



ANALES DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD

Consejo Editorial

Presidente

Luis Cayo Pérez Bueno

Miembros

José Javier Soto

Rafael de Lorenzo

Esperanza Alcaín

Edición

Antonio-Luis Martínez-Pujalte

Coordinación

Beatriz de Miguel Vijandi

Ediciones cinco

A/17/ ANALES
DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD
Nº 2, mayo 2017. Año II.

Con el apoyo de:



PRIMERA EDICIÓN: mayo, 2017

© **DE ESTA EDICIÓN:** Fundación Derecho y Discapacidad

© **DEL TEXTO:** Sus autores.

Reservados todos los derechos.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

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@edicionescinca.com

www.edicionescinca.com

DEPÓSITO LEGAL: M-15402-2017

ISBN: 978-84-16668-32-8

ANALES DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD

Estudios

Luis Cayo Pérez Bueno
Isidoro Martín Dégano
Marta Medina García
Susana Montáñez Heredia
Rafael de Lorenzo García
Esperanza Alcaín Martínez
Francisco Miguel Bombillar Sáenz

Jurisprudencia

Vicente Mora González
Miguel Ángel Cabra de Luna
Emilio Cerezuela del Castillo

Notas

Miguel Loya
Mariana Samaniego

Materiales

Reseñas

Antonio-Luis Martínez-Pujalte
Isabel Caballero Pérez

ÍNDICE

ESTUDIOS

LA FISCALIDAD EN LA AGENDA POLÍTICA Y EN LA ACCIÓN REPRESENTATIVA DEL MOVIMIENTO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA Luis Cayo Pérez Bueno	11
LA FALTA DE EQUIPARACIÓN ENTRE LA DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO: UNA PROPUESTA DE REFORMA Isidoro Martín Dégano.....	25
VALORACIÓN DEL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL COMO GARANTE DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA: PROPUESTAS PEDAGÓGICAS INCLUSIVAS Marta Medina García.....	39
EL DERECHO A LA AUTONOMÍA PERSONAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Susana Montáñez Heredia.....	63

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PERSONAL DOCENTE INVESTIGADOR EN LA UNIVERSIDAD: CUOTA DE RESERVA Y OTRAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA
Rafael de Lorenzo García..... 87

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA Y LA DISCAPACIDAD: UNA CONTRIBUCIÓN A LO QUE LA UNIVERSIDAD TIENE QUE SER “ADEMÁS”
Esperanza Alcaín Martínez 107

DEPORTE E INCLUSIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO DEL USO DE PERROS GUÍA Y OTROS PERROS DE ASISTENCIA PARA ACCEDER A INSTALACIONES DEPORTIVAS EN ANDALUCÍA
Francisco Miguel Bombillar Sáenz..... 125

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA 18/2017, DE 2 DE FEBRERO DE 2017. CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA 2113-2015, PLANTEADO POR EL GOBIERNO VASCO EN RELACIÓN CON DIVERSOS PRECEPTOS DEL REAL DECRETO 1056/2014, DE 12 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE REGULAN LAS CONDICIONES BÁSICAS DE EMISIÓN Y USO DE LA TARJETA DE ESTACIONAMIENTO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD
Vicente Mora González
Miguel Ángel Cabra de Luna..... 147

EL PLAZO DE SETENTA Y DOS HORAS DEL ARTÍCULO 763.1 LEC SEGÚN RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Emilio Cerezueta del Castillo..... 151

NOTAS

NOVEDAD NORMATIVA: EL PROYECTO DE LEY
DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Miguel Loya

Mariana Samaniego..... 157

MATERIALES

INSTRUCCIÓN 1/2017, SOBRE LA ACTUACIÓN
DEL FISCAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA
IMAGEN DE MENORES DE EDAD CON DISCAPA-
CIDAD ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL.....

