades a las que se destinan los recursos de la FOPG

La financiación descrita en el apartado 2 de este capítulo, y tal y como se puede observar al pie de las diferentes tablas adjuntas en el informe, está destinada a la realización de las actividades que lleva a cabo la FOPG para sus afiliados.

Tal y como reza el Informe de Cuentas Anuales de la Fundación ONCE del Perro Guía, *“el objeto o fin principal de la Fundación es facilitar, de forma directa o concertada, la adquisición de perros guía para personas con ceguera o deficiencia visual grave, como medio de movilidad que incremente la seguridad y autonomía de sus desplazamientos, y de este modo contribuir a la consecución del máximo nivel posible de integración social de sus beneficiarios”*.

Por ello, las principales actividades que desarrolla la Fundación van dirigidas a la consecución de este objetivo y se pueden clasificar en tres grandes bloques: Cría, cuidado, adiestramiento y entrega directa de perros guía, por un lado, entrega concertada de perros guía por otro y por último, actividades de difusión de la figura del perro guía. Cada una de estas actividades tiene un coste diferente en función de su importancia y envergadura.

Es importante señalar que, los datos que aparecen a continuación hacen referencia a los recursos ejecutados en el periodo 2014 y no a lo presupuestado. Se ha decidido centrar el estudio en lo que verdaderamente la Fundación ha “gastado” en el ejercicio, dejando a un lado el análisis de las posibles desviaciones en cuanto a lo presupuestado.

- Cría, cuidado, adiestramiento y entrega directa de perros guía.

Esta actividad consiste en la cría, cuidado, adiestramiento y entrega directa por parte de la Fundación de perros guía a sus beneficiarios, personas ciegas o con discapacidad visual grave solicitantes de esta ayuda técnica a su movilidad que hayan sido declaradas aptas para recibirlo. Se desarrolla en la localidad de Boadilla del Monte (Madrid) y en el ejercicio 2014 se han destinado 3.517.638 € para la realización de esta actividad. Esta cantidad supone el 91,05% de los recursos ejecutados en el programa durante el ejercicio 2014.

Recursos empleados para la cría, cuidado, adiestramiento y entrega directa de perros guía	Ejecutado 2014
Crianza y supervisión de cachorros	433.769
Perreras y residencia	823.097
Entrenamiento y cursos de usuarios	932.189
Salud preventiva, cirugía y sanidad de los perros del Centro	314.938
Gastos comunes	1.013.645
Total	3.517.638

*Tabla de recursos empleados para la cría, cuidado, adiestramiento y entrega directa de perros guía. Informe Cuentas Anuales Fundación ONCE del Perro Guía 2014 (FOPG). Marzo 2015

- Entrega concertada de perros guía.

Esta actividad consiste en la entrega de perros guía adiestrados por las escuelas americanas LD y GEB (en ejecución de los Convenios vigentes). Los solicitantes se desplazan a la sede de dichas escuelas en EE.UU., donde se les imparte el curso necesario para aprender a moverse con su perro guía y, a su regreso a España, la FOPG les facilita el apoyo técnico que precisen. Para la realización de esta actividad, en el ejercicio 2014 se han utilizado 292.553 €, un 7,57% del total utilizado para la realización de actividades.

Recursos empleados para la entrega concertada de perros guía	Ejecutado 2014
Subvenciones para adquisición de perro guía procedentes de otros centro de adiestramiento	208.250
Gastos comunes	84.303
Total	292.553

*Tabla de recursos empleados para la entrega concertada de perros guía. Informe Cuentas Anuales Fundación ONCE del Perro Guía 2014 (FOPG). Marzo 2015

- Actividades de difusión de la figura del perro guía.

La tercera de las grandes actividades realizadas por la FOPG consiste en la realización de actividades culturales, divulgativas y publicitarias para dar a conocer la labor e imagen del perro guía y de la propia Fundación ONCE del Perro Guía, con el objetivo

de facilitar el cumplimiento de los derechos de acceso previstos en la legislación vigente, así como normalizar su aceptación por parte de la sociedad. Esta actividad requiere para su realización durante el ejercicio 2014 la cantidad de 39.736 €, un 1,03% de la dotación económica destinada a la realización de las actividades.

Recursos empleados para actividades de difusión de la figura del perro guía	Ejecutado 2014
Actividades de carácter social	28.286
Gastos comunes	11.450
Total	39.736

*Tabla de recursos empleados para actividades de difusión de la figura del perro guía. Informe Cuentas Anuales Fundación ONCE del Perro Guía 2014 (FOPG). Marzo 2015.

Aparte de los tres grandes grupos de actividades descritas en este apartado, existe una partida económica no imputable a ninguna de las actividades correspondiente a 13.655 €. Esta cantidad se ha utilizado durante el año 2014 para hacer frente a gastos propios de la Dirección y administración del Centro y para sufragar los gastos asociados a servicios de apoyo a otros programas. Esta cantidad supone el 0,35% del total gastado en las actividades.

4. NUEVAS FUENTES DE FINANCIACIÓN

En este apartado plantearé posibles formas de encontrar nuevos recursos para la Fundación ONCE del perro guía. Además, me gustaría estudiar cómo obtienen recursos otras fundaciones.

Nos encontramos en un escenario en el que se exige una mayor atención de los usuarios de perros guía, reducir la lista de espera que existe para tener un perro y hacer una buena gestión de los recursos.

Además, todo ello enfocado en la mejora continua de la calidad de los servicios sociales y en este caso, de la prestación de perros guía.

Por otra parte, tras investigar sobre otras formas de financiación que podrían aplicarse a la FOPG me ha resultado de gran interés, la gestión y financiación de la Fundación Bocalán.

¿Qué es la Fundación Bocalán?

Esta fundación, tiene como finalidad el estudio de la conducta humana y animal, y realizar actividades con animales.

Tras muchos años de experiencia, se han dado cuenta de que los animales mejoran la conducta humana, en concreto, la motivación y la socialización. Además, y debido a ello, han mostrado interés en el uso de los animales en el campo terapéutico.

Centrándonos en la financiación que tiene esta fundación, cabe destacar la escuela de formación que sirve para financiar la fundación Bocalán y mejorar la vida de las personas con discapacidad. Dicho centro, ofrece cursos de adiestradores caninos adaptados a las exigencias actuales y a la normativa internacional.

Su equipo de formadores es el más amplio y reputado del mundo, donde se encuentran integrados instructores de perros guía y perros de servicio, miembros de ADI, Instructores/Formadores oficiales de la Real Sociedad Canina, Campeones Nacionales y Mundiales, etólogos de reconocido prestigio, jueces FCI, psicólogos, gestores, pedagogos y expertos en comunicación.

Por otra parte, esta fundación también ha tenido otras formas de financiación, tales como la venta de peluches en gasolineras o centros comerciales.

5. SISTEMA DE INDICADORES EN LA PRESTACIÓN DE PERROS GUÍA

Considero que con la información que obtenga con la realización de este trabajo, podría plantear un posible sistema de indicadores para mejorar la calidad de esta prestación.

Con el indicador propuesto en la prestación de perros guía se pretende conocer las posibles causas que pueden darse para la denegación de una solicitud, así como el número de solicitudes denegadas en cada DT / DZ y de los centros dependientes de estas.

Por otra parte, con este indicador se pretende mejorar en la toma de decisiones para seguir mejorando la prestación de Servicios Sociales a los afiliados.

5.1 Propuesta de indicador para la FOPG

Por todo lo comentado al comienzo de este capítulo, el nuevo indicador propuesto para mejorar el servicio prestado en la FOPG es el siguiente:

Porcentaje de solicitudes denegadas para la obtención de un perro guía con respecto al total de solicitudes resueltas.

Justificación

Con este indicador, se pretende saber cuántas solicitudes son denegadas en cada centro, ya que esto, puede ser de especial relevancia para buscar posibles causas de denegación de solicitudes.

Con los datos obtenidos, se pediría información a los centros para estudiar las causas de denegación y poder ser más precisos para informar a los usuarios que optan por pedir un perro guía como auxiliar de movilidad.

Además, aumentaría la eficiencia, ya que se podría informar mejor a los usuarios cuando soliciten un perro guía. Con ello, se evitarían utilizar recursos y aumentaría la satisfacción del usuario al no crearle posibles expectativas.

Por otro lado, todo esto puede influir en la mejora de la calidad en la prestación de perro guía y en la optimización de los recursos.

Forma de cálculo

Número total de solicitudes de perro guía / número de solicitudes denegadas x 100

Periodicidad

Este indicador, será de periodicidad trimestral.

Definición de términos

Resolución: concesión o denegación de la solicitud para la obtención de un perro guía por la comisión de valoración.

Fuente de datos

EVO > área de SSAA > opciones de centro > solicitudes no activas por fecha de situación.

Criterios de registro informático

Las solicitudes de perro guía registradas en la aplicación serán las que harán variar este indicador.

Criterios de actuación

Es importante contar con procedimientos de información que aseguren la máxima información a los usuarios cuando decidan solicitar un perro guía.

Por otra parte, es de vital importancia el intercambio de información entre los distintos profesionales que realizarán los informes requeridos para cumplimentar la solicitud de perro guía.

Análisis e interpretación

En este indicador, tienen repercusión los siguientes factores:

- Forma de trasladar la información al usuario.
- Situación visual del solicitante.
- Grado de autonomía del afiliado.

6. CONCLUSIONES

Tras el estudio de la prestación de perros guía por parte de la ONCE y la FOPG, puedo afirmar que contamos con una Fundación adaptada a los tiempos actuales, y que cuenta con unos profesionales bien formados.

Además, el hecho de ser la escuela de perros guía que cuenta con más trabajadores discapacitados, hace que podamos sentirnos más orgullosos aún si cabe.

Por otro lado, he podido comprobar que la FOPG, cuenta con una gran planificación y una estructura que hace posible el trabajo de forma coordinada para resolver lo antes posible aquellos problemas que pudiera tener el usuario.

WEBGRAFÍA

Para la realización de este trabajo, además de la memoria de la FOPG del año 2014 he utilizado las siguientes páginas web:

<http://www.nodo50.org/utlai/perros.htm>

<http://perrosguia.once.es/home.cfm> <http://www.bocalan.es/>

Antonio Galiano Barajas

**Responsable Jurídico del Instituto Municipal de Personas con Discapacidad.
Ayuntamiento de Barcelona**

////////////////////////////////////
**EL DERECHO A VIVIR DE FORMA INDEPENDIENTE Y A SER IN-
CLUIDO/A EN LA COMUNIDAD. LA EXPERIENCIA DEL AYUNTA-
MIENTO DE BARCELONA**

**Extracto y adaptación del Trabajo fin de Máster: 2ª Edición del Máster en Dis-
capacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia (2015-2016).**

SUMARIO: 1. Introducción. –2. El derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido/a en la comunidad. 2.1. Un enfoque desde la teoría de las capacidades. 2.2. La garantía del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido/a en la comunidad. 2.3. Especial análisis del Servicio Municipal de Asistencia Personal del Ayuntamiento de Barcelona. –3. Retos del modelo Barcelona. –Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

“El problema no radica ya en el reconocimiento de derechos que son universales, sino en la forma de garantizar su ejercicio y disfrute por parte de las personas con discapacidad”

Rafael de Lorenzo García

El artículo 19 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, bajo la rúbrica “*el Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*”, regula la asistencia personal y otros servicios de apoyo individualizados, como un derecho universal de las personas con discapacidad.

En el presente artículo analizaremos la literatura científica y nos aproximaremos al marco conceptual del derecho y en particular de la asistencia personal desde el enfoque de la teoría de las capacidades de la profesora NUSSBAUM, y observaremos cómo la teoría de las capacidades ha calado en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad a través de la lucha histórica que colectivos como el movimiento de Vida Independiente han llevado a cabo a escala internacional desde hace décadas.

A continuación, describiremos el Servicio Municipal de Asistencia Personal como un servicio de apoyo que ofrece el Ayuntamiento de Barcelona a sus ciudadanos y ciudadanas para garantizar el ejercicio del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido/a en la comunidad. Y finalmente abordaremos los retos de futuro del modelo Barcelona.

2. EL DERECHO A VIVIR DE FORMA INDEPENDIENTE Y A SER INCLUIDO/A EN LA COMUNIDAD

Durante la segunda mitad del siglo XX se empezó a cuestionar el modelo médico-rehabilitador de la discapacidad que daba el control al médico o profesional sanitario para “reparar” o “rehabilitar” el daño que la naturaleza había realizado en un individuo, para dar paso al modelo social de la discapacidad en el que, como señala el profesor DE LORENZO¹, la persona pasa de objeto a sujeto. “De objeto de una atención con la que paliar unas limitaciones, a sujeto de un proyecto de vida conforme a sus capacidades”. Un modelo en el que el tratamiento de la discapacidad pasa de lo individual a lo colectivo: la cuestión no es tener una discapacidad, sino la desventaja que esa situación comporta en el ámbito social en el que la persona se integra².

¹ DE LORENZO, R. *El futuro de las personas con discapacidad en el mundo*. Informe al Club de Roma, Fundación ONCE, 2003. p. 73

² CABRA DE LUNA, M. Á. “Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad”. En PÉREZ BUENO, L.C. (director). *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, p. 182.

DE ASÍS ROIG describe el modelo social a través de los siguientes postulados: 1) un enfoque desde un punto de vista normativo consistente en el de los derechos humanos; 2) la discapacidad como una situación en la que se encuentran las personas y no un rasgo individual de las mismas; 3) la discapacidad tiene un origen social, por lo que las medidas destinadas a satisfacer los derechos de estas personas deben tener como principal destinataria a la sociedad en general; 4) la política normativa en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad debe moverse en el plano de la igualdad y la no discriminación y, dentro de este, en el ámbito de la generación de los derechos³.

Ante este nuevo paradigma es la sociedad la que debe abrirse a las personas con discapacidad, darles oportunidades, facilitarles los medios para integrarse y participar en igualdad de condiciones con las demás personas. Este modelo es el que sustenta hoy en día la mayoría de las leyes de nuestro ordenamiento jurídico como veremos a lo largo de este artículo, destacando el impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006.

El modelo social de la discapacidad es el modelo más aceptado universalmente, y tiene como objetivo la inclusión y la participación social.

A principios del siglo XXI evoluciona la terminología, incorporándose junto al concepto de personas con discapacidad, el concepto de diversidad funcional, y algunas corrientes sociales hablan del modelo de la diversidad, el modelo en el cual los derechos humanos, la diversidad y la bioética se dan la mano. Un modelo que propugna que lo que hay que valorar es a cada ser humano en sí mismo, con su diversidad, con sus aportaciones, con su forma de estar en el mundo, y que esa diversidad es la que nos enriquece a todas las personas.

RAZ destaca que la autonomía resulta ser un elemento constitutivo de una buena vida⁴. Es por ello por lo que podemos afirmar que la autonomía debe ser el fin que persigan las políticas y acciones públicas.

La libertad de las personas en tanto que agentes autónomos morales es uno de los grandes logros de la sociedad civil. El ejercicio efectivo de los derechos inherentes a la persona implica contar con los recursos suficientes para poder llevar a cabo una vida

³ DE ASÍS ROIG, R. *Sobre discapacidad y derechos*. Ed. Dykinson, 2013, pp. 16-17.

⁴ RAZ, J. *The morality of freedom*. Ed. Oxford University Press. 1986, p. 408.

autónoma, digna y de calidad, todo ello en aras de la consecución de la plena inclusión social, y para ello tenemos apoyos como la asistencia personal que bien utilizados deberían permitir un mayor grado de autonomía e inclusión social de las personas con discapacidad.

2.1 Un enfoque desde la teoría de las capacidades

Entendemos las capacidades como aquellos ámbitos del individuo imprescindibles para la plasmación de su impronta personal, e imprescindibles para su desarrollo, y de estas surgen un conjunto de necesidades básicas. Según cómo se configure el entorno social en el que se desenvuelve la persona, surge una intensidad mayor o menor del conjunto de necesidades, y la necesidad de dotarse de los apoyos necesarios.

Siguiendo a PINDADO⁵ la idea que subyace en el planteamiento de la teoría de las capacidades es que la auto-realización de la persona humana no solo se lleva a cabo mediante el desenvolvimiento pleno de sus capacidades; la dignidad se enmarca en un enfoque basado en los derechos, en función del cual todas las personas resultan merecedoras de un mismo nivel de éstos. Nos encontraremos en supuestos que pueda existir alguna causa de exclusión social, en cuyo caso cabe la adopción de medidas de acción positiva entre las que deberíamos enmarcar la asistencia personal, con el fin de garantizar el principio de igualdad de oportunidades.

De acuerdo con la teoría de las capacidades desarrollada por la profesora NUSSBAUM⁶, todas las personas, independientemente de su nivel de autonomía personal, tienen su lugar en el entorno social, para maximizar sus habilidades, para desarrollar su proyecto vital.

La profesora de la Universidad de Chicago identifica unas capacidades centrales referentes a: vida; salud física; integridad física; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; otras especies; juego y control sobre el propio entorno.

Como sostiene en su tesis doctoral PINDADO⁷, los derechos que deben ser reconocidos para el desarrollo de dichas capacidades, en la medida que guardan relación

⁵ PINDADO GARCÍA, F. *Hacia una única catalogación de los Derechos Fundamentales –los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las personas con discapacidad como Derechos Fundamentales–*. Ed. Cinca, Colección Convención ONU 2016, p.67.

⁶ NUSSBAUM, M.C. “Crear capacidades”. Ed. Paidós, 2012, pp. 53-55

⁷ Op.cit.

con las capacidades centrales del ser humano, deben ser catalogados como derechos fundamentales.

Si seguimos la teoría de las capacidades, el nivel de prestaciones necesario para cada individuo resulta variable en cuanto a su entidad y naturaleza y su propio Plan de Vida. Cada persona resulta un fin en sí misma.

Tanto la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad como el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad⁸ (en adelante TRDPDYS) han introducido el concepto de “capacidades” a lo largo del texto como principio del sistema.

2.2 La garantía del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido/a en la comunidad

El artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad recoge el derecho de las personas con discapacidad “*a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*” en igualdad de condiciones, con opciones iguales a las de las demás personas, y obliga a los Estados Parte a adoptar medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno ejercicio del derecho y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando que la persona tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, y que tenga acceso a una variedad de servicios, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento.

Este derecho debe ser considerado a la vez como un principio, que informe todas las acciones en beneficio de las personas con discapacidad.

La vida independiente constituye uno de los ejes de la acción propuesto para las personas con discapacidad en el Informe 2011 del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, quien en su Comentario General 5 sobre personas con discapacidad (apartado 16), declara que, para solucionar la pasada y presente situación discriminatoria, y evitar una discriminación futura, la legislación no solo debe facilitar a las personas con discapacidad soluciones judiciales tanto como sea posible y apropiado,

⁸ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, páginas 95635 a 95673 (39 págs.).

sino que las administraciones también deben poner en marcha programas sociales que les permita vivir de forma inclusiva, autónoma e independiente.

Dónde están los límites de estos programas y medidas de apoyo no es una pregunta fácil de resolver, es por ello que a lo largo del presente estudio intentaremos poner en cuestión algunos de los límites al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, que los poderes públicos vienen aplicando.

El Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas está trabajando en la Observación General Número 5 (2017) relativa al sentido interpretativo que deben dar los Estados parte al artículo 19 de la Convención referente al derecho a vivir de manera independiente y ser incluido/a en la comunidad. Recuerda a los Estados que, para cumplir con sus obligaciones, han de asegurar el disfrute por parte de todos los ciudadanos del derecho a vivir de manera independiente y ser incluido/a en la comunidad.

Considera que el artículo 19 de la Convención tiene un carácter singular y está relacionado con el resto de los derechos recogidos en la Convención, debiendo ser considerado como una condición previa para la aplicación íntegra de los derechos reconocidos en la Convención.

Nos recuerda también que el artículo 19 lleva asociados derechos civiles, políticos, sociales y culturales y es un ejemplo de la interrelación, la interdependencia y la indivisibilidad de todos los derechos humanos.

El derecho a una vida independiente y a ser incluido/a en la comunidad sólo se puede realizar si se cumplen todos los derechos civiles, sociales y culturales consagrados en la Convención. La teoría moderna de los derechos humanos reconoce que, para poder ejercerse los derechos humanos, es necesario dotar a la persona de los apoyos necesarios.

El artículo 2.h) del TRDPCDYS define el término vida independiente como: *“la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad”*.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15 diciembre 2006, núm. 299) en adelante Ley 39/2006, establece el derecho a la autonomía personal y a la atención de las personas en situación de dependencia como un derecho de titularidad uni-

versal, que se garantiza mediante un conjunto de prestaciones y servicios. El modelo de atención pasa, entre otros, por el de cuidados familiares o de la asistencia personal, y de servicios como la teleasistencia, o la ayuda a domicilio, en función del grado de dependencia. Todas ellas son un conjunto de medidas que contribuyen en mayor o menor medida al modelo de vida independiente.

El TRDPCDYS perdió la oportunidad de impregnarse en toda su magnitud del principio a vivir de forma independiente, y lo formuló en relación con la accesibilidad, instando a los poderes públicos a que adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas.

Son de especial consideración para la satisfacción de este principio los apoyos personales como nos recuerda el apartado 33 del Informe del Alto Comisionado, con la finalidad de mejorar su nivel de independencia en su vida diaria y el ejercicio de sus derechos.

Estos apoyos, entre los que se debe situar la asistencia personal, deben ponerse a disposición de las personas con discapacidad para dar cumplimiento al principio jurídico de vida independiente.

La lista de apoyos resulta abierta y pueden ser múltiples.

En este sentido el Ayuntamiento de Barcelona ha puesto en marcha una batería de medidas de apoyo para el fomento de la autonomía personal y la vida independiente de las personas con discapacidad.

2.3 Especial análisis del Servicio Municipal de Asistencia Personal del Ayuntamiento de Barcelona

En el año 2006 se inicia en el seno del Instituto Municipal de Personas con Discapacidad del Ayuntamiento de Barcelona, el Proyecto para la autonomía personal y la vida independiente –proyecto que se había empezado a perfilar ya en el año 2002 a través del grupo de trabajo con las entidades del movimiento de vida independiente– como una nueva opción para que las personas con discapacidad física pudiesen vivir tan autónomamente como fuese posible en su casa y se auto gestionasen la ayuda personal que necesitan a través de la nueva figura del asistente personal. Se trataba de una opción más, a escoger por la persona, para que las personas con discapacidad física pudieran vivir una vida autónoma y activa en la medida de lo posible y como alternativa al ingreso en una residencia, a la vez que haciendo posible que la familia no tuviera que asumir toda la atención.