163

RESEÑAS

INSERCIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DIS-
CAPACIDAD Y CAPACIDAD INTELECTUAL LÍMI-
TE. DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS

Antonio-Luis Martínez-Pujalte..... 177

INFORME SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO HA-
CIA LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD A PAR-
TIR DE LA MACROENCUESTA 2015

Isabel Caballero Pérez..... 181

Luis Cayo Pérez Bueno

Presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y de la Fundación Derecho y Discapacidad

LA FISCALIDAD EN LA AGENDA POLÍTICA Y EN LA ACCIÓN REPRESENTATIVA DEL MOVIMIENTO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. –2. La fiscalidad como cuestión relevante para la inclusión social de las personas con discapacidad. –3. La agenda política fiscal de la discapacidad. –4. El diálogo civil en la construcción de las políticas fiscales en materia de discapacidad. –5. La variable de discapacidad en las estadísticas tributarias. –6. La discapacidad en la administración, la gestión y la atención tributarias. –Bibliografía. –Páginas de internet de referencia.

A Miguel Cruz y Carmen Rodríguez Gil, ideadores y ejecutores certeros de propuestas y políticas fiscales con vocación inclusiva.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La menor tradición, intensidad y alcance del llamado Estado del Bienestar en España, a diferencia de lo ocurrido en otros países europeos con estructuras del bienestar más sólidas y extensas, ha surtido un efecto un tanto paradójico de robustecimiento, por vía invertida, de la sociedad civil, de los movimientos sociales en los que se articula la pulsión participativa de la ciudadanía activa y comprometida. Dado que los poderes públicos, o su manifestación más ostensible, el Estado, ocupan menos espacio en la provisión y garantía del ejercicio de los derechos de contenido

material y del acceso a los bienes sociales básicos cuyo disfrute permite hablar de condiciones mínimas para una vida digna, es la sociedad civil la que, ante esa ausencia, orfandad incluso, de respuesta de la comunidad política organizada, la que se ve en el trance casi ineludible de convertirse, mediante articulaciones cívicas de diversa índole, en agente de bienestar, ya como operadores políticos, que aspiran a incidir generando cambio en las decisiones públicas, ya como proveedores o gestores directos de mecanismos de acompañamiento social, en forma de recursos, apoyos, asistencia, etc., instrumentados por medio de fórmulas autogestión o de economía colaborativa.

Esto es lo que se ha producido particularmente en lo tocante al fenómeno social de la discapacidad en España, un grupo de población minoritario, históricamente discreto y aislado, invisible y invisibilizado las más de las veces, que ha permanecido y en buena medida permanece aún en el extrarradio de la atención política y de la consideración social. La centrifugación política y comunitaria de las personas con discapacidad y de sus familias, de carácter estructural y sistemático, esta excentricidad forzada en que han sido colocadas, ha desencadenado una agitación civil de contestación y de activación, acaso sin nítida conciencia en muchas ocasiones, que ha favorecido la procreación de un movimiento social producto de la agregación de múltiples concreciones articularias (asociativas, fundacionales, cooperativas, de economía social, etc.) de origen genuinamente cívico. Y esto en una doble dimensión¹, ya consignada, no siempre lineal y secuenciada, sino superpuesta y entrecruzada, ora como actor político –la función de incidencia política, a través de la representación, la propuesta y la interlocución–, ora como promotor, proveedor y gestor de recursos y apoyos –la función prestacional– destinados a un segmento social en situación de carencia.

La primera funcionalidad, la atingente a la acción representativa y a la incidencia política, ha determinado que el movimiento social de la discapacidad español sea hoy el motor de las políticas públicas y las legislaciones en esta esfera, que los poderes públicos van asumiendo contenida, dosificada y progresivamente, así como el factor de su presupuesto, a saber, la agenda política y normativa de la discapacidad, en la que las cuestiones fiscales han tenido y tienen cabida, por cuanto la tributación puede y debe ser un instrumento al servicio de la inclusión social de las personas con discapacidad y sus familias.

¹ Un examen de esta dualidad acumulativa y no siempre pacífica de funciones, lo efectúa PÉREZ BUENO, Luis Cayo en el artículo “El papel de las organizaciones de personas con discapacidad: ¿acción representativa o gestión de programas?”, incluido en PÉREZ BUENO, Luis Cayo: *El desmantelamiento de la discapacidad y otros escritos vacilantes*, Ediciones El Cobre, Barcelona, 2004.