El Ayuntamiento de Barcelona, ante el mandato que se deriva del artículo 170 de la Carta Municipal de Barcelona según el cual debe contribuir a hacer real y efectiva la igualdad, garantizando y facilitando a todos sus ciudadanos el acceso a los servicios que tiendan a favorecer un desarrollo libre y pleno de la persona y de los colectivos en la sociedad, especialmente en caso de limitaciones y carencias; al constatar que las cuantías de la prestación de asistencia personal establecidas en la normativa son insuficiente para llevar un proyecto de vida independiente —e incluso para cubrir las necesidades básicas de la vida diaria—, decidió garantizar un nivel adicional de protección mediante un incremento de la cuantía máxima de la prestación fijada con carácter general. De esta manera convierte en viable el proyecto de vida independiente que a nivel individual perfila cada persona beneficiaria en su Plan de Actividades Personales.

Después de más de una década, el Servicio Municipal de Asistencia Personal apoya la vida independiente de 50 personas con discapacidad que residen en Barcelona, a través de la figura del asistente personal que permite que estas personas puedan llevar a cabo su proyecto vital de una forma más autónoma.

El elemento clave es el papel decisorio de la persona beneficiaria en el uso y el funcionamiento del servicio, ya que es ella quien decide cuándo, cómo y en qué actividades de su vida utilizará la asistencia personal. La persona beneficiaria también tiene el poder de decisión sobre la persona que desarrollará el papel de asistente personal y la entidad gestora de la prestación.

El Servicio Municipal de Asistencia Personal se concibe como un servicio flexible y completamente adaptado a las necesidades de la persona beneficiaria. Como consecuencia, las funciones del asistente personal son muy diversas y se pueden desarrollar en cualquier ámbito de vida de la persona; higiene personal, alimentación, relaciones sociales, familia, educación, formación, trabajo, participación ciudadana, ocio u otros.

Los objetivos del Servicio Municipal de Asistencia personal son:

1. Facilitar la autonomía personal, el ejercicio de la autodeterminación y la toma de decisiones de las personas beneficiarias.
2. Prevenir o compensar la pérdida de autonomía personal, dando apoyo para realizar las actividades de la vida diaria (AVD).
3. Dar apoyo en actividades de carácter laboral, formativo, de relación social, cultural y de participación en la vida asociativa.

4. Posibilitar que las personas y familias puedan permanecer en su domicilio y en su entorno habitual y evitar así el ingreso en instituciones residenciales.

5. Reducir la carga que se produce en el entorno familiar por la atención a la persona con discapacidad.

El Servicio Municipal de Asistencia Personal es un servicio social especializado, gestionado por el Instituto Municipal de Personas con Discapacidad del Ayuntamiento de Barcelona.

La Red de Servicios Sociales, recogida en la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña, se manifiesta a través de la entidad local, que, según establecen los artículos 31.1.f y 32.d de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, puede promover la creación de servicios correspondientes al ámbito propio de los servicios sociales especializados y gestionarlos en coordinación con la Generalitat.

El Servicio Municipal de Asistencia Personal para la Autonomía Personal y Vida Independiente para personas con discapacidad se enmarca en este ámbito, e incluye la figura del asistente personal en su misión de promoción de la vida independiente.

La Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, recoge en su artículo 107 entre las funciones en materia de servicios sociales que se desarrollan en el ámbito municipal de Barcelona la de programar, prestar y gestionar los servicios especializados de tercer nivel y los servicios sociales especializados de segundo nivel, del artículo 11 del Decreto legislativo 17/1994, derogado por la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales. La referencia a los servicios especializados de segundo y tercer nivel la deberíamos entender en estos momentos de acuerdo con la Ley 12/2007, a los servicios sociales especializados destinados a las personas con discapacidad enumerados en el Catálogo de Servicios de la Ley en los epígrafes 1.2.3 y siguientes. Estos servicios no son sólo rehabilitadores o residenciales, sino que incorporan ya la autonomía personal y la vida independiente como eje de servicio e incluyen el Servicio Municipal de Asistencia Personal.

El texto de la Carta Municipal de Barcelona regula la creación del Consorcio de Servicios Sociales de Barcelona, consorcio participado por el Ayuntamiento de Barcelona y la Generalitat de Cataluña y le atribuye la gestión de los servicios residenciales.

En paralelo la estructura municipal se completa con el Instituto Municipal de Personas con Discapacidad, ente municipal encargado de impulsar las políticas municipi-

pales en materia de discapacidad, y que ha ido asumiendo la gestión de los servicios sociales especializados destinados a las personas con discapacidad entre los que podemos destacar el Servicio de Transporte Adaptado y Asistido, el Servicio Municipal de Asistencia Personal para la autonomía personal y la vida independiente, y más recientemente el programa de Accesibilidad.

Es a través de la figura jurídica del Contrato Programa suscrito entre el Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias, anteriormente llamado Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña, y el Ayuntamiento de Barcelona, donde se fijan los Servicios a financiar, objetivos que deben cumplir, las acciones a desarrollar, los recursos y la forma de evaluación de estos. El Servicio Municipal de Asistencia Personal está cofinanciado por la Generalitat de Cataluña y el Ayuntamiento de Barcelona.

El Servicio Municipal de Asistencia Personal para la Autonomía Personal y Vida Independiente fue creado por resolución de la Gerencia de Calidad de Vida, Igualdad y Deportes, actuando por delegación de Alcaldía, en fecha 9 de noviembre del año 2011.

El Servicio reside desde el año 2013 en el Instituto Municipal de Personas con Discapacidad, que depende a su vez de Gerencia de Derechos Sociales del Ayuntamiento de Barcelona y cuenta en la actualidad con 49 personas beneficiarias (2016).

El Servicio está descrito en el Catálogo Virtual de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Barcelona como servicio social especializado. En él se recoge la información referente a cómo se realiza el trámite, quien lo puede solicitar, la documentación necesaria, donde se puede realizar el trámite y el organismo responsable.

La solicitud se ha de formalizar en el Servicio de Atención al Público del Instituto Municipal de Personas con Discapacidad telefónica o electrónicamente, acreditando los requisitos necesarios para acceder al servicio.

A continuación, un/a profesional contacta con la persona interesada para explicarle el servicio y concertar una entrevista.

Seguidamente se realiza juntamente con la persona beneficiaria el Plan de Actividades. Se trata de un documento que recoge las actividades más importantes y la necesidad de asistencia personal expresada en horas.

Finalmente, se firma un acuerdo con la persona beneficiaria donde consta la concesión de una subvención anual y la empresa o entidad elegida por ésta para realizar el servicio.

La persona beneficiaria decide en todo momento cuándo, dónde y de qué forma quiere que se le preste el servicio.

Mensualmente la empresa o entidad prestadora del servicio presenta la factura conformada por la persona beneficiaria al IMPD.

Hasta el año 2015 era incompatible el Servicio Municipal de Asistencia Personal con cualquier prestación o servicio de la Ley 39/2006. Las personas beneficiarias renunciaban al PIA. En la actualidad lo que hace el Servicio Municipal de Asistencia Personal es ampliar la cobertura prestada por el PIA.

El Servicio no es compatible con el servicio residencial, pero sí es compatible con la teleasistencia y en caso de disponer de cuidador no profesional y / o Servicio asistencia domiciliaria se descuenta de la previsión de horas a asignar según el Plan de Actividades, su equivalencia.

La determinación de la prestación está establecida según el grado de dependencia y el Plan de Actividades.

Los límites de la asignación económica anual para el año 2016 son:

Grado I: 28.823,53 €. Equivalente a 1.929,28 horas/año de AP.

Grado II: 31.164 €/ año. Equivalente a 2.085,71 horas/año de AP.

El IMPD asume hasta las prestaciones máximas referenciadas y lo valoriza de acuerdo con un precio por hora de asistencia personal.

Se prevé que excepcionalmente, y con la autorización previa expresa del IMPD, la persona beneficiaria pueda destinar parte de la cantidad cubierta a la obtención de ayudas técnicas para reducir en el marco de la prestación de Servicios de Asistencia personal, el gasto destinado a la asistencia personal.

La persona beneficiaria recoge en el Plan de Actividades de Asistencia Personal las actividades a las que dará apoyo la asistencia personal, el horario y su distribución. En el mismo documento se recogen otros aspectos de entorno social.

El Servicio Municipal de Asistencia Personal puede acompañarse, si la situación de la persona beneficiaria lo requiere, de un derecho de habitación en pisos compartidos o cesión de vivienda, u otras medidas para el fomento de la autonomía personal.

El abono de la prestación se realizará directamente a la entidad o empresa prestadora del servicio elegida por la persona beneficiaria previa presentación de la factura conformada por ésta.

La modalidad de pago es indirecto vinculado al servicio, modelo “cheque servicio”.

La Administración, previo consentimiento de la persona beneficiaria, endosa (transfiere) la cuantía de la prestación económica de asistencia personal que le correspondería a la persona, a la entidad que esta elija para hacerle la asistencia. En este caso, es la entidad la que justifica a la Administración el servicio que recibe la persona, y la persona beneficiaria quien conforma la factura.

La evolución del gasto del programa/Servicio Municipal de Asistencia Personal ha evolucionado desde los 301.594,96 € del año 2007 al 1.215.885,29 € presupuestado para el año 2016.

La asistencia personal es un derecho de aplicación progresiva, tal y como lo define la Observación General que desarrolla el artículo 19 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, al referirse al despliegue de los servicios de apoyo que deben hacer posible el logro de una vida independiente (19.b). Esto obliga a los Estados a garantizar un incremento progresivo de los recursos destinados a proporcionar servicios de apoyo a las personas con discapacidad que quieran vivir de manera independiente hasta alcanzar la garantía de este derecho.

Esto significa no retroceder en lo logrado. Los recursos destinados a servicios de apoyo para una vida independiente no pueden disminuir respecto de los ejercicios anteriores, ni tampoco que queden sin ningún crecimiento mientras haya desequilibrio entre necesidades y recursos.

La persona beneficiaria en cualquier momento puede solicitar el cambio de gestor de la prestación de sus Servicios de asistencia personal, siempre que este nuevo gestor sea una de las entidades acreditadas.

Las entidades gestoras de la prestación del Servicio deben estar inscritas en el Registro de Entidades, Servicios y Establecimientos Sociales del Departamento de Tra-

bajo, Asuntos Sociales y Familias, en la sección del Servicio de asistencia personal de apoyo en el acompañamiento en actividades laborales, ocupacionales y/o formativas para el fomento de la autonomía personal y vida independiente.

El Servicio de Asistencia Personal se formaliza entre la Administración y la persona beneficiaria a través del documento del Acuerdo para la Asistencia Personal, suscrito anualmente entre ambas partes (persona beneficiaria e IMPD). En el documento se recoge el importe máximo que la Administración autorizará como gasto en concepto de asistencia personal a favor de la persona beneficiaria en base a los importes anteriormente mencionados, la necesidad de horas a cubrir y su grado de dependencia, todo ello a la vista del Programa de Actividades Personales.

El documento recoge también la valorización económica del Servicio de acuerdo con los criterios expuestos, pero no aplica el copago por estar pendiente éste de regulación específica por parte del Ayuntamiento de Barcelona.

La persona beneficiaria comunica al IMPD la entidad que ha escogido para gestionar la contratación de la asistencia personal y autoriza a la Administración el endoso de las facturas para el pago directo de las mismas de manera mensual a la entidad, previa validación de la factura por parte de la persona beneficiaria en atención al número real de horas prestadas de asistencia personal.

3. RETOS DEL MODELO BARCELONA (SEPTIEMBRE 2016)

Si bien es cierto que la Orden ASC/471/2010, de 28 de septiembre, reguladora de las prestaciones y los y las profesionales de la asistencia personal en Cataluña, ha desarrollado aspectos que la normativa estatal dejó pendientes de desarrollo; el Servicio Municipal de Asistencia Personal del Ayuntamiento de Barcelona se ha dotado de unos criterios técnicos que deberán ser revisados en aras a una mayor seguridad jurídica en el ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad de la ciudad de Barcelona.

Los retos del modelo Barcelona de cara a la futura Reglamentación del Servicio, son:

Primero. - Eliminar cualquier limitación de acceso y permanencia en el servicio por razón de edad, garantizando así el ejercicio del derecho de todas las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad en las diferentes etapas de la vida en condición de igualdad.

Segundo. - Eliminar cualquier limitación de acceso por tipología de discapacidad y grado de dependencia, tradicionalmente limitado a discapacidad física y sordoceguera y grado de dependencia II o III, garantizando así el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido/a en la comunidad de las personas con otros tipos de discapacidad y grados de dependencia.

Tercero. - Revisar la naturaleza jurídica del acuerdo de asistencia personal suscrito entre la Administración y la persona beneficiaria. Jurídicamente la asistencia personal se ha venido instrumentalizando como una subvención de concesión directa y de carácter excepcional a la persona beneficiaria, que se otorga anualmente. Esta medida transitoria de acción positiva debiera dar paso al reconocimiento y ejercicio efectivo de un derecho subjetivo, que dote de la necesaria seguridad jurídica y previsibilidad que necesita la persona beneficiaria para poder ejercer su proyecto de vida independiente en condiciones de igualdad.

Cuarto. - Revisar el modelo de acreditación de las Entidades gestoras y estudiar la posibilidad de abrir un proceso de concertación social de las entidades sociales.

Quinto. - Las personas beneficiarias que se han incorporado durante el año 2016 al Servicio Municipal de Asistencia personal ya no han tenido que renunciar al PIA de la Ley 39/2006 como sucedía históricamente. De este modo se han preservado sus derechos subjetivos, y se han complementado haciendo viable su proyecto de vida independiente. Se recomienda trabajar este aspecto de manera coordinada con la Administración Autonómica.

Sexto. - Regular la etapa que media entre la solicitud y el acceso efectivo al Servicio Municipal de Asistencia Personal, etapa en la que la persona está incorporada a una lista de espera de personas solicitantes del Servicio. Es necesario fijar los criterios de priorización en caso de limitación presupuestaria.

Séptimo. - Articular el diálogo civil con el sector de la discapacidad y sus actores relevantes, para definir el modelo de futuro y la futura Reglamentación del Servicio Municipal de Asistencia Personal.

Tenemos por delante el reto de garantizar el ejercicio y disfrute efectivo de los derechos por parte de las personas con discapacidad.

Los Poderes Públicos tenemos un largo camino por recorrer, ¿vamos de la mano?

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. *Estudio sobre las necesidades de las familias de personas con discapacidad*. Informes, Estudios e Investigación. Ed. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015.
- CABRA DE LUNA, M. Á. *Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad*. En PÉREZ BUENO, L.C. (director). “*Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*”.
- DE ASÍS ROIG, R. *Sobre discapacidad y derechos*. Ed. Dykinson, 2013.
- DE LORENZO, R. *El Futuro de las personas con discapacidad en el mundo*. Informe al Club de Roma, Fundación ONCE, 2003.
- INSTITUTO MUNICIPAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Evaluación del impacto social del Servicio de Asistencia Personal del Instituto Municipal de Personas con Discapacidad*. Ed. Ayuntamiento de Barcelona. 2014
- LÓPEZ PÉREZ, M y RUIZ SEISDEDOS, S. *Asistencia personal: Herramienta para una vida independiente. Situación Actual*. Ed. Revista de Ciencias Sociales. Diciembre 2013.
- MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L. *Principios básicos del Derecho Español de la Discapacidad*. Lección del Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia. 2ª edición. UIMP-Fundación Derecho y Discapacidad. 2016.
- MONTAÑEZ HEREDIA, S. *Elaboración del Plan Individual de Atención (PIA)*. Lección del Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia. 2ª edición. UIMP-Fundación Derecho y Discapacidad. 2016.
- NUSSBAUM, M.C. *Crear capacidades*. Ed. Paidós, 2012.
- PINDADO GARCÍA, F. *Hacia una única catalogación de los Derechos Fundamentales –los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las personas con discapacidad como Derechos Fundamentales–*. Ed. Cinca, Colección Convención ONU 2016.

RAZ, J. *The morality of freedom*. Ed. Oxford University Press. 1986.

ROMAÑACH J. y LOBATO M. *Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano*. Ed. Foro de Vida Independiente-mayo, 2005.

URMENETA SANROMÀ X. “*David y Goliat: a veces los pequeños también ganan*”. En “*trabajo social en defensa de la asistencia personal: reflexiones y sugerencias sobre el ejercicio profesional del trabajador social*”. Coord. Alfredo Hidalgo Lavié. Ed. UNED, 2012.

Elena Beristáin Artetxe

Directora de Centros Personas Mayores y Discapacidad

////////////////////////////////////
LA NECESIDAD DE ADECUACIÓN DE LAS RESIDENCIAS DE PERSONAS MAYORES EN UNIDADES ESPECIALIZADAS. INICIATIVAS FAVORABLES PUESTAS EN MARCHA Y PROPUESTAS

Extracto y adaptación del Trabajo fin de Máster: 2ª Edición del Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia

SUMARIO: Introducción. –Capítulo I. Descripción iniciativa-proyecto e implantación 1. Objetivos. 1.1 Objetivos Generales. 1.2 Objetivos Específicos. 2. Ámbito de actuación, delimitación y justificación. –Capítulo II. Marco Conceptual. –Capítulo III. Diagnóstico de la situación y evolución de la iniciativa-proyecto-implantación. 1. Desarrollo del proceso. 1.1 Causas que promovieron la iniciativa del cambio. 1.2 Objetivos. 1.3 Etapas del proceso del cambio. 1.4 Aspectos por adaptar al nuevo modelo. 1.5 Valoración de costes y propuesta a Diputación. 1.6 Acuerdo y concertación. 1.7 Conclusiones. –Capítulo IV. Otros proyectos y propuestas. –Capítulo V. –Conclusiones. –Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Partiendo de la experiencia en mi trayectoria profesional como trabajadora social y directora de diferentes recursos de personas mayores y personas con discapacidad, he considerado oportuno realizar una serie de reflexiones y propuestas surgidas a partir de iniciativas favorables puestas en marcha, con el objeto de promover la mejora con-

tinua en la atención de las personas mayores tratando con ello fomentar una mayor profesionalización y especialización en el sector.

La realización del Master en Discapacidad, Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia fue clave para el conocimiento del estado de la normativa legal en todos los ámbitos vinculados a la discapacidad. Fue también un punto de inflexión para la toma de conciencia de que aún gran parte de la normativa de derechos de las personas con discapacidad que se comenzaban a mencionar en las normativas y pliegos de las administraciones, así como el alarde de fomentar acciones inclusivas en todos los ámbitos de la sociedad tanto a nivel educativo, laboral, social, etc., no son solo mera filosofía. A pesar de la notoria evolución en la concienciación y compromiso de necesidad ineludible del cambio, debido a la gran vulneración de derechos que a diario las personas con discapacidad están sometidas, en la realidad práctica tanto las administraciones como la sociedad en general debe de hacer un gran esfuerzo por activar los mecanismos necesarios y realizar los ajustes razonables necesarios para llegar a este fin común en donde muchos aspectos están recogidos por ley y por lo tanto obligan al cumplimiento.

A su vez no debemos de dejar de lado la necesidad ineludible de revisar y mejorar normativas poco específicas e incluso discriminatorias en donde el CERMI, (Comité Español De Personas Representantes de Personas con Discapacidad) se convierte en interlocutor y referente del sector para el desarrollo de una acción política representativa en defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad, tanto colectiva como individualmente y por lo tanto de la correcta articulación de esta normativa convirtiéndose en interlocutor y referente del sector, para promover la no discriminación, la igualdad de oportunidades, la emancipación social y, en general, la mejora de las condiciones de vida de las ciudadanas y ciudadanos españoles con discapacidad y de sus familias. Esta misión establecida y asumida, por sus entidades miembro, se realiza a través de la articulación y vertebración al movimiento social de la discapacidad, para desde la cohesión y la unidad del sector, y respetando siempre el pluralismo inherente a un segmento social tan diverso.

CAPÍTULO I. DESCRIPCIÓN INICIATIVA-PROYECTO E IMPLANTACIÓN

Los recursos gestionados todos ellos enmarcados dentro de la red de ordenación foral de servicios de alojamiento, de día y ocupacionales de Guipúzcoa, han sido muy diferentes tanto en tamaño, ubicación, tipo de gestión, como en lo que respecta a niveles de dependencia, lo que ha permitido una visión más amplia de la atención en los mismos.

El tamaño ha fluctuado entre las 20 plazas de un centro de rehabilitación psicosocial para enfermos mentales a centros residenciales de hasta 200 plazas en donde se integraban varios recursos para mayores.

La ubicación de los centros también ha oscilado en tamaño y tipo de población, algunas de ellas ubicadas en la capital guipuzcoana de San Sebastián con una población de 186.064 habitantes frente a pequeñas comarcas de 4.000 habitantes.

Los recursos gestionados han sido también diversos:

- Apartamentos Sociales.
- Residencia de Personas Mayores con unidad especializada en psicogeriatría.
- Residencia de Personas Mayores con unidad especializada en discapacidad mixta¹ menores de 65 años.
- Centros de día y estancias diurnas para Personas Mayores.
- Centro de Rehabilitación Psicosocial para enfermos mentales menores de 65 años.
- Centro de Personas Mayores en proyecto de unidad de personas mayores con enfermedad mental que presenten patologías psiquiátricas congénitas y derivadas de consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

El tipo de centros atendiendo al tipo de gestión ha sido también variado:

- Gestión privada por empresa gestora especializada en el sector con porcentaje de plazas privadas y plazas concertadas con Ayuntamiento y Diputación
- Gestión privada por Junta Patronato (Fundación) con plazas concertadas por Diputación Foral Guipúzcoa

Hay que señalar también la visión adquirida a lo largo de los años no solo como profesional sino como familiar de una hermana de una persona con parálisis cerebral que participa en el órgano de gestión del centro de Aspace Guipúzcoa, como miembro de junta directiva.

¹ Discapacidad Mixta: Es frecuente que algunas personas además de su tipo de discapacidad principal presenten una discapacidad secundaria. Es por ello que la Diputación Foral de Guipúzcoa a efectos de su ordenación de servicios integran en esta tipología a personas con parálisis cerebral, con daño cerebral, con grandes discapacidades físicas o también orgánicas y sensoriales, que simultáneamente pueden presentar importantes dificultades asociadas a la discapacidad intelectual, trastorno cognitivo, trastorno mental.

Esto supone un valor añadido al conocimiento de las necesidades y de cómo afectan los diferentes modelos de atención en el tratamiento hacia los usuarios tanto en su estado de bienestar como a en el de su entorno familiar.

Por todo ello se plantean iniciativas que pueden dar respuesta ágil a la progresiva consolidación del marco general de derechos.

1. Objetivos

1.1 Objetivos Generales

- Fomentar la concienciación de la necesidad de promover recursos sociales en donde se garantice la Atención Centrada en la Persona² y no en el servicio ya que los cambios en el marco legal, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a nivel internacional, la Ley de Promoción de la Autonomía y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, así como sus sucesivas modificaciones, a nivel estatal, y la Ley de Servicios Sociales y su lento proceso a nivel autonómico así lo establecen.
- Promover la articulación de modelos que garanticen los apoyos establecidos en los principios de promoción de autonomía, la integración en el entorno y la normalización en los servicios comunitarios abiertos al conjunto de la población.

1.2 Objetivos Específicos

- Concienciar a los responsables de la gestión del deber de adecuar las políticas de gestión a la adaptación de las nuevas necesidades en donde las pautas de actuación y organización estén orientadas hacia las nuevas líneas de promoción de la autonomía, de integración y de la defensa de los derechos
- Cooperar en el impulso con mayor intensidad de iniciativas que garanticen los derechos de las personas con discapacidad introduciendo los cambios necesarios para garantizar que la filosofía de la atención adoptada tenga un impacto real y sea algo más que la constitución de un marco teórico y conceptual.

² La atención integral centrada en la persona es la que se dirige a la consecución de mejoras en todos los ámbitos de la calidad de vida y el bienestar de la persona, partiendo del respeto pleno a su dignidad u derechos de sus intereses y preferencias y contando con su participación efectiva.

- Fomentar la comunicación fluida con las administraciones, realizando propuestas y poniendo en marcha proyectos piloto flexibles y garantes de los ajustes razonables³ que se requieran.
- Garantizar ofertas formativas de profesionales y del personal que trabaja con personas con discapacidad respecto a los derechos reconocidos en la normativa legal vigente a fin de prestar la mejora y los servicios garantizados por estos derechos.

2. Ámbito de actuación, delimitación y justificación

La red foral de servicios de alojamiento, de día y ocupacionales en Guipúzcoa engloba a una amplia red recursos de los cuales me centrare en las residencias de Tercera Edad.

En el año 2014 y 2015, el Departamento de Política Social de la Diputación Foral de Guipúzcoa ante el Consejo de Personas con Discapacidad y las principales entidades del tercer sector que prestan servicios de alojamiento, de día y ocupacionales a las personas con discapacidad y a las personas con trastorno mental en este Territorio Histórico, elaboraron la propuesta de un modelo de atención y de ordenación de la red de servicios y centros de alojamiento, de día y ocupacionales.

En él se realiza un análisis DAFO, que junto con las tendencias al cambio que suponen una presión suplementaria sobre el sector para que la red de atención se adapte a las mismas.

Esta reflexión sobre el Modelo de Atención y de ordenación de la red foral de servicios se produce en un contexto social, económico y político, y también organizativo que inevitablemente incide en su aplicación práctica y en el carácter necesariamente de su implantación.

³ 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 los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

CAPÍTULO II. MARCO CONCEPTUAL

El modelo de atención que se propone para las personas con discapacidad y para las personas con trastorno mental reposa sobre dos pilares básicos:

- El primer pilar es el compromiso de situar el respeto y la promoción de los derechos de las personas con discapacidad y de las personas con trastorno mental en el núcleo de los servicios y de las actuaciones desarrolladas por los profesionales pero también de las decisiones adoptadas a nivel institucional en relación con su planificación y su dotación.
- El segundo pilar es la aplicación de los avances diseñados en las últimas décadas, a nivel internacional, desde el modelo social de la discapacidad. Este modelo social, que tuvo su origen en los años 70 en el movimiento estadounidense de la defensa de las personas con discapacidad y que surgió en oposición al modelo médico imperante hasta entonces, introdujo la visión según la cual las limitaciones que experimentan las personas con discapacidad y las personas con trastorno mental atribuibles a la no adecuación del entorno físico y social.

Esta nueva concepción, absolutamente rompedora y radical, determinó la necesidad de modificar el modelo de atención y marcó el comienzo del desarrollo de avances en la conceptualización y diseño de la atención:

- El concepto y construcción de calidad de vida.
- El paradigma y el Modelo de Apoyos.
- La Planificación Centrada en la Persona.
- El Apoyo Conductual Positivo.

Estos avances están presentes en la red, en su articulación y en las metodologías y también en la red de servicios, pero no siempre con la intensidad y el protagonismo que debiera.

Ambos pilares y los componentes que los integran están fuertemente relacionados entre sí y conforman un conjunto coherente. El Modelo de Apoyos como el Apoyo Conductual Positivo deben articularse mediante una Planificación Individualizada capaz de determinar los apoyos específicos que necesitan las personas para alcanzar, sus metas u objetivos que desea alcanzar y esto solo es posible a través de una planificación en torno a la personas, sus necesidades, deseos y preferencias, es decir mediante una Planificación Centrada en la Persona; a su vez una planificación de apoyos debe tener como finalidad última la mejora de la Calidad de vida de la Persona y la cual

está ligada al hecho de que esa persona es sujeto de derechos y a que en la prestación de apoyos es necesario promover el respeto de esos derechos.

CAPÍTULO III. DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA INICIATIVA-PROYECTO-IMPLANTACIÓN

Tras la incorporación como trabajadora social y posteriormente como directora en uno de los centros de residencias para mayores en donde se integraban a su vez casos de discapacidad menores de 65 años con discapacidad mixta y en donde ambos perfiles compartían estancias, talleres, etc., se detectó una importante necesidad de mejorar la atención de este perfil. La experiencia y resultados altamente satisfactorios por parte de todos los agentes implicados usuarios, familiares, profesionales y servicios de inspección de la Administración en este proyecto, así como en otro que actualmente se está llevando a cabo tratando de adaptar en el mismo centro una unidad de personas mayores con enfermedad mental con patologías psiquiátricas congénitas y/o derivadas de consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas han sido la causa que ha motivado la presentación de este documento.

1. Desarrollo del proceso

1.1. Causas que promovieron la iniciativa del cambio

Previo a la implantación de la diferenciación de una unidad de discapacidad mixta dentro del recurso de personas mayores las desviaciones detectadas principalmente fueron las siguientes:

- Diferencia de edad y heterogeneidad de los integrantes de esta unidad y los usuarios de perfil geriátrico y por lo tanto diferencia en roles, volición y necesidades entre ambos perfiles en donde no existían actividades dirigidas a ellos de una manera específica. Este es un planteamiento de vida en base a programas con un número limitado de opciones por lo tanto no acorde a un modelo de derechos.
- Modelo centrado en el servicio y no en la persona.
- Modelo que trabaja desde las necesidades y déficits interviniendo en niveles más concretos de conducta deficitaria, alterada y patologías.

- La toma de decisiones dependía de los profesionales y se encuadraba a los usuarios dentro de los servicios sociales.
- Distanciamiento de las personas enfatizando sus diferencias.
- El objetivo del servicio no son las personas sino las plazas.
- Las reuniones que se organizan en torno al usuario son de profesionales.
- Las nuevas iniciativas solo sirven si pueden implantarse a gran escala.
- Cuando se dirigen al usuario se tiende al uso de un lenguaje clínico y con tecnicismos.

1.2 Objetivos

Mediante este programa se pretende fomentar un modelo de autonomía/beneficiario centrado en la persona como respuesta a resolver las deficiencias del modelo anterior:

- Modelo en donde sitúe su foco en las habilidades y capacidades, su historia de vida, así como en sus gustos y preferencias estableciendo talleres y actividades específicos para ellos fomentando así un modelo de derechos.
- Intervención global y se hablan de planes de vida.
- Modelo que comparta las decisiones con usuarios, amigos, familia y profesionales.
- Visualización a la persona dentro de la comunidad y de su entorno habitual.
- Acercamiento a las personas descubriendo experiencias comunes.
- Centralización en calidad de vida lo que implica alcanzar un estilo de vida deseable y por lo tanto con un número ilimitado de experiencias.
- Las iniciativas pequeñas valen la pena incluso si tienen un pequeño comienzo.
- En la atención al usuario el lenguaje debe ser familiar y claro.

1.3. Etapas del proceso del cambio

Toda implantación de modelo requiere de un proceso estructurado y coherente. En este caso el proceso se desarrolló del siguiente modo:

1.3.1. Plan de formación integral de todos los profesionales del centro en diferentes fases.

- *Primera fase: Formación del gestor del centro.*
- *Segunda fase: Formación Equipo de gestión y multidisciplinar.*
- *Tercera fase: Formación Equipo de atención más directa.*
- *Cuarta fase: Formación de servicios auxiliares de atención no directa.*

1.3.2. Constitución de un “Equipo líder” con personas con capacidad de liderazgo en donde estuviera representadas todas las categorías profesionales, con el objeto de trabajar en la implantación del nuevo modelo.

1.3.3. Diagnostico situación del momento y análisis del mismo.

1.3.4. Definición de objetivos y acciones acorde al orden de prioridades establecido en cada uno de los distintos niveles de atención, entre los cuales se determina también la periodicidad de las reuniones específicas en materia de implantación del modelo.

1.3.5. Revisión y actualización de protocolos, procedimientos y registros ya existentes y orientarlos hacia el modelo de derechos.

1.3.6. Diseño e implantación de nuevos protocolos, procedimientos y registros más específicos acorde a cada uno de los perfiles atendidos.

1.3.7. Seguimiento, análisis y apertura de acciones correctoras, de mejora y preventivas.

1.3.8. Implantación de proceso de mejora continua.

1.4. Aspectos por adaptar al nuevo modelo

1.4.1. Perfiles profesionales

Durante la implantación del modelo se detecta la necesidad de adecuar nuevos perfiles profesionales. Las necesidades asistenciales de atención directa de las personas con discapacidad mixta frente al perfil de mayores son menores, sin embargo las necesidades terapéuticas y rehabilitadoras e integradoras son mayores.

Ya en la propuesta del modelo que, en el año 2014, 2015 planteaba el Departamento de Política Social de la Diputación Foral de Guipúzcoa en el que se hace mención en el capítulo 1 punto 2 de este documento, se hacía expreso la necesidad de Atención Médica Especializada en Psiquiatría/Neurología.

Con respecto al resto de profesionales exigidos por cartera no se reflejan diferencias en el documento propuesta respecto a la cartera de servicios de personas mayores, salvo que llama la atención la no exigencia de enfermera ya que a pesar de que las necesidades asistenciales son menores en este perfil, se considera que se debería replantear en un ratio aunque sea inferior y con otro enfoque menos asistencial de atención directa incluso dando pie, a una orientación más educativa, quizás más de concienciación del autocuidado con el único fin de promocionar la autonomía personal y prevenir un aumento de grado de dependencia. En este aspecto es importante que la enfermera oriente y guíe al usuario en sus rutinas de autocuidado.

Los perfiles profesionales que se mantienen con respecto al perfil de Personas Mayores dependientes son:

- Monitor(a)/Educador(a).
- Auxiliar/cuidadora para funciones de cuidado personal en ABVD.
- Trabajador (a) social.
- Psicólogo(a).
- Terapeuta ocupacional.
- Responsable de centro.
- Gobernanta.
- Fisioterapeuta.

Por otro lado, quedan al margen de la exigencia mínima los profesionales de gestión y de servicios, cocina, limpieza, lavandería, peluquería... pero que sin embargo no estarán exentos de supervisión y valoración de la calidad del ofrecimiento del servicio,

así como de la detección y subsanación de anomalías que pudieran derivar en incidencias. Según lo establecido en el apartado 1e) del artículo 46 del Decreto 40/1998, de 10 de marzo, por el que se regula la autorización, registro, homologación e inspección de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco estas serán competencia del Departamento de Inspección de la Diputación Foral de Guipúzcoa.

A su vez dichos servicios están sometidos a una serie de autorizaciones previas requeridas para su funcionamiento tales como Licencia de actividad o autorización de funcionamiento, Licencia administrativa, Autorización Sanitaria, Autorización alimentaria y Convenio de centro las cuales están reguladas según normativa expresa.

Respecto al Decreto 41/1998, de 10 de marzo, sobre los servicios sociales residenciales para la tercera edad y en fecha de elaboración del presente documento cabe mencionar que se está trabajando en un nuevo decreto elaborado en estrecha colaboración del Gobierno Vasco con representantes políticos y técnicos de las tres diputaciones forales y Eudel. Al parecer los objetivos básicos que se han marcado van encaminados a garantizar a las personas usuarias los cuidados y la asistencia personal necesaria para realizar las actividades de la vida diaria manteniendo su autonomía personal; que desarrollen actividades orientadas a mantener sus relaciones con el entorno comunitario; que mantengan y amplíen las relaciones con la familia y con otras personas ajenas al medio residencial y que participen en la vida del centro favoreciendo en su sensación de seguridad.

Dando continuidad a la revisión de los perfiles exigidos por cartera se realiza un análisis riguroso del modelo y los apoyos personalizados planteados a ofrecer para el correcto ofrecimiento de estos y cumplimiento del nuevo modelo de atención en donde se deben ofrecer apoyos en relación a los siguientes aspectos:

- Acogida.
- Planificación centrada en la persona con la inclusión de la planificación de los apoyos.
- Vida en el hogar.
- Desarrollo personal y social.
- Vida comunitaria, social y cívica.
- Apoyo en el desarrollo formativo-laboral
- Coordinación de los servicios diurno, tanto cuando estén integrados en la propia residencia, como cuando se trate de servicios externos de día, ocupacionales o incluso de empleo de apoyo.

Teniendo en cuenta los apoyos requeridos se detecta la necesidad de incorporar al equipo una nueva figura profesional más competente en lo que respecta a los apoyos educativos, psicopedagógicos y de fomento de la relación social e inserción comunitaria, desde un punto de vista más rehabilitador dando paso a la atención biopsicosocial e interdisciplinaria.

Considerando que en estos momentos el educador es en lo que respecta a estas funciones la figura clave de apoyo en la elaboración de planes individualizados con un punto de vista más integrador, reformista y rehabilitador y quien colabora de manera significativa en la potenciación de la autonomía y la rehabilitación de las personas con trastorno mental se valora la posibilidad de incorporar al educador social como otra figura clave dentro del equipo multidisciplinar del nuevo modelo de atención.

1.4.2 Readaptación de talleres y actividades e implantación de nuevos

Por un lado, teniendo en cuenta las patologías, historia previa y los gustos y necesidades de los usuarios de discapacidad mixta y con el objeto de lograr una mayor especificidad de los talleres y actividades que se realizaban en el centro, se reorganizaron los talleres ya existentes, de tal manera que se procedió a la diferenciación de los grupos de discapacidad con respecto a los de mayores. Los talleres diferenciados y que se reajustaron en cuanto a las temáticas a tratar se refieren, dada la diferencia de edad, inquietudes etc.... así como el modo de dirigirlas dada la diferencia de roles, fueron los siguientes:

- Programa de orientación a la realidad y lectura de periódico.
- Programa de Rehabilitación cognitiva (Memoria, Lenguaje, Capacidades sensoriales, problemas aritméticos y gestión del dinero).
- Programa de actividades de la vida diaria.
- Programas terapéuticos (Terapia de Perros, Taller de repostería, huerto).
- Programa de Fisioterapia.
- Programa de Ocio y Tiempo libre (Juegos lúdicos, Cine- Fórum, Excursiones).

Por otro lado, y como se ha comentado en el punto anterior la integración en el equipo multidisciplinar de la nueva figura con una visión más integradora y pedagógica-

gica, supuso en coordinación con el resto del equipo multidisciplinar del centro la implantación de nuevos talleres y programas como:

- Programa de Habilidades sociales.
- Programas de Promoción de la salud (Taller de relajación, estrategias de canalización del estrés y ansiedad).
- Programas Terapéuticos (Taller ocupacional, Taller de huerto autogestión económica, Juegos lúdicos vinculados a nuevas tecnologías, Wii-terapia).
- Programas Educativos (Importación del autocuidado y prevención de la salud, nociones básicas informática).
- Programa de Fisioterapia (*Wii-sport, Body-balance*).
- Programas de integración en la comunidad a través de Fundaciones como Why not (Taller de Radio, Taller de Teatro), y de otras asociaciones como Agifes, Hurkoa.
- Programas educativos inclusivos personalizados atendiendo a sus preferencias (academia informática, academia euskaldunización, centro de educación de personas adultas).

1.4.3. Adaptación de estructura y otras mejoras

Además de las necesidades de adaptación del personal, se detectan otras necesidades importantes de infraestructura tales como:

- Reubicación de todos los usuarios de perfil de discapacidad mixta en las habitaciones de un área y planta específica del centro, como zona independiente del recurso de mayores compartiendo otros equipamientos sociales.
- Redistribución del comedor principal del centro, habilitando un comedor independiente para los usuarios de perfil discapacidad mixta.
- Ubicación de un espacio para la puesta en marcha de un taller ocupacional con el objeto de mejorar la calidad de vida de los usuarios de la unidad proporcionándoles posibilidad de desarrollar su rol de trabajador mediante actividades

productivas significativas. Esto se plantea como opción a todos aquellos usuarios que por diferentes motivos hayan sido excluidos de la participación en talleres ocupacionales de la comunidad/entorno.

- Adecuación parque adaptado elementos fitness.

1.5. Valoración de costes y propuesta a Diputación

Una vez realizado el balance de los costes de las mejoras es latente un incremento de costes de causado principalmente por el incremento de costes de personal ya que la parte correspondiente a infraestructuras es una inversión amortizable.

El incremento de costes de personal es causado por:

- Mantenimiento de ratio de Enfermería por encima de lo exigible.
- Incorporación de horas de atención médica especializada psiquiatría atendiendo a la propuesta de modelo que en el año 2014, 2015 planteaba el Departamento de Política Social de la Diputación Foral de Guipúzcoa.

En este caso se determina que sea la especialidad de psiquiatría y no neurología debido a que el porcentaje de usuarios tratados por el psiquiatra del Centro de Salud Mental era más elevado que el neurólogo.

En la propuesta se hace mención a que *la dotación de este personal deberá recaer en la red pública de salud por las vías que se determinen, siendo las principales alternativas bien la asignación de personal médico y enfermero de dicha red a las residencias bien la financiación del coste sanitario por la plaza.*

En este caso en principio no se contempló vía financiación.

- Ampliación de ratio de psicóloga especializada en neuropsicología.
- Incorporación de educadora social.
- Ampliación de ratio de terapeuta ocupacional.
- Incorporación de responsable de unidad.

1.6. Acuerdo y concertación

La implantación del modelo se realizó de manera coordinada con los técnicos del departamento de política social de la Diputación Foral de Guipúzcoa en seguimiento continuado a su vez con el departamento de inspección de la administración que avalaba la conformidad de los requisitos exigidos.

Las mejoras en la atención fueron latentes, consolidándose así el modelo. Sin embargo este recurso requería de un incremento de costes importante, y a pesar de que el precio plaza de discapacidad era más elevado que el de mayores, no se garantizaba la sostenibilidad a largo plazo, debido a las pérdidas que se predecían en el estudio de previsión de la cuenta de resultados. Por otro lado sin embargo el problema de escasa rotación de la lista de espera de este perfil más joven debido a la edad, y el aumento de la esperanza de vida, así como la necesidad de cambio hacia un modelo de derechos, promovió a un incremento de concertación de plazas de este tipo y la implantación definitiva del modelo garantizando a su vez la sostenibilidad del recurso.

1.7. Conclusiones

La implantación de esta mejora en el modelo de atención supuso:

- Mayor grado de satisfacción de los usuarios con respecto a la valoración del recurso.
- Incremento de porcentaje en el alcance de los objetivos individualizados establecidos por el equipo multidisciplinar consensuados con el usuario/familia y orientados a la promoción de la autonomía personal, mejora de calidad de vida e inclusión social.
- La esperanza hacia un nuevo modelo de derechos.

CAPÍTULO IV. OTROS PROYECTOS Y PROPUESTAS

Tras esta experiencia satisfactoria y tras aceptar un nuevo reto personal en otro centro residencial de Mayores, que implicaba realizar los cambios persistentes en el modelo de atención existente, para garantizar la implantación de un modelo de derechos y tras una fase de diagnóstico, se establecieron los siguientes objetivos tomados como referencia de la carta.

CARTA DONOSTIA: DE DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

- *Enfocar la asistencia orientada hacia la calidad de vida de las personas con modelos similares al hogareño.*
- *Prestar una atención personalizada teniendo en cuenta sus preferencias y valores en un plan individualizado confeccionado al efecto.*
- *Garantizar una atención integral con respuestas que tengan en cuenta todas las necesidades físicas, psíquicas y sociales, así como todas las preferencias de una manera global, entendiendo que todas son importantes y que su satisfacción ayudara al usuario a conseguir el mayor equilibrio personal posible.*
- *Garantizar el derecho a convivir con otras personas que se encuentren en análoga situación de salud y capacidad cognitiva y funcional, sin que su encuentro con personas que padecen una mayor dependencia o deterioro afecte a su ánimo y a su proactividad, y a no verse obligadas a realizar actividades que les resulten extrañas o incómodas.*

Realizados los cambios pertinentes y aún en proceso de mejora continua se detecta un problema de respuesta por parte de la Diputación Foral de Guipúzcoa en la cobertura de personas mayores de 65 años con patologías psiquiátricas congénitas y derivadas de consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

A pesar de que lo establecido en el modelo de la administración en relación a la vejez, para determinar si se procede o no a la derivación de una persona con discapacidad mayor de 65 años a un servicio para personas mayores en donde supuestamente se valoraran.

- La intensidad de apoyo requerido en las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria, en el área de salud, en la relación socio-familiar y en la participación comunitaria.
- Las posibilidades de la persona de beneficiarse de los programas específicos de los servicios de discapacidad.
- Y el itinerario vital estimado de la persona.

La realidad impulsa a que exista un elevadísimo porcentaje de casos de discapacidad que sean derivados a un recurso de mayores, ya que la rotación de los recursos para personas con discapacidad y trastorno mental es mucho menor que la de mayores y existe una necesidad latente de dar respuesta de recurso.

El tiempo medio en listas de espera a fecha 31 de diciembre constataba que a partir del 2013 había un paulatino del tiempo medio de espera con la excepción de los centros residencial y de día para personas con discapacidad.