2. LA FISCALIDAD COMO CUESTIÓN RELEVANTE PARA LA INCLUSIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La agenda política de la discapacidad es abultada y esta comprobación no puede extrañar, pues la situación de exclusión y restricciones severas a la participación social que padecen quienes componen este grupo ciudadano precisa de una vigorosa y sostenida acción pública que contribuya a remover los obstáculos y a proporcionar los apoyos que las coloquen en posiciones de paulatina igualdad, tanto nominal como sobre todo material. Habida cuenta de los numerosos ámbitos en los que el ejercicio regular de los derechos y el acceso a bienes sociales, incluso los más básicos, por parte de las personas con discapacidad (y por extensión, como entorno inmediato, de sus familias), están negados o al menos hartamente menguados, el repertorio de medidas es forzosamente ingente². Las políticas públicas y las legislaciones han de incorporar en la mayor parte de esferas iniciativas de no discriminación y de acción positiva favorables a los derechos, la inclusión y el bienestar de estas personas. La fiscalidad, como política pública, debe también asumir y hacer suya una, llámese, dimensión inclusiva, que en su dominio propio y con sus instrumentos característicos, ayude al propósito global de realizar los derechos de las personas con discapacidad y su completa participación comunitaria.

El que las políticas fiscales, como en el supuesto de la española, se tiñan de la nota inclusiva respecto de la discapacidad obedece a poderosas razones tanto fácticas como derivadas de mandatos políticos, legislativos y jurídicos. En cuanto a las de hecho, conectan con la realidad de partida de las condiciones de vida y ciudadanía de las personas con discapacidad y sus familias, dominada por una situación sistemática y estructural de exclusión social (algunos tratadistas llegan a hablar incluso de “la discapacidad como un factor privilegiado de pobreza y exclusión”³), con menor capacidad de generar rentas, por causas asociadas o dimanantes de la propia situación de discapacidad, que irroga perjuicios objetivos y coloca en posiciones claramente desventajosas en el plano económico, que se ve acompañada,

² Una idea de la amplitud de la agenda política que postula el movimiento social de la discapacidad, en la presente coyuntura, la ofrece la publicación: COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *Elecciones Generales 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, CERMI, 2016.

³ Por todos, PÉREZ BUENO, Luis Cayo y HUETE GARCÍA, Agustín: “Discapacidad y exclusión social”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo: *Discapacidad, Derecho y políticas de inclusión*, Ediciones Círculo / CERMI, Madrid, 2010, pp. 13-47.

en virtud de un efecto paradójico, por un mayor gasto originado precisamente por la discapacidad, que encarece la adquisición de los bienes, productos y servicios, generales y específicos, que resultan necesarios para llevar una vida corriente; es el denominado “agravio comparativo por razón de discapacidad”, que comienza por fortuna a estar sólidamente documentado⁴ y que debería informar todo el diseño de políticas públicas de inclusión, al menos, las que tengan un mínimo contenido o materialidad económicos, a fin de compensar o mitigar sus apreciables y devastadoras repercusiones.

Si no bastara la lacerante realidad socioeconómica de partida de las personas con discapacidad y sus familias, los promotores y responsables de las políticas públicas fiscales han de atenerse a los mandatos que el propio ordenamiento jurídico establece en lo referido a la inclusión de las personas con discapacidad. Mandatos de rango constitucional⁵, genéricos y expresos, y de rango legal que obligan a los titulares de estas políticas oficiales a tomar en consideración la discapacidad, con la mira puesta en favorecer el acceso a posiciones de mayor igualdad para los integrantes de este grupo social. Así, el artículo 9,2 del texto constitucional español, el 10,2 y el 14, como genéricos, y el dimanante del artículo 49, consagrado a las personas con discapacidad, como específico.