Si se analizan los efectos de nuevos factores relacionados con su mayor esperanza de vida o con las circunstancias de las personas cuidadoras, su envejecimiento y la necesidad, en muchos casos de compatibilizar el cuidado de la persona dependiente con un trabajo remunerado y el aumento de la discapacidad sobrevenida como consecuencia de factores diversos (eventual incremento de la incidencia de las enfermedades mentales, lesiones causadas por accidentes de tráfico la derivación). Por todo ello y tras la experiencia anterior, se ha propuesto a la Diputación Foral de Guipúzcoa, la posibilidad de dar cobertura a una unidad de estas características.

Actualmente se ha comenzado el pilotaje con 3 casos e iniciado la implantación en base a las fases de la experiencia anterior.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

La normativa de derechos en todos los ámbitos, internacionales, nacionales y autonómicos de las personas mayores y con discapacidad deja latente la necesidad de cambio en los modelos actuales que garanticen estos derechos.

Para ello, es fundamental que todos los agentes implicados, administración, gestores y profesionales, seamos conscientes de la necesidad de desarrollo de nuevas políticas de gestión ágiles y dinámicas con capacidad de adaptación a los nuevos perfiles que van surgiendo a cada momento.

La experiencia en los proyectos e iniciativas descritos han demostrado que para que un modelo de derechos sea una realidad, es fundamental el compromiso coordinación, complementariedad, comunicación, confianza entre todos los implicados.

Son muchísimos los retos que aún tenemos por delante y teniendo en cuenta el incremento del desarrollo de la esperanza de vida, es fundamental afrontar la prevención como uno de los grandes retos. Para ello, una de las claves radica en la atención en los domicilios y entornos comunitarios, aspecto decisivo en el fomento de la inclusión social.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias Normativas

Ámbito internacional - Organización de las Naciones Unidas

- Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

Estado

- Real Decreto Legislativo 1/2013 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de inclusión social. BOE de 3 de diciembre de 2013.
- Ley 26/2011, de 01 de agosto de Adaptación normativa de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. BOE de 02 de agosto de 2011. Acceso al texto consolidado, siendo la última modificación de 27 de diciembre de 2012.
- Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del sistema para la Autonomía y atención a la dependencia. BOE de 17 de diciembre de 2008.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia. BOE de 15 de diciembre de 2006. Acceso a la versión de texto consolidada.

Comunidad Autónoma del País Vasco

- Ley 12/2008 de 5 de diciembre de Servicios Sociales. BOPV de 24 de diciembre de 2008.
- Decreto 64/2004 de 6 de abril por el que se aprueba la Carta de Derechos y Obligaciones de las Personas Usuaris y Profesionales de los Servicios Sociales en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Régimen de Sugerencias y Quejas. BOPV de 23 de abril de 2004.

- Decreto 40/1998 de 10 de marzo por el que se regula la Autorización, Registro o Homologación de la Inspección de los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco. BOPV de 02 de abril de 1998.
- Decreto 185/2015, de 6 de octubre, de cartera de prestaciones y servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales.
- Decreto 40/1998, de 10 de marzo, por el que se regula la autorización, registro, homologación e inspección de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- Proyecto de Decreto de Centros Residenciales para Personas con Discapacidad.

Territorio Histórico de Guipúzcoa

- Decreto Foral 57/2002 de 5 de noviembre, por el que se regula el régimen de acceso a recursos socio sanitarios de las personas en situación de exclusión social y/o dependencia. BOG de 14 de noviembre de 2002.
- Decreto Foral 7/2015 de 24 de marzo, por el que se regula el régimen de acceso a los servicios residenciales y de centro de día para personas en situación de dependencia en el Territorio Histórico de Guipúzcoa. BOG de 30 de marzo de 2015.
- Decreto 31/2006, de 21 de febrero, de autorización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- Decreto 233/1996 de 17 de diciembre actualmente texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/1988, de 17 de mayo.
- Decreto 41/1998, de 10 de marzo, sobre los servicios sociales residenciales para la tercera edad.

Revistas especializadas

- Informe portal Mayores, número 106 Noviembre 2010
- Salud mental y Educación social, número 3
<http://www.eduso.net/res/res/?b=5&c=42&n=>

Otros enlaces

- <https://www.gipuzkoa.eus/documents/1932270/1932598/Modelo+de+Atención+a+Discapacidad+y+Trastorno+Mental.pdf/c9bb27af-8722-ca34-6d86-29f38cb4c91f>
- <http://cartadonostia.com/files/galeria/files/cartaderechosAlzheimer.pdf>
- <http://cartadonostia.com/files/galeria/files/cartaderechosMayores.pdf>

Ramón Antón Alemany
Abogado de la Generalitat Valenciana

VALORACIÓN DE LOS GRADOS DE DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Extracto del Trabajo fin de Máster: 3ª Edición del Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia

SUMARIO: 1. Introducción y una cuestión terminológica. –2. Finalidad del trabajo. –3. Fundamentación teórica del trabajo. –4. Derecho procesal social: 4.1 Competencia jurisdiccional. 4.2. Competencia territorial. 4.3 Capacidad procesal y legitimación. 4.4 Reclamación administrativa previa. 4.5 Procedimiento. 4.5.1. Demanda. 4.5.2. Conciliación previa. 4.5.3. Juicio. 4.5.4. Proposición y práctica de la prueba. 4.5.5 Prueba pericial médica o psicológica. 4.5.6. Conclusiones. 4.5.7 Diligencias finales. 4.5.8. Sentencia. 4.5.9. Recursos de Suplicación y de Casación. –5. Valoración genérica de los grados de discapacidad. 5.1. Baremos de aplicación. 5.2. Diagnóstico previo y con aplicación de las medidas terapéuticas. 5.3. El diagnóstico no es un criterio de valoración y las dolencias han de ser no recuperables. 5.4. Las actividades de la vida diaria (AVD). 5.5. Valores Combinados y la fecha de efectos. 5.6. Factores sociales complementarios. 5.7. Existencia de dificultades para utilizar transportes colectivos. 5.8. Revisión de los grados de discapacidad. –6. Valoración específica de los grados de discapacidad: enfermedad mental. –7. Equiparación grado de discapacidad, incapacidad permanente para trabajar y declaración de incapacidad a través de un procedimiento civil de modificación de la capacidad. –8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN Y UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

El presente estudio se enmarca dentro del Trabajo de Fin de Máster de la 3ª EDICIÓN del MÁSTER EN DISCAPACIDAD, AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA, relacionado, a su vez, con el Módulo II “*Procedimiento vinculados al ámbito de la discapacidad*”, donde se desarrollaron tanto los procesos civiles de modificación de la capacidad, como el procedimiento de incapacidad laboral por motivos de discapacidad, así como el procedimiento administrativo de reconocimiento de los grados de discapacidad.

Trata el presente estudio sobre la incidencia del Derecho Procesal en el Real Decreto 1971/1999 (en adelante, RD 1971/1999) y ello por la importancia que el Derecho Procesal tiene en este ámbito, por ser la rama del Derecho que estudia el procedimiento judicial y, siendo que la jurisdicción competente es la Social, el estudio se centrará, lógicamente, en la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS).

Conviene, en este punto, mencionar la Sentencia del TSJ de Catalunya, Sala de lo Social, que, en Sentencia de 8 de noviembre de 2016 (Recurso. 5292/2016), señaló, de forma acertada: “...*En la actualidad, tras la entrada en vigor del Real Decreto legislativo 1/2013, ...su artículo 2 define, a efectos de la citada norma, la discapacidad como “la 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”. (Y) ... se tomó la decisión de abandonar totalmente el término “minusvalía” debido a su connotación peyorativa, y utilizar en su lugar el de “discapacidad”, como término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones de la participación. Esta cuestión terminológica se refleja, igualmente, en el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre que acomodó el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre al mandato contenido en la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre sustituyendo el término “minusvalía” por el de “discapacidad”. Asimismo, el término “grado de minusvalía” es sustituido por “grado de discapacidad”.*”

Explicada la idea primordial, conviene dejar claro que el Derecho Procesal Social ha sido estudiado por la doctrina de forma profusa en muchas de sus vertientes y, en concreto, en la referida al Derecho de la Seguridad Social, siendo la metodología utilizada el estudio de las Sentencias dictadas por los los Jueces de lo Social y el análisis de recursos de suplicación que se interponen ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (en adelante, TSJ).

2. FINALIDAD DEL TRABAJO

La finalidad de este estudio es resaltar la importancia del derecho procesal social en la aplicación práctica del RD 1971/1999. Esta norma trata de enfermedades y sus secuelas en la vida diaria, si bien resulta importante, desde el principio, aclarar que las personas valoradas conforme a las Tablas contenidas en la norma no solo tienen una enfermedad, sino que resultan afectadas de formas diversas incluso ante un mismo diagnóstico. Por ello, el objetivo del estudio es concretar los aspectos más usuales utilizados donde se suele incidir en las demandas. Lógicamente, han de tenerse en cuenta, sobre todo, las Sentencias del Tribunal Supremo, como principal intérprete del ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del Código Civil), porque las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que, si bien no crean jurisprudencia, pueden servir de guía y fundamentación al resto de los Órganos del Poder Judicial.

3. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DEL TRABAJO

La materia analizada se encuentra desarrollada en los Manuales de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, que se contienen, de forma genérica, en los Apartados referidos al Derecho Procesal Social. Asimismo, los grados de discapacidad son estudiados en las materias referentes a la temática de Seguridad Social, donde se pueden encontrar Manuales genéricos y particulares para las cuestiones concretas tratadas, por cuanto, al encontrarnos ante situaciones referidas a enfermedades, la valoración de los grados de discapacidad se asemejan las referidas a las incapacidades laborales.

4. DERECHO PROCESAL SOCIAL

4.1. Competencia jurisdiccional

La materia que nos ocupa es competencia de la jurisdiccional social, regulada en la RJS. En concreto, su artículo 2, letra o), establece que son materias del ámbito del orden jurisdiccional social): “.....*las cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, así como sobre las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, teniendo a todos los efectos de esta Ley la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social*”.

La atribución al orden social de la competencia relativa a prestaciones derivadas de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y sus trámites previos (como el reconocimiento del grado de dependencia) no entrará en vigor hasta que así se disponga en el futuro en una nueva Ley (LRJS, Disposición Final 7ª.2) y hasta que esté vigente esta futura nueva norma, la competencia está atribuida al orden contencioso-administrativo (Auto del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos) de 20 de abril de 2015).

En caso de que la demanda se presente ante órgano incompetente, la cuestión de la competencia se suele apreciar de oficio por el propio Juzgado, en los términos establecidos en el artículo 5 LRJS (Apreciación de oficio de la falta de jurisdicción o de competencia).

El Tribunal Supremo ha aclarado sobre esta cuestión competencial que: a) cuando la competencia para conocer sobre una resolución administrativa en materia de prestaciones corresponde al orden social, la impugnación puede fundarse tanto en los motivos de fondo relativos al derecho reclamado, como también en los motivos relacionados con el procedimiento administrativo seguido y sus trámites, sin que por ello se altere su competencia (STS de 19 de noviembre de 2002, de 16 de mayo de 2006 y de 4 de enero de 2008) y b) la competencia no será social cuando se trate de ayudas a personas con discapacidad establecidas por las comunidades autónomas que no formen parte del sistema de Seguridad Social (STS de 26 de mayo de 2004).

4.2. Competencia territorial

De acuerdo con el artículo 10.2, a) LRJS, en los procesos que versen sobre las materias referidas en las letras o) del art. 2 LRJS, la demanda debe dirigirse al juzgado de lo social en cuya circunscripción se haya producido la resolución, expresa o presunta, o la actuación impugnada en el proceso, o, a elección del demandante, el Juzgado de su domicilio.

4.3. Capacidad procesal y legitimación

En cuanto a quién ha de interponer la demanda (acción judicial) en aquellas personas con minoría de edad, o con esta prorrogada o de aquellas personas que tengan limitada, por razones de enfermedad o prodigalidad, su capacidad procesal, rigen las reglas comunes de tener que actuar con su representante legal (padre, madre o tutor), por así disponerlo tanto los artículos 162 y 267 del Código Civil, como el artículo 16.4 LRJS.

4.4. Reclamación administrativa previa

La Resolución administrativa que declara un determinado grado de discapacidad no puede ser impugnada judicialmente sin antes presentar una reclamación previa a la vía judicial, es lo que, en derecho procesal se denomina “agotar la vía administrativa previa a la vía judicial”, que se encuentra regulado en los artículos 69 a 73 LRJS. En el caso de la impugnación de Resoluciones administrativas relativas a grado de discapacidad habrá de tener presente el artículo 71 LRJS, que indica que la demanda deberá presentarse en el plazo de 30 días a contar, desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa, o desde el día en que se entienda denegada en vía administrativa. Para el cómputo de los días se aplica la regla general de los artículos 133 y 135 LEC.

Interesa precisar que nuestra jurisprudencia ha destacado que no es ni razonable ni proporcional apreciar una excepción procesal de caducidad, cuando la presentación de la demanda fuera del plazo legalmente previsto tiene su origen en una indicación errónea de plazos para el ejercicio de la acción por la propia Administración, que no puede beneficiarse de aquel error fundando después en él la caducidad de la acción¹.

Una de las cuestiones que suelen generar mayor problemática es la contenida en el artículo 72 LRJS que se refiere a la vinculación del demandante respecto a la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o a la vía administrativa previa. Dispone el citado artículo 72 LRJS: *“En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad”* y la jurisprudencia, ya tradicional, ha interpretado este artículo, de forma reiterada, considerando que no son hechos nuevos ajenos al expediente las dolencias nuevas que sean agravación de otras anteriores (STS de 26 de junio de 1986 ó de 5 de julio de 1989), ni tampoco las lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después (STS de 15 de septiembre de 1987) ni las lesiones o defectos que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectados por los servicios médicos de la entidad por las causas que fueran (STS de 30 de abril de 1987 ó de 23 de septiembre de 1987).

¹ Sentencias del Tribunal Constitucional números 2074/1987, 193/1992, 194/1992 ó 154/2000.

El defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social, por inobservancia del plazo de treinta días, no afecta al derecho material controvertido, sino que, únicamente, comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, pudiendo presentarse de nuevo la demanda, siempre que la misma no estuviese ya afectada por el instituto de la prescripción o de la caducidad (STS de 7 de octubre de 1974 y de 15 de octubre de 2003, entre otras muchas)².

4.5. Procedimiento

4.5.1. Demanda

Posiblemente, la demanda sea el trámite de mayor importancia en la jurisdicción social y ello por cuanto lo peticionado en la misma no podrá ser modificado en el futuro, salvo en contadas ocasiones. En común observar demandas mal planteadas ab initio que frustran los derechos de las personas con discapacidad en su petición de revisión judicial de un grado de discapacidad, observándose, incluso, algunas demandas redactadas como meros formularios donde se cambia lo mínimo (el nombre del demandante y poco más). Es lógico manifestar que una demanda bien formulada y fundamentada garantizará un éxito mayor que una demanda mal planteada con similares posibilidades de alcanzar el éxito pretendido.

Los requisitos que toda demanda debe contener se encuentran expuestos en el artículo 80 LRJS, interesando destacar los apartados *c) La enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas ...y d) La súplica correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada* y ello porque resulta evidente que la claridad en la exposición de los hechos es fundamental para que el Juez declare los hechos probados: Resolución administrativa recurrida, grado de discapacidad reconocido en la misma, grado de discapacidad solicitado en la demanda, defectos en la tramitación administrativa, haciendo referencia a los factores sociales que se consideran más ajustados, si se solicita o no movilidad reducida y otros que dependerán del caso concreto.

Asimismo, el suplico de la demanda es fundamental, puesto que no puede dejarse este de forma inconcreta. Suele redactarse el mismo de forma que se deja un amplio

² Doctrina esta que se encuentra positivizada en el artículo 71.4 LRJS, a cuyo tenor «... podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho... »

margen subjetivo del estilo: “ *que se estime la demanda y que se dicte Sentencia reconociendo un grado de discapacidad mayor que el reconocido en la Resolución impugnada..., cuando lo correcto sería, por ejemplo...*”, reconociendo un grado de discapacidad de un 33%.

En otro orden de cosas, puede observarse que, en el citado artículo 80 LRJS, no se menciona la fundamentación jurídica. La Sala IV (Sala de lo social del Tribunal Supremo) tiene dicho que, en el proceso laboral, la fundamentación jurídica no es exigible (STS de 18 de julio de 2005). Por tanto, «*no se exige al demandante en el procedimiento laboral que exponga en su escrito rector razones jurídicas, alegaciones en Derecho, ni siquiera mención expresa de cuantos preceptos entienda que apoyan su pretensión*». Ahora bien, en determinadas modalidades procesales, entre las que se encuentra la que nos ocupa, sería conveniente (que no obligatorio), el hacer referencia al RD 1971/1999, norma que regula la materia, incidiendo en los Artículos, Capítulos y Tablas del Baremo aplicables. En este punto, y dado que el cambio normativo es frecuente en esta jurisdicción, han de fijarse las normas vigentes, puesto que la cita de una norma derogada puede conllevar la desestimación de la demanda.

4.5.2. Conciliación previa

De modo previo al inicio del juicio, se somete a las partes a la conciliación previa. En los juicios referidos a la determinación del grado de discapacidad, intervienen los Abogados de las Comunidades Autónomas (excepto en Ceuta y Melilla, en que interviene la Abogacía del Estado), el trámite de conciliación previa no se celebrará por cuanto estos no pueden allanarse sin autorización de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado (artículo 7 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, cuyo contenido es similar al expresado en las leyes autonómicas reguladoras de la defensa y representación de los órganos ejecutivos de las diferentes Comunidades Autónomas).

4.5.3. Juicio

Celebrada la conciliación previa, se pasa a la celebración del juicio, que responde a los principios de oralidad (todas las actuaciones practicadas en el juicio son orales), concentración (lo que implica que las cuestiones previas y/o prejudiciales se discuten en el acto del juicio, con resolución inmediata o en sentencia pero sin suspensión del acto del juicio), intermediación y publicidad. También rige la unidad de acto, como manifestación del principio de concentración porque ésta unidad “*no se rompe si, agota-*

das las horas de audiencia, el juicio se interrumpe continuando al día siguiente” (STS 9 de abril de 1991).

Cuestión también importante es la ratificación a la demanda en los casos en que esta adolezca de algún error o para aclarar tanto el contenido como el suplico de la misma, sin que se pueda variarse sustancialmente la misma.

La prohibición de modificación sustancial de la demanda tiende a evitar la indefensión del demandando que conoce, en el acto del juicio y de forma sorpresiva, modificaciones en la causa de pedir, tanto en relación con los hechos como de los fundamentos. Lo que se pretende con la prohibición de una variación sustancial de la demanda es el “...*respeto de la situación de igualdad de las partes y del derecho a una adecuada garantía de defensa.*” (STS de 21 de septiembre de 2010 y 22 de marzo de 2005), es decir que le provoque indefensión por no haber previsto acudir a juicio con medios de prueba adecuados.

Ratificada y aclarada la demanda, seguidamente, el demandado contesta, verbalmente, afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda, y alegando cuantas excepciones procesales estime procedentes (artículo 85.2 LRJS).

4.5.4. Proposición y práctica de la prueba

Las partes contendientes podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley. Ahora bien, la LRJS no enumera los medios de prueba, limitándose a regular, en los artículos 90 a 96, las especialidades de determinados medios de prueba respecto a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC). Los medios de prueba que pueden utilizarse son los establecidos en esta última norma; en concreto, su artículo 299 enumera los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio: *1º. Interrogatorio de las partes; 2º. Documentos públicos; 3º. Documentos privados; 4º. Dictamen de peritos; 5º. Reconocimiento judicial y 6º. Interrogatorio de testigos.*

No debe de olvidarse que, si las partes no proponen prueba alguna que acredite determinados hechos base de sus pretensiones y, por tanto, no existe ninguna prueba demostrativa de la realidad que se pretende probar, el Juez o Tribunal de instancia ni está obligado a desarrollar actividad probatoria alguna respecto a tales hechos, ni tampoco puede reflejar la existencia de los mismos en la Sentencia que dicte. En definitiva, que son las partes las únicas obligada, para defender sus intereses, a proponer las pruebas de que intente valerse y por ende, si no cumplen esa obligación, han de pechar con las consecuencias negativas y los perjuicios que de este incumplimiento se derivan; sin

que por tal causa puedan aducir, en forma alguna, una insuficiencia de hechos probados, puesto que la Sentencia no puede tener como probado un hecho que no lo está y, en los procedimientos judiciales referidos a los grados de discapacidad cobra especial relevancia la probanza de los hechos referidos en la demanda, en cuanto a las concretas dolencias y a su encaje en el Baremo del Real Decreto 1971/1999, máxime cuando, generalmente, las cuestiones a probar son cuestiones de carácter médico, siendo la prueba reina la pericial de un médico, psicólogo o trabajador social.

4.5.5. Prueba pericial médica o psicológica

Regula la LRJS este medio de prueba en su artículo 93, cuyo primer Apartado no admite duda sobre su interpretación, por cuanto trata de la presentación por los Peritos ante el Juez de lo social en el acto del juicio. La aportación de los Informes suele ser en el propio acto de juicio, si bien el mismo puede formar parte de la documentación que se una a la demanda. El Juez de lo social suele contar con varios dictámenes periciales:

1. El Dictamen emitido por el Equipo de Valoración y Orientación (en adelante, EVO) que se encuentra regulado en los artículos 8 y 9 del Real Decreto 1971/1999 y que está formado por facultativos encargados de estudiar y valorar las solicitudes de reconocimiento de discapacidad o las que se le requieran de oficio.

2. El Dictamen Pericial de la parte demandante emitido, según los casos, por un Médico o por un Psicólogo, que, como ya se ha manifestado, se presenta en el acto de juicio y se valora por el Juez, igualmente, conforme a las reglas de la sana crítica.

3. El Informe del Médico Forense, cuya petición puede acordarse, bien por el *órgano judicial, de oficio o a petición de parte (artículo 93.2 LRJS)*.