En el nivel de legislación ordinaria, en la relativa a personas con discapacidad, también existen obligaciones para los poderes públicos, incluidas las autoridades fiscales. Así, la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social dispone el deber de las Administraciones de adoptar medidas de acción positiva, artículo 67 y 68, entre las que entrarían de plano las de contenido fiscal. Sobre la base del principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, enunciado en la letra m) del artículo 3, como principio informador de la Ley, y definido en la letra o) del artículo 2 del mismo texto legal, surgen de igual modo obligaciones para las políticas fiscales.

⁴ Véase a estos efectos la investigación más amplia y abarcadora publicada hasta ahora sobre la cuestión, debida a HUETE GARCÍA, Agustín y JIMÉNEZ LARA, Antonio: *Estudio sobre el agravio comparativo económico que origina la discapacidad*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2010, disponible en este enlace: <http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO26006/Estudioagravioeconomicodiscapacidad.pdf>.

⁵ CRUZ, Miguel y RODRÍGUEZ GIL, Carmen efectúan una exposición atinada de los fundamentos constitucionales que obligan a los poderes públicos a dispensar protección a las personas con discapacidad, también en la esfera fiscal o usando los mecanismos de la misma. Véase AUTORES VARIOS: *Informe sobre la situación de las personas con discapacidad en el ámbito tributario y propuestas de mejora para el período 2010-2012*, Ediciones CINCA /CERMI, Madrid, 2010, pp. 13-16.

3. LA AGENDA POLÍTICA FISCAL DE LA DISCAPACIDAD

El movimiento social español de la discapacidad ha venido confeccionando, planteando y defendiendo una agenda política en cuestiones fiscales de la discapacidad, que ha ido ampliándose, robusteciéndose y actualizándose según las circunstancias. El ordenamiento tributario acumula un nutrido, pero aún no completo, repertorio de medidas⁶ de carácter fiscal favorables a las personas con discapacidad y sus familias, pero desde la representación cívica de este sector social se siguen desplegando estrategias de incidencia política para que estas decisiones de política fiscal sean más vastas e intensas.

El énfasis de estas demandas y formulaciones se pone en aquellas esferas de la realidad social o económica de las personas con discapacidad y sus familias, sometidas a tratamiento fiscal, más críticas o más determinantes para la inclusión, la equiparación o la participación efectivas de este grupo social. También con los tributos de mayor impacto y trascendencia en la situación económica y social de las personas, los particulares y las organizaciones, buscando dotarlos con medidas de acción positiva de la mayor potencialidad posible. Resulta evidente que el nivel de exigencia en la demanda cívica, no se corresponde con el de respuesta del poder público, que rebaja las pretensiones sociales, produciéndose una tensión negociadora que obliga a un permanente replanteamiento de la agenda política, que se convierte así en dúctil y elástica.

Las demandas de la agenda política de la discapacidad en materia fiscal se orientan a la consecución de los bienes sociales más decisivos para una mejor posición de inclusión social, que en la coyuntura actual de las personas con discapacidad en España, se debaten en estos dominios:

- Capacidad de renta. Se trata de favorecer la generación de mayor cantidad de renta, con reducción de carga impositiva, o compensar la pérdida o minoración de renta como consecuencia del mayor gasto asociado a la discapacidad (“agravio económico comparativo”).
- La protección social, incluida la familiar, debida a la mayor debilidad socioeconómica de las personas con discapacidad y de las unidades familiares en las que se integran.

⁶ Una visión sumaria pero indicativa de la posición fiscal de las personas con discapacidad y sus familias, puede encontrarse en COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *Principales beneficios fiscales para las personas con discapacidad y sus familias - Guía informativa*, CERMI, Madrid 2015, disponible en este enlace: <http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/356/guia%20beneficios.pdf>.

- La previsión social, entendiendo que desde la fiscalidad se puede promover el establecimiento de fórmulas de ahorro con tratamiento fiscal más benigno que permitan afrontar en mejores condiciones la respuesta a las necesidades vitales futuras.
- La inclusión laboral y el acceso al mercado de trabajo, con medidas dirigidas hacia los empleadores, a fin de incentivar la contratación o el surgimiento de proyectos de emprendimiento.
- La accesibilidad universal de los entornos, bienes, productos y servicios, porque el favorecimiento de la accesibilidad (en la vivienda, en el transporte y en los elementos destinados a tal fin, en el entorno laboral o en el puesto de trabajo, etc.) suprime o atenúa restricciones a la participación en la vida social y económica, que están en el origen de la exclusión o discriminación que presentan las personas con discapacidad.
- La autonomía personal, a través de bienes, productos y servicios, así como tecnologías, y en su caso apoyos y recursos, que atenúen los efectos de las situaciones de discapacidad y promuevan el libre desenvolvimiento de las personas con discapacidad y su participación comunitaria maximizando su autonomía individual y la vida independiente.
- La dimensión organizacional de la iniciativa social, a través de las entidades integradas en el tercer sector –muchas de ellas de discapacidad, pero no solo–, que pueden recibir un trato fiscal más favorable por la utilidad social que reportan.

No se trata de una relación exhaustiva ni cerrada, ni mucho menos, pudiendo ser ampliada e incluso enriquecida hacia nuevas esferas, ahora no consideradas, y que compelen al movimiento de la discapacidad, promotor de la agenda política y motor de las políticas públicas, a ser creativo e innovador en su cometido de formular y fundamentar propuestas, pues existe un recorrido de mejora y perfeccionamiento no transitado por el momento.

4. EL DIÁLOGO CIVIL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LAS POLÍTICAS FISCALES EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Ha sido indicado ya que una de las funciones del movimiento social de la discapacidad es la de incidencia política, la de llegar eficazmente allí donde se toman

las decisiones de política pública para que la discapacidad, sus derechos, inclusión y bienestar, estén presentes y sean tenidos en consideración, de modo que la acción pública se oriente hacia la remoción de los obstáculos, a la supresión de restricciones y a la creación de oportunidades efectivas para la completa participación comunitaria de las personas con discapacidad y sus familias.

Esta función de incidencia⁷ comprende una diversa suerte de tareas como la de la propuesta, la de la interlocución con la autoridad pública y la de la consiguiente negociación con esta, a fin de que se traduzca en decisiones políticas (disposiciones normativas o presupuestarias, programas y acciones) favorables a la discapacidad. Este cometido de la discapacidad organizada cuenta con un marco y amparo legales erigidos sobre el principio del diálogo civil, inaugurado en nuestro ordenamiento jurídico, precisamente para las políticas públicas de discapacidad, y posteriormente extendido a otras políticas sociales⁸, en el año 2003, con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las de las personas con discapacidad, en la que se alza como principio inspirador (art. 2, e) del texto legal⁹).

La práctica del diálogo civil en la esfera de la discapacidad en la construcción de las políticas y legislaciones fiscales ha sido intensa, continuada y productiva en los últimos años, y así debe mantenerse, incluso reforzarse, es de esperar, en los venideros. De ordinario, el origen del diálogo está en la acción de propuesta del

⁷ Una temprana aproximación a la noción de diálogo civil en la esfera de la discapacidad puede hallarse en PÉREZ BUENO, Luis Cayo: “El dialogo civil en el ámbito de la discapacidad”, en DE LORENZO, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo en *Tratado sobre discapacidad*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 1497-1515.

⁸ En concreto, al tercer sector de acción social, según dispone la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, bajo la formulación de “participación”, a la que esta disposición normativa dedica el artículo 5.

⁹ El artículo 2, e) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, define así el diálogo civil: “(...) el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad, las cuales garantizarán, en todo caso, el derecho de los niños y las niñas con discapacidad a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”. Como es sabido, esta Ley fue objeto de refundición, junto con otras disposiciones legales afines, mediante el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social. En este nuevo cuerpo legal refundido, la definición legal de “diálogo civil” figura en la letra n) del artículo 2, en los mismos términos ya transcritos.

movimiento social de la discapacidad¹⁰, encarnado en el CERMI, que plantea a las autoridades y la administración fiscales demandas, fundamentadas y contratadas técnicamente, es más, articuladas jurídicamente, de carácter general, o con ocasión de coyunturales reformas tributarias acometidas por el Ejecutivo o el Legislador, o como consecuencia de decisiones de la Unión Europea, en lo relativo a tributos armonizados. Esta capacidad propositiva viene seguida en muchas de las ocasiones por un proceso de diálogo exigente pero constructivo con la autoridad fiscal gubernamental, que suele tener encomendada la labor de preparar el proyecto de norma o decisión, y posteriormente, si en el recorrido de la iniciativa llega al Legislativo, por tratarse de disposiciones de rango legal, con los grupos políticos con representación parlamentaria.