Ante tales Informes médicos y/o psicológicos, contradictorios en muchas ocasiones, nuestra jurisprudencia señala que el Juez es soberano para acoger los que le merezcan más crédito y ello porque, atendiendo a las reglas de la sana crítica, puede el juez optar por la pericia que a su juicio le ofrezca mayores garantías de objetividad, imparcialidad e identificación de los hechos (STS de 23 de febrero de 1990). Destaca el hecho de que en nuestro sistema jurídico procesal y con relación con la prueba rige el principio de adquisición procesal según el cual las pruebas, una vez practicadas, no son de parte, sino del juez, quien tiene la facultad de valorarlas todas por igual o unas con preferencia a las otras, siempre que se ponderen los distintos elementos que constituyen la actividad probatoria.

Insistiendo en este importante punto de la valoración probatoria por parte del Juez, la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que es facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, esto es, de forma exclusiva a los Jueces y Tribunales, ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del órgano judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina (STC 175/1985, de 17 de diciembre) que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas. En definitiva, que el Juez es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada. La LRJS recoge, expresamente, esta doctrina en su artículo 97.2, al disponer que la sentencia, apreciando los elementos de convicción, deba de declarar expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia a los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión.

También señala el Tribunal Constitucional, en Sentencia 81/88 de 28 de abril, que el Juez de lo Social incardina unos hechos en las previsiones legales, reiterando que la carga de la prueba de los hechos corresponde a las partes, mientras que al Juez corresponde la determinación de los hechos probados, decidiendo “*en conciencia y mediante una valoración conjunta*”, y es que es doctrina constante del Tribunal Supremo (entre otras la ya citada de STS 17 de octubre de 1990) la de que es al juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción (concepto más amplio éste que el de los medios de prueba) para establecer la verdad procesal, intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga la Ley.

4.5.6 Conclusiones

No cabe duda que el trámite de conclusiones reviste una importancia fundamental por cuanto el mismo permite a las partes incidir en los puntos que más les interesen. Se regula en el artículo 87.4 LRJS y ello por cuanto permite, en la valoración de los grados de discapacidad, concretar los hechos y valorarlos jurídicamente, encuadrándolo las dolencias en los diferentes Capítulos y Tablas recogidos en los Baremos del Real Decreto 1971/1999, para lograr el convencimiento del Juez en cuanto a la prueba practicada que, como hemos visto, es fundamental para lograr que nuestros argumentos tengan el peso necesario en la futura Sentencia.

4.5.7 *Diligencias Finales*

Dispone el artículo 88 LRJS que el Juez, una vez finalizado el juicio podrá acordar la práctica de las pruebas que estime necesarias. Interesa destacar, en este aspecto, la posibilidad que tiene el Juez para, según lo dispuesto en el artículo 93.2 LRJS, la posibilidad otorgada al Juez para, de forma potestativa, bien de oficio, bien a petición de parte, requerir la intervención de un médico forense, en los casos en que sea necesario su informe en función de las circunstancias particulares del caso, de la especialidad requerida y de la necesidad de su intervención, a la vista de los reconocimientos e informes que constaren previamente en las actuaciones, debiéndose tener en cuenta que los documentos médicos han de ser aportados en el acto de juicio, no pudiendo aportarse al Médico Forense y ello porque se generaría indefensión a la parte demandada (Sentencia del TSJ/Valencia de 10 de marzo de 2016- Recurso 1618/2015).

4.5.8. *Sentencia*

La especialidad de la Sentencia en el ámbito de la jurisdicción social, prevista en el artículo 97 LRJS estriba en el hecho de que deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, un resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso y, apreciando los elementos de convicción, declarará, expresamente, los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo.

La determinación de los hechos probados mantiene una larga tradición en el Derecho Social y resulta incuestionable que toda Sentencia dictada en el ámbito del Orden Jurisdiccional Social ha de expresar, como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de septiembre de 2012: “... dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso” y “... asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados”, si bien la falta de hechos probados no origina la nulidad de la sentencia si constan los hechos imprescindibles para resolver la cuestión debatida.

4.5.9. Recursos de Suplicación y de Casación

Las Sentencias en materia de determinación de grado de discapacidad son recurribles en suplicación (artículo 191 LRJS), ante la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia, siendo el plazo para anunciar el recurso de cinco días, debiendo interponerse la formalización del mismo en el plazo de 10 días.

Anunciado y admitido el Recurso, en el ámbito propio que nos ocupa dos son los motivos en los que suele fundarse el Recurso (previstos en el artículo 193 LRJS): b) *Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas;* y c) *Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.* La estructura del recurso de suplicación exige que, primeramente, se intente su revisión por el cauce del apartado b) del art. 193, si la parte no está conforme con los hechos probados; y, seguidamente, al amparo del apartado c) extraiga las consecuencias jurídicas de la modificación de los hechos, alegando las normas sustantivas y la jurisprudencia que estime infringidas y ello porque no puede el Tribunal Superior, dada la naturaleza extraordinaria del Recurso, apreciar infracción alguna, por patente que sea, que no le haya sido debidamente alegada por el recurrente cumpliendo estos requisitos.

Advierte la doctrina unificada (SSTS de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2883) -rec. 81/2012 , 11 de Octubre del 2007 (RJ 2007, 9305) -rec. 22/2007 o 22 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8691) -rec. 193/04, entre otras muchas) que, para que la denuncia del error pueda ser apreciada, se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien completándolos, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

Por otra parte, el Tribunal Superior no puede subsanar los defectos del motivo, pues, de lo contrario, supondría construir de oficio el recurso, con merma de la imparcialidad judicial y con grave vulneración de las garantías procesales de la parte contraria, a la que se causaría absoluta indefensión.

En definitiva, que la solicitud de revisión de los hechos probados al amparo del artículo 193 b) de la LRJS carece de sentido si tras ella no se articula motivo alguno de

infracción de norma jurídica sustantiva o de la jurisprudencia, pues la finalidad de la rectificación de la relación fáctica de la sentencia no es otra que poner de manifiesto el verdadero supuesto de hecho que se ha de tener en cuenta para seleccionar y aplicar la norma jurídica material.

Para terminar con el estudio de los recursos, es preciso hacer referencia, brevemente, a que la materia que nos ocupa mantiene serias dificultades para que sea admitido un Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, al ser este de carácter extraordinario y no ser posible una revisión fáctica, puesto que este recurso está pensado para evitar disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia³.

5. VALORACIÓN GENÉRICA DE LOS GRADOS DE DISCAPACIDAD

5.1 Baremos de aplicación

El Anexo 1-A del Real Decreto 1971/1999 comprende Baremos que contienen normas para la evaluación de las consecuencias de la enfermedad originada por deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas del cuerpo humano, de acuerdo con el modelo propuesto por la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la Organización Mundial de la Salud. Es por tanto la severidad de las limitaciones para las actividades el criterio fundamental que se ha utilizado en la elaboración de estos baremos.

Los Capítulos contenidos en el ANEXO 1.A son los referidos a los siguientes Sistemas y Aparatos: músculo-esquelético, nervioso, respiratorio, cardiovascular, hematopoyético, digestivo, genitourinario, endocrino, piel y anejos, neoplasias, visual, oído, garganta y estructuras relacionadas, lenguaje, retraso y enfermedad mental.

Por otra parte, el ANEXO 1.B se regula la forma de computar los factores sociales complementarios y en el ANEXO 3 cómo se valora la existencia de dificultades para utilizar transportes colectivos.

³ En este sentido se pronuncia por ejemplo, los Autos del Tribunal Supremo 28 de marzo de 2017-Recurso 2199/2016 o de 25 de noviembre de 2015 –Recurso 3369/52014.

Una de las cuestiones de singular importancia es la referida en el Anexo 1-A, Capítulo I (normas generales) del RD 1971/1999 y ello porque los Capítulos específicos lo que hacen es concretar este primer Capítulo y, por tanto, es la base para considerar si una persona está afectada o no a un grado de discapacidad.

5.2. Diagnóstico previo y con aplicación de las medidas terapéuticas

Resulta del punto lógico que para que pueda ser valorada una determinada dolencia, esta ha de estar previamente diagnosticada, siendo, además, necesario, que se hayan aplicado las medidas terapéuticas, puesto que, si ello no fuera así, se estarían valorando a personas con posibilidades de curación. A modo de ejemplo, una deficiencia visual se valora después de la corrección óptica correspondiente.

Si bien lo anterior puede aplicarse de forma general, cuando nos encontramos ante una enfermedad mental, donde el índice de falta de seguimiento de las medidas terapéuticas o de falta de toma de medicación es usual, habrá de estarse a cada caso concreto y ello porque será preciso conocer el porqué de dicha dejación de toma de la medicación, para establecer si resulta razonable que ello sea lo médicamente aceptado.

5.3. El diagnóstico no es un criterio de valoración y las dolencias han de ser no recuperables

En el Baremo contenido en el Real Decreto 1971/1999 no se tiene en cuenta la dolencia en sí misma considerada, sino la severidad de las consecuencias de la enfermedad, es decir, en su efecto sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria. Por ello, hablamos de que los criterios de valoración en la calificación de un determinado grado de discapacidad no se fundan en el mero diagnóstico, sino en la constatación de las efectivas limitaciones funcionales, viniendo a exigirse en el Anexo que se comenta que las lesiones o dolencias lo sean de carácter permanente, esto es, que las secuelas sean objetivamente determinadas como definitivas y sin posibilidad médica de recuperación.

5.4. Las actividades para la vida diaria (AVD)

Cuando en el RD 1971/1999 se habla de actividades básicas de la vida diaria se utiliza un concepto que la propia norma define con la finalidad de establecer los grados genéricos de discapacidad, que se especifican en los Capítulos establecidos para los

diferentes sistemas del cuerpo humano. De esta forma, la norma establece los siguientes grados: Grado 1: discapacidad nula: Los síntomas, signos o secuelas, de existir, son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria; Grado 2: discapacidad leve: Los síntomas, signos o secuelas existen y justifican alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas; Grado 3: discapacidad moderada: Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado; Grado 4: discapacidad grave: Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las AVD., pudiendo estar afectada alguna de las actividades de auto cuidado; y Grado 5: discapacidad muy grave: Los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las AVD.

Y estos cinco grados, se encuadran en cinco CLASES de la forma siguiente: CLASE I: Se encuadran en esta clase todas las deficiencias permanentes que no producen discapacidad. La calificación de esta clase es 0%. CLASE II: Incluye las deficiencias permanentes que originan una discapacidad leve (1-24%). CLASE III: Discapacidad moderada (25-49%). CLASE IV: Discapacidad grave (50-70%) y CLASE V: Discapacidad muy grave (75%).

Siendo las anteriores referencias genéricas, el porcentaje concreto se determina de acuerdo con los criterios y clases que se especifican en cada uno de los capítulos, según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad que origina, referenciándose las actividades de la vida diaria (AVD) como vestirse, comer, aseo, higiene persona, levantarse, elevar, agarrar, sujetar, apretar, oír, ver, función sexual, sueño y actividades sociales y de ocio.

5.5. Valores combinados y fecha de efectos

Los diferentes porcentajes alcanzados por cada dolencia no se suman de forma aritmética, sino que ha de aplicarse la Tabla de Valores Combinados que figura al final de los Capítulos ya referidos.

Por otra parte, el artículo 10 del RD 1971/1999 es claro cuando dispone que el reconocimiento de grado de discapacidad se entenderá producido desde la fecha de solicitud, debiendo de figurar en la Resolución, si bien, como ha aplicado la jurisprudencia es posible la aplicación retroactiva de la declaración del grado de dis-

capacidad a la fecha en la que ya existían las secuelas (TSJ La Rioja 22-1-15); pero no puede darse valor retroactivo a la fecha de solicitud de un grado de discapacidad cuando no puede afirmarse que la patología, a pesar de que existiera en ese momento, ya era incapacitante de forma permanente (TSJ Catalunya 17-12-14).

5.6. Factores sociales complementarios

Al grado de discapacidad valorado, ha de sumarse la puntuación obtenida por los factores sociales complementarios, sin que este pueda sobrepasar los 15 puntos (artículo 5.3 del RD 1971/1999), si bien habrá de tenerse en cuenta que el porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que se podrá aplicar el baremo de factores sociales complementarios no podrá ser inferior al 25 por 100.

5.7. Existencia de dificultades para utilizar transportes colectivos

El artículo 5.4, letra b) del RD 1971/1999 establece: *b) La relación exigida entre el grado de minusvalía y la determinación de la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes colectivos a que se refiere el párrafo b) del art. 25 del Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, se fijará por aplicación del baremo que figura como anexo III de este Real Decreto.*

A su vez, el artículo 25 del Real Decreto 383/1984 dice: *Serán beneficiarias del subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte aquellas personas que reúnan, además de las condiciones previstas en los apartados b), c) y d) del art. 2, las siguientes: ...; b) Estar afectadas por pérdidas funcionales o anatómicas o por deformaciones esenciales, en grado igual o superior al 33 por 100, que le dificulten gravemente utilizar transportes colectivos de acuerdo con el baremo específico que se fije reglamentariamente;* Por tanto y a mi entender, para que sean reconocidos los derechos inherentes a la dificultad para utilizar transporte público es necesario un 33% de grado de discapacidad, además de los 7 puntos a que se refiere el Anexo II del RD 1971/1999.

5.8. Revisión de los grados de discapacidad

Una de las cuestiones que también se plantean de forma recurrente en las demandas es la relativa a si la Administración puede revisar los porcentajes de discapacidad otorgados, aunque la revisión traiga causa de la solicitud de la persona con discapacidad,

cuando esta entiende que su situación se ha agravado. Si el interesado pide una revisión, la entidad competente puede proceder a la revisión con el alcance que se obtenga de la valoración que presente el estado del interesado, de forma que si es pedida una agravación y resulta que ésta no procede pero sí una mejoría, con incidencia en el porcentaje inicialmente establecido, la decisión administrativa no puede ignorar tal situación y mantener un porcentaje que no es el que corresponde, de forma que es adecuado revisar por mejoría la situación del demandante y ello por disposición de los artículos 6, 9 y 10 del RD 1971/1999. No obstante lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha encargado de aclarar en Sentencia de 10 de noviembre de 2016 que “... , lo que no puede hacer la entidad gestora es revisar el porcentaje de discapacidad manteniendo un cuadro de secuelas igual que el que provocó el reconocimiento de la discapacidad.excepto en los casos en los que se acredite, suficientemente, error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en los que no será preciso agotar el plazo mínimo (de dos años).

6. VALORACIÓN ESPECÍFICA DE LOS GRADOS DE DISCAPACIDAD: ENFERMEDAD MENTAL

Sin ánimo de exhaustividad porque es imposible tratar sobre todos y cada uno de los Capítulos y Tablas a que se refiere el RD 1971/1999, merece una consideración, por la abundancia de resoluciones judiciales, el Capítulo XVI, referido a las enfermedades mentales; en principio, la valoración del trastorno mental se realiza conforme a tres criterios objetivos: 1.- la disminución de la capacidad del individuo para llevar a cabo una vida autónoma, debiendo estudiarse para ello las actividades desarrolladas para estimar cuál es la relación de la persona con el entorno y sus actividades de cuidado personal; 2.- debe valorarse si se encuentra disminuida la capacidad laboral; y 3.- debe existir presencia y estudio de los síntomas y signos constituyentes de criterios diagnósticos.

Así, para la asignación del grado de discapacidad ha de tener en cuenta un criterio general que consiste en que cuando la persona presente sintomatología psicopatológica aislada que, aunque exista, no suponga disminución de su capacidad funcional se incluye en la clase I y su valoración es 0%. En cambio, para incluir a la persona en alguna de las clases que sí suponen disminución de su capacidad funcional (II, III, IV y V) tienen que cumplir los tres requisitos reseñados en cada una de ellas, de acuerdo con los criterios especificados, lo que determina que la discapacidad se califique como de Clase I hasta Clase IV.

Y es que la valoración de la enfermedad mental se realizará de acuerdo con los grandes grupos de trastornos mentales incluidos en los sistemas de clasificación universalmente aceptados –CIE-10, DSM-IV–. Teniendo como referencia estos manuales, los grandes grupos psicopatológicos susceptibles de valoración son: trastornos mentales orgánicos, esquizofrenias y trastornos psicóticos, trastornos de estado de ánimo, trastornos de ansiedad, adaptativos y somatomorfos, disociativos y de personalidad, que se desarrollan en los subsiguientes Apartados del Capítulo XVI.

7. EQUIPARACIÓN GRADO DE DISCAPACIDAD, INCAPACIDAD PERMANENTE PARA TRABAJAR Y DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD A TRAVÉS DE UN PROCEDIMIENTO CIVIL DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.

A) Por último, interesa realizar una referencia a la interpretación del artículo 4.2 RDL 1/2013 porque si atendemos al tenor literal de la norma, “..... *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*”.

Siendo ello así, no debemos de olvidar que el Tribunal Supremo en Sentencia de unificación de doctrina de 21 de marzo de 2007 (Recurso 3872/2005) estableció que no suponía: “...*la atribución con carácter general de la condición de minusválido o discapacitado...*”, si bien como dicha doctrina se fijó la doctrina con relación al art. 1.2 de la Ley 51/2003 declarando que, por el hecho de haber sido declarado la persona afecto de una incapacidad permanente total ello no comportaba que hubiera de serle reconocido un grado de discapacidad del 33%, esta cuestión está siendo de nuevo examinada por los Juzgados de lo social y por los Tribunales Superiores de Justicia al resolver recursos de suplicación referidos al artículo 4.2 del RDL 1/2013.

Existen, a fecha actual, diferentes Sentencias en ambos sentidos. Se muestra favorable a esta total equiparación la Sentencia del TSJ Asturias Sala de lo Social, sec. 1ª, S 7-2-2017, nº 190/2017, rec. 2770/2016 al entender que “... *del precepto (se infiere), la atribución automática de la condición de discapacitado a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social.*”⁴, si bien lo cierto es

⁴A mi entender, esta Sentencia (al igual que la Sentencia del TSJ/Galicia de 30 de junio de 2016) resulta del todo ajustada al tenor y espíritu del artículo 4.2 del RDL 1/2013.

que no existe unanimidad sobre esta interpretación, por existir otras Sentencias en sentido contrario (TSJ Castilla-La Mancha, Sentencia de 3 de marzo de 2017 Sentencia y TSJ/Aragón de 12 de abril de 2017 (ECLI: ES:TSJAR:2017:407).

B) La siguiente cuestión es si es necesario la emisión del Dictamen del EVO cuando nos encontramos ante caso el que se solicita la equiparación el grado del artículo en los términos del artículo 4 RDL 4/2013; en sentido favorable se muestra la precitada Sentencia del TSJ Asturias que añade que: "...debiendo limitarse la Consejería demandada a reconocer la discapacidad ..." debiendo añadirse que, a este último argumento no empece a que si la persona pretende un grado de discapacidad mayor al 33%, sí deberá de ser valorado por el EVO.

C) Asimismo, el hecho de haber sido declarado, civilmente, incapacitado, a través de un proceso sobre la capacidad de las personas y por medio de una Sentencia judicial firme, se equipara, legalmente, con un grado de discapacidad igual o superior al 65%, por así disponerlo la Disposición Adicional 25ª del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015).

8. CONCLUSIONES

A lo largo del presente estudio, se ha pretendido resaltar la importancia del Derecho Procesal en el ámbito de la valoración de los grados de discapacidad. Con el estudio de diferentes Sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social puede conocerse cómo se resuelven los litigios en esta materia y concluir sobre la forma de actuar ante los mismos para lograr la plena efectividad de los derechos de las personas con discapacidad y, si bien es cierto que resulta imposible dar patrones determinados para todas y cada una de las pretensiones, lo cierto es que se puede vislumbrar cuál va a ser la solución si se conocen tanto el RD 1971/1999, como las diferentes fases judiciales reguladas en la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Al encontrarnos ante una materia con una casuística muy amplia, conviene conceder importancia a la fase de la prueba y de diligencias finales por cuanto constituyen, junto a la pretensión establecida en la demanda, la fase esencial para que las solicitudes en el ámbito judicial tengan el éxito pretendido. Ha de entenderse, igualmente, que los Jueces de lo social conocen de una variada y abundante casuística no sólo relacionada con la seguridad social, sino con el derecho del trabajo en general y que, en definitiva, una claridad en la exposición de los hechos y de la normativa aplicable es fundamental para el éxito de las pretensiones de las personas con discapacidad.

Marcelina de la Vega Ávila

Técnico Jurídico del CERMI Castilla-La Mancha

LA FIGURA DEL TUTOR Y DEL CURADOR EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS: ¿INCAPACIDAD O MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR?

Extracto del Trabajo fin de Máster: 3^a Edición del Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia.

SUMARIO: 1. Reflexión inicial y justificación del Trabajo Fin de Máster. –2. Introducción y estructura del Trabajo Fin de Máster. –3. Análisis de artículos doctrinales en relación con el sistema gradual de apoyos y su configuración jurídica. –4. Análisis detallado de algunas sentencias del Tribunal Supremo de los últimos cinco años. –5. Valoración propia de la situación actual: a. Reflexiones desde el punto de vista del profesional del derecho; b. Reflexión como miembro del movimiento asociativo formal; c. Reflexiones muy personales como madre de un niño con Síndrome de Down y de una niña de 7 años. –6. Conclusiones o propuestas personales para fomentar el cambio de paradigma. –7. Bibliografía y relación de sentencias analizadas.

“Gracias a la vida por haber puesto en mi camino a mi marido y haber hecho una parada en dos estaciones maravillosas: la primera, el nacimiento de nuestro hijo David con Síndrome de Down y la segunda, el nacimiento de nuestra hija Miriam. Para ellos, por ser una familia especial e irrepetible”.

1. REFLEXIÓN INICIAL Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER

Con la venia de los miembros del Tribunal, procedo a exponer mi trabajo que lleva por título *“La figura del tutor y del curador en las sentencias del Tribunal Supremo de los últimos cinco años: ¿Incapacitación o modificación de la capacidad de obrar?”*.

Debo decir, aún a riesgo de parecerles algo inapropiado que, en los comienzos del desempeño de mi actual dedicación profesional, me costaba interiorizar el verdadero alcance de la llamada “muerte civil”, de la que yo no había oído hablar hasta que comencé mi labor de asesoramiento jurídico en materia de discapacidad. La teoría aprendida en mi época de estudiante en la facultad de derecho quedaba muy lejos de ser adecuada y conforme a los postulados de la Convención, también estaba muy lejos de atisbar ni la consideración de las personas con discapacidad como sujetos de derechos en el sentido amplio, y totalmente acertado, de acceso en igualdad de condiciones al ejercicio de todos y cada uno de los derechos fundamentales que sí que acompañan al resto de ciudadanos “medios”, que los ejercen sin límite alguno o sin tener condicionamientos de ningún tipo.