En fases posteriores, el diálogo y la colaboración se extienden a la materialización y puesta en práctica de la medida fiscal, una vez vigente, que puede requerir de acciones de información y difusión o de implantación efectiva entre el segmento de población que resulta principal destinatario (personas con discapacidad y sus familias), en las que ya se está en esferas propia de la administración y la gestión tributarias.

A pesar de que aún puede y debe alcanzar un mayor potencial, el diálogo civil en lo referido a la discapacidad existe en la construcción de las políticas y legislaciones fiscales, de lo cual cabe congratularse pues permitirá ahondar en la mejora del instrumento de la fiscalidad al servicio de la inclusión de las personas con discapacidad y sus familias.

5. LA VARIABLE DE DISCAPACIDAD EN LAS ESTADÍSTICAS TRIBUTARIAS

Si en efecto las personas con discapacidad comienzan a ser un hecho crecientemente relevante en la políticas fiscales y en la gestión tributaria, estas situaciones debieran merecer un seguimiento expreso en las estadísticas y en la información de naturaleza fiscal que genera la propia Administración tributaria. Tanto para determinar el impacto real –en términos de esfuerzo económico– de las medidas fiscales favo-

¹⁰ Una muestra de la acción propositiva del movimiento social de la discapacidad en materia fiscal puede hallarse en: AUTORES VARIOS: *Informe sobre la situación de las personas con discapacidad en el ámbito tributario y propuestas de mejora para el período 2010-2012*, Ediciones Cinca / CERMI, Madrid, 2010 o, algún tiempo después, en AUTORES VARIOS: *Fiscalidad y Discapacidad. Propuestas para una mayor inclusión social*, Ediciones Cinca / CERMI, Madrid, 2013.

rables a las personas con discapacidad y a sus familias establecidas en la legislación en la materia y evaluar la eficacia y eficiencia de las mismas, así como para sobre esta base adoptar decisiones futuras de ampliación, reorientación o corrección de las políticas fiscales desplegadas, la información es crucial, fiable, exhaustiva y actual, razón por la cual desde el movimiento asociativo de la discapacidad, en su acción representativa, se ha venido insistiendo en la necesidad y conveniencia de introducir la variable de discapacidad en las estadísticas tributarias, a fin de proporcionar una masa de datos apta para ser tratada y explotada en múltiples direcciones.

Pese a la potencia de las herramientas de confección estadística a disposición de la Administración tributaria, y la relativa sencillez de su implantación, esta demanda no ha sido, pese a estar más que justificada, siempre ni tempranamente atendida, y solo en los últimos tiempos comienzan a verse realizaciones alentadoras. A las iniciativas cívicas, originadas en la propia sociedad civil, que han servido de acciones precursoras¹¹, le han seguido, todavía de forma no sistemática ni completa, pero sí significativa por la entidad del tributo al que se refieren, el impuesto de la renta de las personas físicas, ya operaciones estadísticas oficiales, desarrolladas por la Agencia Tributaria, y que tienen vocación, por lo que parece de incorporarse a su acervo, y que es de esperar y de desear que se amplíen a todos los tributos en los que la discapacidad sea un elemento de relieve.