Sin duda, el enfrentarme a varios casos reales de personas con discapacidad que fueron incapacitadas y que muestran más sentido común que la mayoría de las personas “medias” a la hora de afrontar las decisiones importantes de su vida, han hecho que se suscite en mí este interés personal y profesional en profundizar en el estudio de este tema.

Son múltiples las consultas recibidas en los tres o cuatro últimos años en el seno de mi trabajo, en relación con las posibilidades reales a día de hoy de que las familias no se vean obligadas, y digo obligadas o condicionadas, por múltiples agentes externos a que inicien estos denigrantes procedimientos de incapacitación. Muchas familias en función del abogado o de la entidad a la que hayan acudido a informarse vienen con soluciones que siguen siendo contrarias a la Convención de la ONU. Incluso acuden con posterioridad a nuestro servicio una vez que ya se ha producido la sentencia de incapacitación total y observan que se ha despojado a sus hijos de todos los derechos que como ciudadanos les corresponden.

Debo comentarles la importancia que para mí ha tenido la elección de este tema para abordarlo en mi Trabajo Fin de Máster (TFM), las circunstancias acaecidas en estos últimos 10 años de mi vida personal, familiar y profesional han condicionado mucho la elección del tema de mi TFM. Considero que al visualizar en mi interior y en mi trabajo directo las situaciones a las que se enfrentan las personas con discapacidad y sus familias que han sido incapacitadas, ha ido aportando tanto conocimientos

teóricos como supuestos prácticos a mi bagaje personal y profesional acerca de la manera de abordar el tema tanto por las propias familias, por las entidades asociativas representativas del movimiento de la discapacidad, los operadores jurídicos y por supuesto de las administraciones tanto de los legisladores a nivel estatal como de las administraciones autonómicas, que aunque no tengan transferidas competencias en materia de derecho civil, también tienen mucho que hacer para cambiar de paradigma en este aspecto tan básico.

En concreto una situación que me hizo pasar al lado de los adeptos a la Convención fue la situación de ansiedad, desconocimiento e impotencia de una familia que había sufrido la pérdida reciente de uno de los progenitores y que se vio inmersa en pleno proceso de duelo en un procedimiento que nadie sabía quién había iniciado, ni nadie les podía explicar realmente en qué iba a mejorar la calidad de vida de la persona con discapacidad, en cuyo supuesto interés personal, se originó la puesta en marcha de toda la maquinaria judicial para iniciar un proceso de incapacitación. Por supuesto y principalmente sin haber informado previamente a la propia persona con discapacidad de que iba a ser objeto de este procedimiento.

2. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER

A continuación, quería dedicar un minuto para ubicar un poco el guion o índice de mi Trabajo Fin de Máster (TFM).

1. Introducción

En este punto simplemente he de justificar el motivo por el que me decidí a realizar este trabajo. Marco jurídico de referencia: internacional, nacional y comunitario.

Donde citaré de manera muy rápida los textos normativos de referencia tanto en el ámbito internacional con la aprobación de la Convención de la ONU, como en el ámbito nacional con nuestro Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, y también una brevísima referencia al ámbito de la Unión Europea a través de algunos pronunciamientos de su Tribunal de Derechos Humanos y de algunas de sus recomendaciones.

2. Análisis de artículos doctrinales en relación con el sistema gradual de apoyos y su configuración jurídica

En este apartado he abordado el estudio de algunos artículos doctrinales que considero que son de gran relieve y muy significativos para ahondar en la necesaria reforma pendiente.

3. Análisis detallado de algunas sentencias de Tribunal Supremo de los últimos cinco años

Se aborda en este apartado un análisis de 9 sentencias significativas emitidas por el Tribunal Supremo en concreto en su Sala Primera. Todas ellas centradas en las figuras de tutela y curatela, siempre bajo el prisma de la incapacitación total y en mi opinión sin respetar el principio de autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad.

4. Valoración propia de la situación actual

A continuación, realizaré una valoración propia y por lo tanto muy personal de la situación real que se está produciendo en el día a día, posición o valoración con la que se podrá estar más o menos de acuerdo al tratarse de mi experiencia personal.

a. Reflexiones desde el punto de vista del profesional de derecho.

En este caso como responsable del departamento de información y orientación jurídica del CERMI de Castilla – La Mancha, y por tanto formando también parte de algunas comisiones de trabajo de CERMI Estatal.

b. Reflexión como miembro del movimiento asociativo formal

Formando parte de la Junta Directiva de Down CLM y también de Down España, entidades las dos claramente posicionadas en el respeto total a la toma de decisiones por parte de las personas con discapacidad, en total consonancia con los postulados de la Convención de la ONU, como no podía ser de otra manera.

c. Reflexiones muy personales como madre de un niño con Síndrome de Down de 9 años y de una niña de 7 años.

Los sentimientos y las sensaciones que brotan en relación a este tema tan árido cuando tienes un hijo con discapacidad intelectual son difíciles de plasmar en un documento escrito, pero aun así lo intentaré.

5. Conclusiones o propuestas personales para fomentar el cambio de paradigma

Después de la lectura y análisis de los artículos doctrinales referenciados en el apartado 3 de mi TFM, del modesto análisis de las sentencias del Tribunal Supremo analizadas y sobre todo de mi experiencia personal y profesional adquirida en mi actual

trabajo, me aventuraré a dar algunas indicaciones de posibles soluciones jurídicas para este tema tan necesitado de la visión de las familias y de las propias personas con discapacidad, que no podrán participar en el alcance de este procedimiento mientras no se cumpla otro de los postulados que establecen la convención de la ONU muy estrechamente unido con el principio de igualdad ante la ley, que es el de acceso a la justicia en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía.

En este cambio de paradigma que se está produciendo en nuestra sociedad, las familias con hijos con discapacidad intelectual en edades tempranas tenemos mucho que decir y que hacer al respecto.

6. Bibliografía

Relación detallada de artículos doctrinales analizados y referencias de otros autores incluidos en el texto del TFM o de textos legales más o menos formales usados para la elaboración del TFM. Relación detallada de las sentencias del Tribunal Supremo analizadas.

7. Relación de sentencias estudiadas

3. ANÁLISIS DE ARTÍCULOS DOCTRINALES EN RELACION CON EL SISTEMA GRADUAL DE APOYOS Y SU CONFIGURACIÓN JURÍDICA

Una vez expuesto brevemente el guion o índice, me centraré en el resultado de mi análisis de los artículos doctrinales analizados en mi trabajo, he de decir que han servido para profundizar aún más en la línea doctrinal de la mayoría de los artículos de los autores analizados, que no es otra que la interpretación de los derechos de las PCD desde la perspectiva de los Derechos Humanos tal y como queda refrendado por la Convención de la ONU de los DPCD, en su artículo 12,2: *“Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida”*. Comparto desde el momento previo a la elaboración de este TFM esta opinión, y la elaboración de este trabajo me ha servido para afianzar aún más esta línea doctrinal.

Lógicamente completándola y enriqueciendo mis conocimientos sobre las distintas soluciones propuestas por los autores analizados para de una vez por todas, eliminar de nuestro ordenamiento jurídico en relación con la incapacitación con las instituciones que nuestro Ordenamiento Jurídico interno, establece en sus orígenes como instituciones de protección, pero que se han demostrado totalmente inadecuadas para la protec-

ción de un bien mayor que la seguridad del tráfico jurídico que no es otro que preservar la autonomía de la voluntad de las personas a las que se incapacita y por tanto de su dignidad como ser humano.

De los primeros operadores jurídicos que optaron ya con anterioridad a la promulgación de la Convención por el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad destaca Carlos Ganzenmüller, Fiscal del Tribunal Supremo, el cual dentro de su labor como garante del cumplimiento de la Ley, pero por encima de todo de la protección de las personas, eleva el acomodo de nuestras instituciones de guarda o protección al diseño de un nuevo sistema de apoyos, que sea un sistema que complemente a las personas en la toma de decisiones, nunca que las sustituya y les prive del ejercicio de derechos personalísimos que les relega a ciudadanos de segunda y les condena a la muerte civil, expresión esta utilizada por varios autores todos ellos de considerada reputación y criterio jurídico. Fue de los primeros autores a los que les oí hablar de la tarea de diseñar un traje a medida para cada persona con discapacidad, consistente en un estudio real de las capacidades de la persona para solo complementar su capacidad en aquello que sea estrictamente necesario.

Comparto totalmente con Ganzenmüller el hecho de que la incapacitación solo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la verdadera protección de la persona pero que deberá establecerse siempre la extensión de la misma, así como sus límites y siempre deberá tener la cualidad de ser revisable o revertible. Como se observa también del contenido de alguna de las sentencias analizadas después en este trabajo, la incapacitación no puede tener nunca una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica de la persona con discapacidad.

Me muestro totalmente de acuerdo con la opinión de Torcuato Recover, al afirmar tajantemente que lo que hace la Convención es determinar la inmediata implantación de un sistema de apoyos por el cual los Estados parte deberán adoptar las medidas oportunas para proporcionar el acceso a las PCD el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Igualmente comparto con él que la Convención es directamente invocable en nuestro ordenamiento jurídico con base en el artículo 96 de la Constitución Española. De ahí que sea tan exigente con el mandato de la Convención de provocar un inmediato cambio de paradigma haciendo desaparecer los sistemas de sustitución o anulación de la voluntad de las PCD por un sistema gradual de apoyos.

Torcuato Recover se apoya una y otra vez en las Observaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU tanto de abril de 2014 como de 2016 para exigir la imperiosa necesidad de acometer esta reforma, habiendo participado para ello en la comisión de expertos para presentar una reforma ya articulada de los artículos del Código Civil

y de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil que son contrarias a los postulados de la Convención y por tanto al respeto a la dignidad de las personas con discapacidad. Debo reflejar, siempre con la venia del Tribunal la especial incidencia que hace el propio autor a la hora de establecer las salvaguardias oportunas que marca la propia Convención para proteger a la persona de posibles abusos y manipulaciones.

Me quedo de este autor con una cita literal que hace del profesor Seoane, quien afirma que: *“No está en manos de la sociedad “normal”, ni en manos de nadie, el despojar a las personas con discapacidad de sus derechos, aunque sí está en sus manos el facilitarles su ejercicio”*.

El título elegido para mi TFM *“La figura del Tutor y del Curador en algunas sentencias de los últimos cinco años del Tribunal Supremo. ¿Incapacitación o modificación de la capacidad de obrar?”*, se ha visto fuertemente refrendado por la denominación que la siguiente autora analizada en mi trabajo, Montserrat Pereña Vicente, da a uno de los capítulos de su trabajo analizado y que no es otro que: *“El sistema de protección del Código Civil: el abismo que separa teoría y práctica”*.

Según esta autora, la práctica jurídica diaria de nuestros Tribunales desde la Reforma del 83 hasta nuestros días sigue siendo en un altísimo porcentaje contraria a la Convención de la ONU. Según esta autora se ignora totalmente el concepto de capacidad natural que permitiría identificar parcelas o ámbitos en los que incluso la persona sometida a tutela puede mantener cierta capacidad de decisión, haciendo especial referencia a los actos personales. Para esta profesora de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos, siguiendo a Benheim-Desvaux, *“conciliar autonomía y protección es muy difícil”*, yo diría que lo es por imperativo de los operadores jurídicos que no terminan de poner por delante de la seguridad del tráfico jurídico el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad y por lo tanto de su dignidad.

De todas las posturas doctrinales analizadas por la autora citada en su artículo, he de decir que la única que difiere bastante del resto es la de una entidad denominada FUTUDEMA, quienes apoyaban que la Convención no se opone al sistema de tutela español, ya que este ya era respetuoso con las personas con discapacidad. Insisten en su planteamiento, que la declaración de incapacidad será excepcional y se restringirá a las áreas donde la persona necesite los apoyos que la tutela le proporcione, siendo conscientes de que hay casos muy graves en los que es imprescindible ejercer un apoyo total o representación de las personas con discapacidad.

Por último, la autora, mencionando sus propias palabras, hace según ella una modesta aportación para que este cambio de paradigma se produzca que no es otra que

los tutores y curadores o gestores de apoyo si se le quiere llamar así, tengan como objetivo principal de su función el prestar apoyos a las personas con discapacidad para que cada día, estas personas consigan mayores parcelas de autonomía. Comparto de este artículo publicado en la Revista La Ley de 2010, una frase del autor López Frías que ya en el año 2003 decía: *“a mayor educación y prevención, o en su caso, prevención, diagnóstico y tratamiento precoz, menos incapacitación”*.

Estoy totalmente de acuerdo con la premisa expresada por Cristóbal Fábrega, fiscal de la Audiencia Provincial de Jaén en uno de sus artículos doctrinales al afirmar que, *“el igual reconocimiento como persona ante la ley es fundamental, no solo como derecho en sí mismo, sino también como requisito previo al goce pleno de otros derechos, por ejemplo el derecho a interponer recursos, celebrar operaciones contractuales, comprar o vender un bien, casarse”*... De este autor comparto igualmente las tres obligaciones que la Convención impone a los Estados Miembro para contribuir al respeto de esta igualdad de todas las personas ante la Ley, que son las obligaciones de respetar, los Estados no se pueden injerir en el ejercicio de los derechos de las PCD, la obligación de actuar, para conseguir que las PCD tengan capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, debiendo adoptar por ellos las medidas oportunas para que las personas con discapacidad cuenten con los apoyos que necesiten para ejercitar su capacidad jurídica.

Cristóbal Fábrega es firme defensor del postulado de “proteger sin incapacitar”, usando para ello la figura de la guarda de hecho o la posible utilización de dos instrumentos jurídicos que ha ideado otro magnífico fiscal muy unido al movimiento de personas con problemas de salud mental, son las teorías de la causa-motivo de la incapacidad y de la doble vía que ha forjado el Fiscal de Córdoba, Fernando Santos Urbaneja. Al igual que Carlos Ganzenmüller, Cristóbal Fábrega incide en la importancia que debe suponer para los ordenamientos jurídicos internos de los países firmantes de la Convención el diseño de las salvaguardias que garanticen que las personas con discapacidad no sean manipuladas. Deben hacerse siempre desde el respeto a la dignidad de las personas, en condiciones de igualdad que el resto de ciudadanos para garantizarles esos apoyos en todos los aspectos de su vida.

Estos mecanismos de apoyo deben ser diferentes para cada persona, igual de respetuosos con las personas con discapacidad con pocas necesidades de apoyo que con aquellas con una gran discapacidad. El propio fiscal establecía que mientras se diseña ese sistema gradual de apoyos, debería acudir a la gradualidad de la incapacitación, guarda de hecho, curatela...

Como indica Monzón, («*La respuesta del derecho ante las necesidades de los CIL (Borderline)*»): «*Si el Derecho debe propender a la integración en la vida social, también debe establecer una normativa apropiada a esta integración. Existe un importante efecto educador en el control que cada uno hace de su presupuesto. Ese control es parte de nuestra libertad y dignidad. (...) Si una persona tiene capacidad para decidir sobre sí, pero se ve afectado por alguna deficiencia que implica la necesidad de apoyos para poder lograr una situación equivalente a los demás congéneres, la incapacitación evitará que asuma sus propias responsabilidades, le distanciará de los que son supuestamente capaces, pasará a un estado de inhabilidad para decidir, no evolucionará para la integración, sino que se verá apartado a un centro especial que no le compele a luchar y trabajar. No tendrá ese estímulo tan simple pero efectivo que es el de mejorar su calidad de vida por medio del trabajo*».

En relación con el documento en el que Fernando Santos Urbaneja expone sus dos teorías antes mencionadas, debo resaltar siempre con respeto a las opiniones de los miembros de este Tribunal que no se puede concebir en la actualidad un Estado social en el que se siga manteniendo que todas las PCD han perdido completamente su capacidad de obrar. Como bien dice una joven con Síndrome de Down en uno de sus Encuentros de Familias: “*No somos incapaces, solo somos un poco más lentos*”.

Seguidamente paso a explicar lo que Fernando Santos Urbaneja ha ideado para contribuir a ese cambio de paradigma y que la dignidad de la persona se mantenga íntegra. Son la teoría de la causa y motivo de la incapacitación y la teoría de la doble vía.

La propuesta suya consiste en contemplar a la persona con discapacidad (causa) como necesitada, en algún momento de su vida, de un apoyo (motivo) muy determinado, no acudiendo a procedimientos de incapacitación completos. Una vez que se haya determinado por procedimiento judicial estas áreas por apoyar, se dará publicidad a la sentencia y se inscribirá tal situación en los registros en los que así sea impuesto por Ley. El autor opina que para que de verdad cualquier reforma que se diseña, sea verdaderamente respetuosa con la Convención y con la dignidad de las PCD es preciso exigir que en la sentencia se especifique el motivo o la necesidad que ha movido a solicitar esa demanda de incapacitación.

Como avance en el inicio de mi TFM a la hora de abordar el articulado de la Convención que sirve de soporte a mi trabajo, no mencione exclusivamente el artículo 12 de la misma, también incidí en la importancia que tenía para mí (y para muchos autores mucho más doctos que yo) el artículo 13. Acceso a la justicia:

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

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

Para apoyar y reforzar esta opinión mía, voy a citar brevemente un trabajo muy actual del profesor Enrique J. Martínez Pérez de la Universidad de Valladolid que, en una publicación del 2016, en su capítulo “*El proceso de polinización de la Convención de la ONU en la jurisprudencia del TEDH*”, dedica en su epígrafe III, un brevísimo estudio sobre la “*Capacidad jurídica y el acceso a la justicia de las PCD*”.

Este autor menciona de manera expresa que el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha establecido una serie de criterios mínimos que deben cumplir los nuevos modelos de apoyos, algunos hacen especial incidencia en el acceso a la justicia. En primer lugar, deben ser sistemas abiertos, con independencia del grado de apoyo que necesiten las personas. En segundo lugar, deben fundamentarse en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona, no en el interés superior objetivo. Y, en tercer lugar, se debe garantizar el derecho a rechazar en cualquier momento dicho apoyo.

El propio autor en otro apartado de este epígrafe, resalta que, entre otras medidas de salvaguardia, debe explicarse a la persona protegida, con claridad y en lenguaje apropiado a su nivel de comprensión, las consecuencias de la designación de un representante y la posibilidad de impugnar su nombramiento. Además de asegurarse que se respeten siempre la voluntad y las preferencias de la persona.

4. ANÁLISIS DETALLADO DE ALGUNAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS

En relación con el resultado de mi análisis de los artículos doctrinales analizados en mi trabajo, he de decir que han servido para profundizar aún más en la línea doctrinal de la mayoría de los artículos de los autores analizados, que no es otra que la interpretación de los derechos de las PCD desde la perspectiva de los Derechos Humanos tal y como queda refrendado por la Convención de la ONU de los DPCD, en su artículo

12,2: “*Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida*”. Comparto desde el momento previo a la elaboración de este TFM esta opinión, y la elaboración de este trabajo me ha servido para afianzar aún más esta línea doctrinal.

Siguiendo a Carlos Ganzenmüller en la exposición de todos sus argumentos rompedores lanzados desde su puesto de fiscal, comparto y hago mía la necesidad de hacer una profunda reforma de los sistemas de sustitución que imperan en nuestra legislación por otros de apoyo en la toma de decisiones. Es necesario que se tenga en consideración a las propias personas con discapacidad, a las que un proceso frío y alejado de sus realidades sociales y personales les condena a ser ciudadanos de segunda o tercera, habitando desde ese momento en el aura de la llamada “muerte civil”. Expresión esta que, a pesar de tener parte de figura retórica, implica una fortísima carga jurídica por los efectos de la declaración de incapacitación hace recaer en la persona con discapacidad objeto del proceso. Esta expresión de muerte civil, se ha utilizado incluso en los Fundamentos de Derecho de alguna de las sentencias analizadas en mi TFM, en concreto en la STS 600/2015 de 4 de noviembre (chico de 28 años de edad con una D.I. leve). A este chico se le había incapacitado totalmente, se rehabilitó la patria potestad en favor de la madre. Se le preservó el derecho al voto, eso sí. Pero posteriormente en el seno del Tribunal Supremo, expresamente se decía que las medidas de incapacitación eran totalmente desproporcionadas con la protección y las capacidades del chico, por lo que se dictamina una curatela que desempeñara la madre.

En mi opinión el solo hecho de que la persona con discapacidad no sea informada de lo que implica el proceso y que necesite que su representante interponga por él recurso correspondiente, ya le añade otra discriminación por motivo de su discapacidad. En el fondo de las sentencias analizadas, sinceramente opino que la mayoría de ellas, siguen ahondado en la necesidad de protección a costa de no respetar el principio de autonomía de la voluntad de las personas.

Cuestión también observada en el análisis de varios artículos doctrinales de mi TFM, escritos por diferentes autores procedentes de diversos mundos profesionales, es el concepto de “traje a medida”, tanto Ganzenmüller antes citado, como Cristóbal Fábrega o Santos Urbaneja, mencionan a lo largo de sus trabajos una y otra vez este término. Concepto para mí complejo y difícil de abordar en toda su extensión por los diferentes operadores jurídicos. Debo decir que de la mayoría de los textos doctrinales analizados se desprende que denominada de una manera o de otra todos comparten el alcance de la expresión. Yo entiendo que para respetar ese principio o premisa más o menos jurídico debería implicar un verdadero análisis individual de las fortalezas o

capacidades en positivo que tiene cada persona y solo ser cauteloso, pero siempre respetuoso en los casos en los que se observe con total claridad la necesidad de que la persona con discapacidad tenga que tener ese complemento, ese apoyo en la toma de decisiones.

Debo comentar que son varias las sentencias analizadas que citan expresamente esta expresión, por ejemplo, la STS 373/2016 de 3 de junio (que a su vez cita otra de 13 de mayo de 2015), en este caso se trata de una anciana que residía en su casa y que era cuidada por una vecina desde hace tiempo. Esta es una sentencia que abarca casi todos los conflictos habidos y por haber que se pueden dar en un proceso de incapacitación, pero en concreto relativo al traje a medida y al alcance de la incapacitación es bastante significativa.

Igual mención al término de traje a medida se hace también en la STS 557/2016 de 20 de octubre (persona con problemas de salud mental que se encontraba parcialmente incapacitada pero que se inicia proceso de revisión de la incapacidad por agravamiento), incluso en este caso tan extremo, también se cita por parte del Tribunal Supremo la doctrina y algunas sentencias en la que se vuelve a mencionar el diseño y confección de un “traje a medida”.

Por mis conocimientos previos de la materia y por los adquiridos por la práctica diaria de mi trabajo, comparto y hago mía la opinión de bastantes autores como Torcuato Recover, Cristóbal Fábrega, Santos Urbaneja o la profesora Montserrat Pereña, en que es necesario que se reforme todo el sistema de sustitución que impera y orquesta nuestro Código y Ley de Enjuiciamiento Civil. La última reforma del mismo (año 1983) a pesar de toda su buena intención y del trasfondo que se ya se veía florecer en el espíritu y en la intervención directa de muchos fiscales, notarios y autores especializados en la materia, no ha conseguido que se produzca ese brusco giro hacia la imposición de sistemas verdaderamente de apoyos y no de representación de la persona con discapacidad a la que se le incapacita.

Siguiendo la línea argumental del trabajo analizado de Cristóbal Fábrega, afirmo que el igual reconocimiento como persona ante la ley es fundamental, lo es no solo como derecho en sí mismo, sino como requisito previo al goce pleno de otros derechos, en particular todos los personalísimos. Simplemente por el hecho de que a una persona con discapacidad se le incapacita se le está negando en primer lugar ese igual reconocimiento ante la ley, pero también se le está impidiendo acceder al ejercicio de otros derechos que esto conlleva.

Es curioso cómo muchas de las sentencias analizadas expresamente dicen que la incapacitación no supone que se prive a las personas de sus derechos fundamentales, sino que se les condiciona su ejercicio en interés de su superior protección. Cuestión está ciertamente controvertida y por supuesto totalmente en contra de los postulados de la Convención. Como ejemplo de análisis jurisprudencial en este sentido, voy a citar la STS 181/2016 de 17 de marzo, en la que los padres solicitaron la prórroga de la patria potestad de su hija, pero pedían que le conservase su derecho al voto, ya que le permitía conservar su dignidad al poder participar en la toma de sus propias decisiones. Después de recurrir la STS ante el Supremo, esta sentencia definitivamente la privación de derecho al voto con la siguiente frase: “La decisión de la privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York”, y siguen diciendo para justificar esa decisión, que para garantizar la “protección del propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto al hecho de votar y de la decisión adoptada”. Los padres expresan su deseo de que la información que se le facilitó a su hija, ni siquiera estaba adaptado a su nivel de comprensión, por lo que también se violó el derecho a acceder en igualdad de condiciones a la justicia. Extremo este motivo de estudio del profesor Enrique Martínez Pérez y que comparto en su totalidad. Como ya expresé en un apartado de mi TFM, la igual capacidad jurídica de las personas ante la ley va íntimamente unida al acceso en igualdad de condiciones a la justicia, dos postulados íntimamente en conexión en la Convención y que así se deben trasladar a nuestro ordenamiento jurídico.

Considero personalmente que no es justificable el hecho de que la justicia pida ese ejercicio de conocimiento y responsabilidad a determinadas personas por su condición de personas con discapacidad y al resto de personas llamadas “medias” de por hecho que todas tienen interiorizado el hecho de lo que supone votar y lo que me parece aún más grave, que consideren que las personas con discapacidad pueden ser influenciables y las demás personas no.

Otra línea doctrinal que estimo necesaria para incorporar a la reforma del sistema de incapacitación, es el concepto de la expresión de “*proteger sin incapacitar*”. En ninguna de las sentencias analizadas en el trabajo se procede a aplicar esta premisa básica para mantener la dignidad de las personas, y dar ese paso tan básico de poner por delante el respeto a la autonomía de la persona y no su supuesta “*protección*”. Tanto Cristóbal Fábrega como Santos Urbaneja y la propuesta de reforma presentada por el CERMI parten de la necesidad de respetar el principio de “pro capacidad plena”, al igual que Montserrat Pereña también habla de partir del análisis de las capacidades de las personas y solo apoyar en lo que sea estrictamente necesario. Mi opinión al respecto es que es necesaria esa implicación y asunción de responsabilidades por parte

de los tribunales de primera instancia y de todos los profesionales u operadores jurídicos que intervienen en el proceso para que se acerquen al día a día de cada persona, y comprueben realmente cuáles son sus necesidades a cubrir en su entorno. Se menciona en muchas de las sentencias que la incapacitación no puede ser algo estándar, que se debe hacer graduable. Lo cierto es que yo no he observado prácticamente expresión alguna de esa premisa de graduación, a pesar de que el Ministerio Fiscal si instaba a que se determinase la extensión o límites de la capacidad.

Merece destacarse por su postura diametralmente opuesta al respecto la *STS 244/2015 de 13 de mayo*, en la que en 1ª Instancia se decía lo siguiente *“debiendo declarar y declarando a todos los efectos procedentes en derecho que Dª Ana es total y absolutamente incapaz de gobernarse por sí misma y de administrar su patrimonio”*. La Sentencia se recurrió en apelación en 2ª Instancia, pero se confirmaron todos los extremos de la misma. Y solamente en instancia del Supremo se estimó el recurso de casación interpuesto argumentando lo siguiente *“tales limitaciones no justifican la incapacitación total para la adopción de medidas de protección que realmente necesita, ni una más”*.

La *STS 717/2015 de 18 de diciembre*, lleva este incumplimiento hasta la última fase del procedimiento, la sentencia confirma en todas las instancias que D. Darío está afectado por una incapacitación total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes, en 1ª Instancia se expresaba de la siguiente manera: *“DECLARO la modificación de capacidad de forma plena”*, solo se le daba el control sobre un determinado dinero de bolsillo y curiosamente se le conservaba el derecho de sufragio pasivo. Esta declaración de incapacitación total, aunque se le quiso dar el nombre de modificación de la capacidad, para despistar, implicaba igualmente la figura de la tutela en favor del hermano de esta persona, era totalmente justificada por el Tribunal sobre la base de la protección del interés del incapaz. Extremo este último que según el Tribunal era más adecuada que la institución de la curatela, que es para casos concretos y no para cubrir la incapacitación total de Don Darío para regir su persona y administrar sus bienes.

La incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. De aquí que deba evitarse su regulación abstracta y rígida de la situación jurídica de la persona. Postulado este que curiosamente aparece en algunos de los textos de las sentencias analizadas en el presente TFM y que luego no he observado para ninguno de los casos analizados. En todas las sentencias se establecen medidas estándar casi iguales para todas las personas independientemente de su edad, tipo de discapacidad, forma de vida, círculo familiar o de apoyo aún estructurado. La premisa marcada por Santos Urbaneja en unos de sus trabajos analizados de exigir que la demanda de inicio del procedimiento de incapacita-

ción de la persona con discapacidad (causa) que se denomine como se denomine, debería estar motivada y debidamente justificada la necesidad del proceso (motivo), brilla por su ausencia en todas las sentencias analizadas. En ninguna de ellas se pone a la persona por delante de ese supuesto interés general o protección de la persona. Subyace en la mayoría de los casos un interés económico o patrimonial, o también en muchos casos la dificultad de respetar la autonomía de la voluntad de las personas de decidir dónde quieren y con quien quieren vivir. Esta línea de respeto a la voluntad de las personas está fuertemente defendida por varios de los autores analizados por citar: Torcuato Recover, Montserrat Pereña, Ganzenmüller, Cristóbal Fábrega, el CERMI. Igualmente me sitúo en el lado de estos autores, considero vital para el desarrollo del proyecto de vida de las personas con discapacidad que conserven dentro de su esfera de control todas las áreas de decisión y de autonomía de la voluntad posibles. Mi experiencia me demuestra que las familias realizan estas actuaciones sin contar con sus hijos o familiares objeto del proceso, también me consta que los fiscales, en la mayoría de los casos no explican las consecuencias del proceso, ni tampoco las obligaciones o responsabilidades posteriores de la ejecución de las sentencias.

Completando esta línea doctrinal de respetar la individualidad de la persona debo decir que tan solo una de las sentencias analizadas habla con claridad de esfuerzo común de mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve (STS 635/2015 de 19 de noviembre), curiosa esta expresión cuando se incapacita totalmente a la madre bajo el impulso de una Fundación Tutelar pública, pues según el Tribunal la persona no había manifestado interés alguno por vivir con uno de los dos hijos en litigio. Y, es más, los hijos viajaban tanto que estaría sola y a partir de este hecho objetivo, consideran que mientras sea posible se respetará su deseo de vivir en su domicilio asistida por dos personas.

5. VALORACIÓN PROPIA DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Llegados a este punto, siempre con respeto a la experiencia y sabia opinión de los miembros de este Tribunal, voy a aventurarme a hacer una valoración propia de la situación actual que se sigue produciendo casi a diario en nuestros tribunales, a través de las conclusiones extraídas de mi trabajo. Podría ser incluso aventurado por mi parte verter una opinión sobre lo que ocurre en el seno de los tribunales de lo civil que enjuician estos procesos de incapacitación, como bien dije no soy abogada en ejercicio, por lo que mi opinión sobre este tema se basa en el análisis de las 9 sentencias arriba detalladas, así como de la lectura de todos los artículos doctrinales analizados y de los casos concretos que han llegado a nuestro departamento de información y orientación jurídica del CERMI CLM.

La realidad es que yo diría que en más del 95% de los casos, las sentencias dictadas llevan implícitas la incapacitación total de las personas con discapacidad que son sujeto del proceso. Se sigue usando, yo diría más bien abusando hasta el infinito y más allá (no siendo ésta una expresión jurídica, creo que es muy gráfica), del sistema de sustitución y representación de la persona con discapacidad.

Es curioso el hecho de que a pesar de que se cita en muchas de las sentencias analizadas el hecho de la graduación de la incapacitación, o se nombra también el sistema gradual de apoyos, todas suponen cercenar derechos fundamentales de la persona con discapacidad. Como punto algo positivo a destacar, es el hecho de que algunas de las sentencias recurridas en 1ª y 2ª Instancia lo que se logra es que, de la designación del sistema de tutela, se pase al sistema de curatela, digamos que algo más flexible, pero no por ello del todo acorde con los postulados de la Convención.

A lo largo de mi TFM, he incidido, creo que en demasiadas ocasiones en la necesidad de formación y sensibilización a la sociedad en general sobre el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad y la necesidad de que sean real y efectivamente iguales ante la Ley. Esta formación implica informar y formar a las familias, a los profesionales de intervención social, a los funcionarios de las áreas sociales, sanitarias y jurídicas, a todos y cada uno de los operadores jurídicos, pero también y con un grado de responsabilidad extremo a las propias personas con discapacidad. Deben ser oídas, deben ser respetadas y deben ser informadas en lenguaje asequible de lo que supone el proceso y de las consecuencias prácticas que tiene en su día a día el estar incapacitado. En palabras de López Frías (año 2003): *“A mayor prevención, mayor formación, mucho menos riesgo de discapacidad o pérdida de autonomía de la voluntad”*.

Como responsable del movimiento asociativo en el que participo de manera activa y responsable por mi trabajo, he conocido el caso real de unas cuantas familias que sin saber cómo ni de qué manera han visto cómo el aparato jurídico de la Administración irrumpía en la tranquilidad de sus vidas provocando una serie de agitaciones no buscadas ni perseguidas por ellas. A pesar de la brevedad de mi tiempo para exponer ante este Tribunal, considero importante darles unas pinceladas del caso real que se transcribe literalmente en mi TFM. Mujer adulta de 27 años de edad con Síndrome de Down que ha perdido a su padre después de una larga enfermedad. Su madre acude a la sede de la Tesorería General de la Seguridad Social para tramitar su pensión de viudedad y una funcionaria de la Seguridad Social le aconseja tramitar la pensión de orfandad para su hija. A partir de este momento y durante 4 meses la familia vivió situaciones de verdadera angustia, que fueron amortiguadas por la correcta actuación de una profesional de intervención directa de la persona con Síndrome de Down y por el hecho de acudir a una entidad que les asesorase sobre lo que implicaba el proceso.

Debo decir que por parte del CERMI CLM, esta situación se puso en conocimiento de CERMI Estatal quien a su vez lo comunicó a responsables de la Fiscalía para que tomasen nota del hecho.

Siguiendo con esta exposición y trayendo a colación una frase de la profesora Montserrat Pereña vertida en su artículo publicado en la revista *La Ley* en relación a la necesidad de llevar a cabo la tan ansiada y solicitada reforma del sistema de incapacitación para acomodarlo a la Convención de la ONU de los DPD: *“Creo que hay que ser muy prudente para no crear aún más incertidumbre, lo que siempre se traduce en sufrimiento, a las personas con discapacidad y a sus familias”*. Como padres (me permito la licencia de hablar en nombre de mi marido y mío propio) de dos hijos, uno con discapacidad intelectual y otro no, debemos ser conscientes e interiorizar en lo profundo de nuestra mente y de nuestro corazón que todo el mundo tiene derecho a equivocarse, de los errores también se aprende, se cuente con resolución de grado de discapacidad o sentencia de modificación de la capacidad de obrar que así lo determine. Considero que es consustancial a la reforma que se prime la dignidad de la persona sobre cualquier otro concepto protegible que verdaderamente se apoye a las personas desde su individualidad, siempre poniendo por delante sus capacidades en positivo, respetando la autonomía de la voluntad.

6. CONCLUSIONES O PROPUESTAS PERSONALES PARA FOMENTAR EL CAMBIO DE PARADIGMA

Debe recordarse a todos los agentes que intervienen en este proceso que la igual capacidad jurídica de todas las personas ante la ley es la premisa fundamental para que sean respetados como ciudadanos de pleno derecho. Una persona incapacitada termina en caer o más bien en habitar en la llamada “muerte civil”, no pudiendo ejercer mucho de los actos personalísimos que le pertenecen y le amparan como persona.

El diseño del traje a medida que se propugna desde diversos autores y de algunos operadores jurídicos como fiscales y notarios principalmente, son sistemas de apoyo totalmente válidos y por supuesto acordes con los postulados de la Convención y sumamente respetuosos con la dignidad de la persona, pero para conseguir que este cambio doctrinal y jurídico cale de verdad en la sociedad, requiere de esta un gran ejercicio de madurez y un fuerte ejercicio de confianza en las posibilidades reales que todas las personas independientemente de la capacidad o discapacidad que tengan para gobernarse a sí mismos y sobre todo a conservar esa parcela de libertad en cuanto a decidir cómo afrontar su futuro y determinar aspectos esenciales de su proyecto de vida. El espíritu que impregnó los momentos previos a la negociación de la propia Convención

de no volver a cometer el error de repetir “todo para nosotros, pero sin nosotros” se hace imprescindible para acometer con garantías esta profunda reforma que llevamos esperando ya 10 años.

Apoyo totalmente por así considerar como la opción más válida con la Convención y con el respeto de los derechos humanos, pasa por el diseño de una institución que desde el movimiento asociativo articulado en torno al CERMI, ha dado en llamarse como “*Repertorio Individual de Apoyos*”. Este documento requiere como premisa de obligado cumplimiento que el contenido del mismo sea acordado entre las partes que interviene en el proceso, que discurre en el orden civil y que se le daría formalismo ante un juez para posteriormente darle publicidad registral en aquellos registros en los que así se establezca como obligatorio.

Es necesario desterrar del vocabulario jurídico la denominación del proceso de incapacitación, por otro denominado de sistema gradual de apoyos, como por otra parte se viene introduciendo poco a poco en algunas de las sentencias más respetuosas con los postulados de la Convención en los que se habla de graduación de la incapacidad o de la extensión de las medidas de apoyo necesarias para complementar esa falta de “capacidad de algunas personas”.

Es necesario para completar y complementar este repertorio individual de apoyos propuesto por el CERMI, y ya únicamente como aportación propia, enseñar y educar en la corresponsabilidad al resto de hermanos de las personas con discapacidad y a su círculo más próximo al que yo considero vital, cual es para mí, la denominada *familia extensa*; el círculo de apoyo o círculo relacional más directo de la propia persona, hay que educarles para que nadie sobreproteja y para que se intente no tomar decisiones en nombre de nadie, ni sustituir a nadie su capacidad de decisión. Debemos aprender a que todos tenemos derecho a equivocarnos y que cualquier sistema que se diseñe y se estructure jurídicamente lo que debe aportar es tranquilidad a las familias, a las que no se les debe angustiar aún más en su sentir como progenitores o como hermanos, tíos o cualquier otro parentesco de que se trate.

Es sin duda un tema sobre el que hay que seguir haciendo muchas pedagogía jurídica pero también *pedagogía formativa para que las familias y las personas con discapacidad* conozcan lo que supone el actual procedimiento de incapacitación y las propuestas de cambio que por parte de la doctrina y por algunos jueces y fiscales se están planteando como soluciones de primer orden para que desaparezca de una vez por todas las distinciones entre ciudadanos de primera, de segunda y de tercera, tanto en la igual capacidad jurídica de los mismos como en el ejercicio de derechos de carácter personal que ahora se ven totalmente segados por este procedimiento de incapacitación que sigue en vigor.

Es necesario que se dé seguridad a las familias, y a las propias personas con discapacidad, que no se les provoque más angustia, más dudas, más desconocimiento hacia algo tan delicado como el hecho de poner por delante de todo lo demás, la dignidad de sus hijos y el respeto a sus derechos de ciudadanía en igualdad que el resto de personas.

Hay muchos escritos doctrinales por parte de profesores universitarios, doctores en Derecho, fiscales, notarios, pero sigue chocando con el muro que parecen levantar cada vez más alto nuestro sistema judicial, que sigue anclado en conceptos y procedimientos de hace más de 30 años. No pretendo con mi trabajo influir en estos operadores jurídicos que deben realmente impulsar estas reformas legislativas tan requeridas ya en varios Informes del Comité de Derechos Humanos de la ONU, mi pretensión es humilde en el sentido de que persigo una pequeña influencia en familias de personas con discapacidad que aún tienen hijos en edades tempranas y que aunque ven lejos estas situaciones, ya se van planteando qué hacer o que vía tomar con respecto al momento de alcanzar la mayoría de edad, o ante situaciones concretas en las que parece que lo único que se prima por parte de todos los agentes que intervienen en las operaciones de tráfico jurídico es asegurar las actuaciones patrimoniales y no asegurar el respeto a la autonomía de la voluntad de las personas y a su derecho a equivocarse. *“De los errores también se aprende, hasta las personas con discapacidad tienen derecho a equivocarse”.*

Por último debo dar las gracias a los miembros del Tribunal que me han escuchado, no sin antes volver a destacar que para mí realizar el Máster ha supuesto un reto personal que ha implicado mucho sacrificio personal y familiar, y que precisamente destaco la parte familiar en último lugar pues considero, como he dicho a lo largo de mi TFM, que los cambios jurídicos necesarios para superar el sistema de sustitución por la implantación del sistema gradual de apoyos, pasa por la formación, concienciación y presión de las familias y de las propias personas con discapacidad.

Con estas palabras doy por terminada mi exposición y estoy a disposición del Tribunal para las cuestiones que consideren oportunas.

7. BIBLIOGRAFÍA Y RELACIÓN DE SENTENCIAS ANALIZADAS

Bibliografía citada y consultada:

AUTORES VARIOS: Cabra de Luna, Miguel Ángel; Recover Balboa, F. Torcuato; Ganzenmüller Roig, Carlos; Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco; Campos,

Ángel; Varela Autran, Benigno; Castro Girona, Almudena y otros miembros desatacados de la Fundación Aequitas, etc. *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los derechos de las Personas con Discapacidad*. Subcomisión de expertos sobre el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar del Real Patronato sobre la Discapacidad.

AUTORES VARIOS: Roig, Alicia; González, Onésimo; Díez, María Eugenia; Hernández, Mariano; Leal Rubio, José; Santos Urbaneja, Fernando. Fundación Española de Neuropsiquiatría: *“Sobre la Reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad”*. Mayo 2016. Páginas 69 – 83.

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 11 ° periodo de sesiones. *Observación General sobre el Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la Ley*. Disr. General de 25 de noviembre de 2013.

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones aprobadas por el Comité en su 17 ° periodo de sesiones* celebrado del 20 de marzo al 12 de abril de 2017.

DE FUENTES GARCÍA – ROMERO DE TEJADA, CARLOS. (2016). Fundación manantial, Universidad Complutense de Madrid: *“Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios”*. Revista Española de Discapacidad, 4 (2): 81 -99.

DE LORENZO GARCÍA, RAFAEL. *“Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de la personas con discapacidad”*. Revista Anales de Derecho y Discapacidad, Número 1 – 2016. Páginas 143 – 165.

FÁBREGA RUIZ, CRISTOBAL FRANCISCO. Fiscal, miembro de la Fiscalía de Jaén, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Jaén. *“Aproximación de urgencia a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su relación con el ordenamiento español”*. Aprox. 2007.

GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS. Fiscal del Tribunal Supremo. Material del Curso: *Criterios interpretativos en materia de modificación de la capacidad y medidas de apoyo. Modificación de la capacidad en el ámbito personal. Aspectos contradictorios entre la Tutela, la Curatela y un sistema de apoyos flexible*.

GUILARTE MARTÍN – CALERO, CRISTINA. *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad. La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera*. Editorial Aranzadi 2016. Páginas 59 – 107.

MARTÍNEZ PÉREZ, ENRIQUE J. Profesor de la Universidad de Valladolid en “El proceso de polinización de la Convención de la ONU en la jurisprudencia del TEDH”, epígrafe III *Capacidad jurídica y el acceso a la Justicia de las personas con discapacidad*. 2016.

MONZÓN MORENO, PATRICIO. Notario en “La respuesta del Derecho ante las necesidades de los CIL (Borderline)”. Artículo para la Fundación Aequitas, 2007.

PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT. Profesora de Derecho Civil. Universidad Rey Don Juan Carlos. “La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?” Revista, Diario La Ley, N. ° 7691, Sección doctrina, 9 Septiembre 2011.

PÉREZ BUENO, LUIS CAYO: “*Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad*”. Revista Anales de Derecho y Discapacidad, Número 1 – 2016. Páginas 177 y siguientes.

PÉREZ BUENO, LUIS CAYO. En *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social*. Estudios homenaje a Paulino Azua. Colección CERMI. Ediciones CINCE, Madrid 2010.

“*QUIÉN DEBE DECIDIR*”, *DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELLECTUAL Y PSICOSOCIAL*”. Documento. Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. Estrasburgo, 20 de febrero de 2012.

RECOVER BALBOA, TORCUATO. Asesor de Plena Inclusión. Procedimiento de modificación de la capacidad de obrar: Análisis de la Reforma pendiente. *Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de discapacidad. La incidencia de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. El procedimiento administrativo de reconocimiento de la discapacidad*- 3ª Edición del Master en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia.

RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, MANUEL. Perteneciente a la Fundación Aequitas, Título del documento: *Organización de la propia discapacidad. Poderes y mandatos preventivos*. 13 de noviembre de 2011.

Relación de sentencias consultadas del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil:

- Sentencia N. 600/2015 de 4 noviembre - RJ\2015\5138
- Sentencia N. 373/2016 de 3 junio – RJ\2016\2311
- Sentencia N. 181/2016 de 17 marzo – RJ\2016\846
- Sentencia N. 716/2015 de 17 diciembre - RJ\2015\5726
- Sentencia N. 635/2015 de 19 noviembre - RJ\2015\4973
- Sentencia N. 557/2015 de 20 octubre - RJ\2015\4900
- Sentencia N. 553/2015 de 14 octubre - RJ\2015\4755
- Sentencia N. 244/2015 de 13 mayo - RJ\2015\2023
- Sentencia N. 717/2015 de 18 diciembre - RJ\2015\5329

necesita de ciertas modificaciones antes de su aprobación. En este aspecto, me quiero detener en lo que tiene que ver con los prejuicios, estereotipos y estigmas que esta proposición de Ley desencadena en contra de las personas con discapacidad. Para eso, analizaré el Artículo 3.2 del Capítulo I de esta proposición cuando define “discapacidad grave crónica” y el Artículo 5.4 del Capítulo II cuando expresa que para que se pueda solicitar la eutanasia legal y segura, se debe de sufrir una enfermedad grave e incurable o padecer de una discapacidad grave crónica, entre otras condiciones. Por razones de espacio dejaré afuera cuestiones de igual importancia como el respeto a la capacidad jurídica a que España está obligada como Estado Parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) y la tensión que existe con el régimen doméstico actual de incapacitación— qué sucede si una persona sometida a un proceso de incapacitación que no ha realizado una declaración de voluntad anticipada, desea, o no, someterse a esta práctica.

El lenguaje es una herramienta de poder. Constituye un producto social que acumula y expresa la experiencia de una sociedad concreta actuando asimismo sobre la forma en que se percibe esa realidad. La lengua no solo refleja sino que a su vez transmite y al transmitir refuerza los estereotipos marcados socialmente (Meana Suárez 2014) ¿Cómo se percibe desde el PSOE a través de este proyecto de Ley el vocablo “discapacidad grave crónica”? ¿Qué transmite a la sociedad española? Como defensora de los derechos humanos e investigadora aliada de las personas con discapacidad, si leo estas tres palabras juntas pienso inmediatamente que algún dominio de poder, como el Estado, el sistema de justicia o la sociedad misma, estaría grave y crónicamente afectando los derechos de las personas con discapacidad. Aunque suene un tanto burdo, si analizamos la terminología utilizada, esto es así. La discapacidad es un concepto social y hoy en día la podemos definir como el resultado del encuentro de una persona con una “deficiencia” (vocablo utilizado en la CDPD) y las barreras de su entorno, ya sean ambientales o jurídicas. Es decir, la persona tiene una característica X como condición personal y la discapacidad llega a ponerse en marcha cuando el Estado, la sociedad o la administración de justicia, entre otros poderes, le imponen barreras que le impiden ejercer plenamente sus derechos y libertades y, en consecuencia, su plan de vida. La discapacidad entonces es un contexto social y no una característica individual, por eso se habla de *personas con discapacidad* o, como expresa el modelo inglés, *personas discapacitadas por la sociedad*. Basta leer el Preámbulo y el Artículo 1 de la CDPD.

Entonces, repasemos la definición establecida por esta proposición: “discapacidad grave crónica”. Según la propuesta, en su Artículo 3.2 “es una situación que se produce en la *persona afectada por invalidez de manera generalizada de valerse por sí mismo[a]*”, me pregunto si la persona tiene apoyos que le permitan ejercer su autonomía y vida independiente al máximo de lo posible, ¿también es discapacidad crónica

grave? Volviendo al lenguaje ¿qué se pone en juego? ¿La condición de la persona o las garantías que el Estado brinda o no brinda a la persona para “valerse por sí mismo[a]”? Este Artículo propuesto continúa “sin que existan posibilidades fundadas de *curación*”. Si retomamos el concepto de discapacidad que recién mencionaba ¿es válido decir que una discapacidad se puede curar? No. En tal caso, se debe curar y redimir el Estado ante la falta de cumplimiento en sus obligaciones a respetar y garantizar y promover las condiciones para una vida digna de las personas con discapacidad. La definición sigue diciendo “y en cambio, sí existe seguridad o gran probabilidad de que tal incapacidad vaya a persistir durante el resto de la existencia de esa persona”. Pues aquí la proposición de Ley abre a dos breves análisis. Por un lado, no se puede hacer una analogía, como la que realiza el texto, de incapacidad/discapacidad. La persona tiene, bajo el contexto que se encuentra, una discapacidad, no es incapaz. Por otro lado, ¿bajo qué parámetro se entiende la seguridad o gran probabilidad de que tal “incapacidad” vaya a persistir? ¿Es el mismo parámetro en España que en un país en vías de desarrollo y/o que en un país altamente desarrollado?

Atado a esta pregunta, la definición del Artículo 3.2 del Capítulo I continúa con conceptualizaciones tales como la de *capacidad de expresión y relación* y, si las analizamos junto al Artículo 5.4 del Capítulo II de esta proposición, referido a que las condiciones para solicitar la prestación de ayuda para morir son, entre otras, sufrir una enfermedad grave e incurable o padecer una discapacidad grave crónica (...), siguen cuestiones de contenido a analizar que hacen suponer dos cosas. Por un lado que el PSOE no ha consultado lo suficiente durante la elaboración de este proyecto con el movimiento de personas con discapacidad. Por ejemplo, cuando habla de las limitaciones que inciden en su capacidad de expresión y relación. En el mundo discapacitante hay un estándar de normalización respecto a cómo son las relaciones humanas y cómo son las expresiones de las personas. Respecto a las limitaciones en la “capacidad de relación” creo que se debería ser más cauta y quitarse el chip capacitista en cómo una persona debe de relacionarse y expresarse. En tal sentido, el Estado generalmente protege nuestra autonomía como sujetos de derecho y permite ejercerla. Sin embargo, el Estado ha venido abusado ampliamente de este poder en términos de protección, especialmente con respecto a ciertos grupos sociales en situaciones de vulnerabilidad. Podemos invadir el espacio de la persona y, en nombre de la protección, posibilitar intervenciones masivas en sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Los movimientos feministas y de personas con discapacidad ilustran la acción política en términos de autonomía. Sin embargo, la concepción prevaleciente de la autonomía se encuentra en el centro de la teoría liberal y conlleva el individualismo característico del liberalismo. Tal concepción no puede satisfacer las aspiraciones de la teoría feminista (Nedelsky 1989) ni de los estudios de discapacidad (Quinn 2015).

Teniendo en cuenta la autonomía relacional y la interdependencia, desarrolladas por los estudios feministas (Christman 2004) y el replanteo radical que la comunidad de las personas con discapacidad ha dado al significado de protección (Quinn 2015) para cambiar esa objetivación, la consideración de sujetos de derechos en lugar de objetos de caridad (Quinn y Degener 2002), debemos analizar los mecanismos que podemos utilizar para respetar nuestro objetivo e interés común: respetar y garantizar una igualdad sustantiva en todos los aspectos de la vida.

Mediante la despenalización se termina con la clandestinidad de una práctica y se hace necesaria su regularización. Pero el coste que permita el fin no debe ser la estigmatización de un grupo social. Como sociedad no podemos seguir permitiendo que se dé el mensaje de que las personas con discapacidad son descartables, son objetos y no sujetos de derecho. No podemos, en nombre de la protección, vulnerar derechos.

Desde el momento en que España ratificó la CDPD (2008) se comprometió a tomar medidas efectivas para concienciar a la sociedad respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Asimismo, se comprometió a combatir los estereotipos y prejuicios y a promover todo en cuanto a las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad (Artículo 8 CDPD).

En el caso de que esta proposición de ley sea aprobada y, teniendo en consideración las obligaciones a las que España como Estado Parte de la CDPD está sometida, me pregunto: ¿estaría España cumpliendo con la CDPD? Pues la respuesta es claramente, no. Incluso el propio Comité de la CDPD (órgano creado en virtud de la CDPD, como Tratado de Derechos Humanos) insta a España a que tome medidas proactivas para mejorar el conocimiento de la Convención y de su Protocolo Facultativo en todos los niveles, particularmente en la judicatura y la abogacía, los partidos políticos, los funcionarios parlamentarios y gubernamentales (...) (Comité CDPD 2011).

Por otro lado, y recordando el debate de Javier Romañach respecto a la muerte digna que Ramón Sampederro requería al Estado español (Romañach 2004), surge la pregunta de por qué el Estado pondera la muerte digna de las personas con discapacidad sin haber cumplido previamente las obligaciones de respetar, proteger y promover medidas de igualdad y no discriminación que tiene un Estado como España, sometido a Tratados de Derechos Humanos como el de la CDPD. Es decir, ¿qué mecanismos de igualdad sustantiva da el Estado a una persona con discapacidad para que tenga una vida digna? Si el Estado incumple estas obligaciones e impone barreras en el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales ¿qué es lo que le queda a la persona? Pues en muchos casos, solo le queda pedir morir dignamente. Si las garantías

de una vida que respeta los derechos humanos y libertades fundamentales están dadas, la persona con discapacidad ¿tendría la misma elección? A veces seguramente sí y otras veces, seguramente no. Considero que el debate debe ser mucho más profundo, respetando los derechos humanos de todas las personas en igualdad de condiciones.

Con esto, no estoy diciendo que alguien, incluida cualquier persona con discapacidad, no pueda requerir la eutanasia, sino que el efecto que se genera cuando un grupo social determinado, como el de las personas con discapacidad, es señalado en el proyecto de ley para requerir esta práctica, estigmatiza y refuerza los estereotipos nocivos de las personas con discapacidad. ¿Es válido que una persona con discapacidad pueda requerir la muerte digna? Sí. Ahora bien, ¿es válido que una persona con discapacidad “grave” requiera la muerte digna tras haber habido una ausencia del Estado en su vida diaria sin igualdad, sin apoyos, sin habilitación y rehabilitación a fin de poder lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, sin lograr la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida? Pues creo que ahí es donde el Estado debe repensar la elaboración del texto de ley.

Invito a las y los legisladores de los diferentes partidos políticos que se familiaricen con el lema del movimiento de personas con discapacidad “nada sobre nosotros y nosotras sin nosotros ni nosotras”, cuyo significado las ha llevado a ser parte de la creación y negociación de la CDPD en Naciones Unidas. Invito a que consulten con ellas y así poder reemplazar el texto de dicha proposición sin estigmatizar en pos de la protección y sin menoscabar los derechos de las personas con discapacidad.

Dr. Miguel Ángel Cabra de Luna

**Director de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos
de Fundación ONCE**

**Consejero del Comité Económico y Social Europeo (CESE) en representación
de CEPES**

Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad

////////////////////////////////////
**COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DE 18/1/2018 DEL TJUE (ASUNTO
C-270/16): DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN EL CASO
DE DESPIDO DE UN TRABAJADOR POR FALTAS DE ASISTENCIA AL TRA-
BAJO, AUN JUSTIFICADAS PERO INTERMITENTES**

La sentencia resuelve la petición de decisión prejudicial formulada por un Juez de lo Social español. Este preguntó si la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se opone a la normativa española, que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de este al trabajo, aun justificadas pero intermitentes por encima de un umbral, incluso cuando esas ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de dicho trabajador. Este despido se basa en el artículo 52, letra d) del Estatuto de los Trabajadores.

La respuesta del TJUE es ambigua. Si bien, en principio, considera que la Directiva se opone a dicha normativa, pues supone una discriminación indirecta contra las personas con discapacidad, al mismo tiempo indica que dicha discriminación podría estar justificada si, como sostiene el Gobierno español, realmente persigue la finalidad legítima de combatir el absentismo y no va más allá de lo necesario para alcanzarla, extremo cuya evaluación el TJUE remite al juez español, el cual ahora tendrá que pronunciarse sobre la existencia o no de discriminación.

En este caso, el trabajador, limpiador de un hospital, tenía reconocido un grado de discapacidad del 37%, fundamentalmente debido a su obesidad y a una limitación funcional de la columna vertebral. El trabajador se encontró en situación de incapacidad temporal durante una serie de períodos, como consecuencia de problemas de salud

cuyo origen, según los servicios médicos, radicaba en las patologías que habían dado lugar al reconocimiento de su discapacidad. El trabajador comunicó a la empresa las situaciones de baja y entregó los partes médicos correspondientes. A pesar de ello fue despedido, con base en el referido art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores pues había acumulado ausencias, aun justificadas, que superaron los límites legales.

El Juez había estimado que, en este caso, existe una diferencia de trato que implica una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78, diferencia que no puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, pues considera que los trabajadores con discapacidad se encuentran más expuestos que los demás trabajadores al riesgo de que se les aplique el umbral de faltas establecido en el Estatuto de los Trabajadores, con independencia de que el empleador tenga o no conocimiento de la situación de discapacidad.

Al margen del fondo enjuiciado, en la Sentencia, el TJUE sienta un criterio que puede ser perjudicial para la defensa de las personas con discapacidad. Sostiene que la condición de discapacidad a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva, debiendo el Juez español comprobar si la incapacidad que presenta se corresponde con «una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores». Es decir, el reconocimiento del grado de discapacidad no es suficiente; se precisa probar que es real.

Sin embargo, hay que recordar que el TJUE ya declaró que la obesidad está considerada incapacidad en ese sentido si impide la participación plena y efectiva del trabajador «en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitan realizar su trabajo o que le generen dificultades en el ejercicio de su actividad profesional».

En cuanto al fondo del asunto, el TJUE excluye la discriminación directa porque la norma se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad que hayan faltado al trabajo. En realidad, esto ya lo había excluido el Juez y demás parece una decisión razonable pues efectivamente es así.

Sin embargo, considera que, en este punto (despido basado en el 52 d), el Estatuto de los Trabajadores puede incurrir en una discriminación indirecta por motivos de discapacidad.

Ahora bien, al analizar si esta diferencia de trato puede estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y si los medios aplicados para la consecución de esta son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista, el TJUE estima, dando la razón al Gobierno español, que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos de la Directiva.

En este punto, traslada al Juez español la tarea de evaluar si concurre o no esa finalidad de luchar contra el absentismo.

En conclusión, esta Sentencia del TJUE sienta un criterio de cierta importancia, pero no es generalizable y ni siquiera obliga o estimula al legislador español a modificar la norma sobre el despido, al hacer recaer en la Justicia española la decisión final.

Luis Cayo Pérez Bueno

Presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)

Presidente de la Fundación Derecho y Discapacidad

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, UN TRATADO VIVO AL SERVICIO DEL CAMBIO SOCIAL

Es convicción firme de movimiento social de las personas con discapacidad en España que el único abordaje posible de esa porción de la realidad personal y comunitaria, de ese hecho y de esa construcción, pues tiene parte de ambas dimensiones, que hemos dado en llamar “discapacidad”, es el de los derechos humanos; indagar y actuar para determinar y mensurar cuán grande es el déficit de ciudadanía que aqueja a las personas con discapacidad (y por extensión, a sus familias) y plantear, delinear y verificar, con la mayor urgencia, las medidas de reparación que instalen a este grupo de población en la normalidad cívica y democrática, de la que ahora a todas luces carece. Como a los esencialistas españoles de finales del siglo XIX, a los que les dolía su país, hoy, al activismo social de la discapacidad, nos duelen los derechos humanos en España, llegando ese malestar intenso, en el caso de las personas con discapacidad, a dolor agudo y crónico. ¿Cómo tratar esa dolencia, como sanarla o al menos aliviarla, hasta el restablecimiento más completo, empleando la sola terapéutica indicada, la de los derechos humanos, cuyo ejercicio declarado y sobre todo práctico está hoy todavía negado o grandemente imposibilitado a las personas con discapacidad? En lo que va de siglo XXI, el tratamiento que hemos determinado como más propicio es el que viene representado por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, de la Organización de Naciones Unidas, que tras ser firmada y ratificada válidamente por el Reino de España, es hoy derecho propio

-en verdad, desde el 3 de mayo de 2008, fecha que entró en vigor-, un cuerpo normativo superior tramado de principios, valores y mandatos que protegen y amparan a las personas con discapacidad, aquí y ahora.

Pero mentar la Convención -¡ay, tantas veces se hace en vano, a humo de pajas!- debiera suscitar una serie de preguntas guía. A mí se me ocurren, al menos tres, que son, a saber: 1ª: ¿Cuán viva está o es la Convención?; 2ª: ¿Qué agenda (política y legislativa) nos marca?, y 3ª: ¿Quién o quiénes han de encabezar esa agenda y cómo ponerla en práctica? Y tras agotar ese ejercicio interrogativo, es preciso y conveniente concluir con una suerte de coda, de apelación y emplazamiento esperanzados, que no es otra que el de señalar a las personas con discapacidad como las agentes de su propia inclusión social.

En lo que atañe a la primera cuestión, la relativa a la carga vital de la Convención, lo primero que se comprueba es que este tratado jurídico internacional de derechos humanos no es un hecho estático, concluso, definitivo. En gran medida, y de ahí parte de su virtualidad, es un “ser” vivo, está en construcción y, por tanto, somos todos “operarios” del mismo. La carga transformadora de la Convención nos proporciona tarea (activismo social transformador) para los próximos veinte o veinticinco años, tal es la desmesura de la labor que tenemos por delante. Y no ha de extrañar, pues las condiciones de exclusión de las personas con discapacidad son estructurales y sistémicas, y requieren un tiempo prolongado para ser revertidas. No es una llamada a la resignación, es la ingrata comprobación que en un ámbito más local nos ha proporcionado por ejemplo la duración de la primera legislación general sobre discapacidad en España, la Ley 13/1982, de 7 de abril, que tras tres décadas de vigencia ininterrumpida (1982-2013) está muy lejos de haber resuelto la cuestión de los derechos, el bienestar y la inclusión de las personas con discapacidad. Imperiosa es la urgencia, pero no menos lentos los tiempos.

La Convención citada ha de ser el marco orientador y rector de las políticas y legislaciones de discapacidad de las próximas dos o tres décadas, por lo que su vocación es de largo aliento, que ha de ser sostenida y avivada pese a las tentaciones tan humanas de ceder a las flaquezas y desesperanzas de ver permanentemente postergado lo que de suyo debía ser realidad presente y palpante.

Respecto de la segunda pregunta que se formulaba, se impone precisar qué contenidos provee la Convención a la agenda dúplice, pública y política, de la discapacidad. Estos, a no dudar, han de ser múltiples y variados; de diversa intensidad y alcance; de largo recorrido y de proximidad o cercanías. El tratado internacional nutre la agenda mediata y la inmediata, resulta el “gran almacén” para escoger y marcar la agenda a

corto, a medio y a largo plazo. Sobre la base anchurosa de la Convención, se ha de confeccionar la agenda política de la discapacidad. Para tal propósito, hemos –y así se ha hecho en los pasados años, coincidiendo con la primera década de vivencia del texto internacional (2008-2018)– de contrastar el grado de correspondencia entre lo que supone la Convención y las políticas y legislaciones y prácticas nacionales (españolas). Se trata de identificar las fricciones y colisiones, que las hay, y señalar las carencias y déficits, denunciándolos. Y lo anterior, debe ser acompañado con una labor de propuesta creativa de medidas políticas y legislativas orientadas a la convergencia o conciliación. Todo ello, ni que decir tiene, incidiendo y presionando para que ese proceso de ajuste se materialice nunca a buen ritmo, pero sí al menos a uno aceptable para la decencia democrática.

Llego ya a la tercera pregunta, que formulada sería la de ¿quién o quiénes han de pilotar esa agenda y cómo ponerla en práctica? ¿Han de ser los gobiernos, los partidos políticos, las autoridades y las administraciones, la sociedad civil, los movimientos sociales?

Deberían, sí, parece que es lo consecuente en una sociedad democrática avanzada, pero la práctica enseña que no lo van a ser; el protagonismo político, histórico, interesado si se quiere –¿quién más deseoso de salir de la postración que aquel que la sufre en carne propia?–, corresponde a las propias personas con discapacidad y sus familias, activas, comprometidas y organizadas

Sí, el agente llamado a encabezar este proceso es el movimiento social de la discapacidad, tornado actor político consciente. La emancipación –también la de las personas con discapacidad– es noble, es elevada, es lírica si viene por conquista del propio sujeto reducido y no por concesión graciosa de los poderes y dominancias. Un movimiento asociativo que debe, sí, reinventarse, si se quiere desde base cero, y que a la vez ha de incidir para generar cambio político y social, y crear condiciones propicias para que cada persona con discapacidad (y su familia) sea el agente de su propia inclusión. Su función es la de empoderar a las personas para que sean conscientes de su dignidad intangible; de su valor intrínseco; de la riqueza de diversidad que aportan; de sus derechos inderogables. También del trabajo de autodefensa ineludible ante un entorno hostil y hostigante y de su responsabilidad con medio social del que no cabe esperar nada pasivamente, sino que ha de ser dinamizado, activado por quienes más precisan y anhelan ese cambio, las personas con discapacidad.

La máxima aspiración de la agenda política de la discapacidad es que la discapacidad desaparezca de la agenda política, porque deje de ser un problema y sea solo un rasgo, una nota, un detalle, que no condicione ni restrinja, sino como mucho un elemento de valor para una vida personal y social creativa.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, es, considerada así, un tratado vivo al servicio del cambio social. Como se vio y concluyó en Albacete, en el mes de julio de 2018, en el curso de verano de la Universidad de Castilla-La Mancha dedicado a esta materia, la agenda política y legislativa pendiente en lo atañadero a discapacidad es mayúscula y se necesitará un vigor hercúleo para llevarla a término, si es que alguna vez se termina. Los materiales que integran esta obra colectiva, diligente e inteligentemente promovida y coordinada por la profesora Juana Morcillo, hacen real aquel principio de la química de que la materia ni se crea ni se destruye, solo se transforma. Lo dicho y tratado en Albacete, lo planteado y concluido, lo debatido y compartido esos días en la ciudad manchega son materia enriquecida que merced a esta publicación de Tirant lo Blanch se suman como una herramienta más, particularmente útil y favorecedora, a la tarea de transformación social que esperan y que están ávidas de capitanear las personas con discapacidad. Es su momento.