Así, en 2016 el CERMI saludó que la Agencia Española de Administración Tributaria (AEAT) hubiera incorporado la variable de discapacidad en la información estadística fiscal del impuesto de la renta de las personas físicas (IRPF), comenzando con el año tributario 2013. En efecto, la AEAT ha añadido a la serie de estadísticas tributarias una nueva publicación denominada “Estadística de los declarantes con discapacidad del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”. El objetivo de dicha estadística es conocer las características personales y familiares del conjunto de declarantes en las que, o bien el titular, o bien alguna de las personas dependientes del mismo (ascendiente o descendiente) tienen alguna discapacidad reconocida que proporcione al declarante la posibilidad de aplicar alguna de las medidas recogidas en la normativa del impuesto para minorar la carga impositiva del grupo social afectado. Para profundizar en el conocimiento de las personas con discapacidad y sus circunstancias, en la medida en que dichas circunstancias se hayan puesto de manifiesto en

¹¹ Ejemplo de esta afirmación es el trabajo inaugural promovido por la Fundación ONCE y el CERMI y plasmado en la publicación de MARTÍN DÉGANO, Isidoro y CARBAJO VASCO, Domingo: *La discapacidad en las estadísticas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ejercicio 2011 (declaración 2012)*, Ediciones Cinca / CERMI, Madrid, 2016.

las declaraciones de IRPF, en la información de la AEAT se contabilizan las distintas situaciones de discapacidad puestas de manifiesto en la declaración. Sin embargo, este recuento no debe considerarse un censo de personas con discapacidad, porque faltarían los no declarantes de IRPF, los que no hayan hecho uso de sus beneficios fiscales, así como todas las personas residentes en País Vasco y Navarra que quedan fuera del ámbito territorial del impuesto. Respecto del grupo de personas con discapacidad se presentan sus características demográficas principales, el género, la edad, tipo de dependencia (simple, simple con movilidad reducida, cualificada) y la Comunidad Autónoma declarada por el titular de la declaración. La distinta condición con la que se presentan las personas con discapacidad en la declaración de IRPF, ha permitido crear unas categorías según quiénes sean las personas con discapacidad integradas en la declaración: discapacidad en el primer titular (declarante), en las declaraciones conjuntas discapacidad en el segundo titular (cónyuge), discapacidad en los descendientes, en los ascendientes o en varias personas de forma simultánea en una declaración (múltiples situaciones de discapacidad).

De esta manera, desde la perspectiva de la declaración se presentan las categorías de situaciones de discapacidad, el porcentaje de discapacidad, la relación de parentesco con el titular principal de la declaración, etc. Adicionalmente, se presenta un bloque de información destinado a la integración del sector de estudio con el total de declarantes del IRPF (objeto de publicación en otra estadística distinta). En este sentido, la información proporcionada es común a la que se presenta en la estadística general, sin embargo, incorpora contenidos adicionales, por ejemplo, una tabla con las medidas fiscales orientadas a la protección del grupo considerado y una información sobre las rentas exentas percibidas por las personas relacionadas en la declaración, sean titulares, descendientes o ascendientes.

El CERMI, como representación de la discapacidad organizada, venía solicitando a la AEAT que recogiera específicamente en su información estadística fiscal la variable de discapacidad, comenzando por el IRPF, para extenderla a continuación al resto de tributos del sistema fiscal español.

6. LA DISCAPACIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN, LA GESTIÓN Y LA ATENCIÓN TRIBUTARIAS

El movimiento social español de la discapacidad no se ha limitado en la esfera de la fiscalidad, al despliegue de tareas de incidencia política, en las que sí es cierto ha consumido sus mayores energías, sino que con buen criterio su acción representativa se ha extendido a la mejora de las condiciones de la administración, la gestión y la

atención tributarias en el caso de las personas con discapacidad consideradas en su calidad de contribuyentes. En este dominio también hay necesidades y demandas –de accesibilidad, de atención más intensa o cuidada, de información, etc.– por motivos asociados a discapacidad que requieren por parte de la Administración tributaria de respuestas singulares o de un trato específico acorde a la realidad de partida.

Este y no otro fue el objeto, por ejemplo, del Convenio de colaboración de 25 de marzo de 2004 entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el CERMI y la Fundación ONCE, cuya vigencia llega hasta nuestros días, y que ha establecido el marco de cooperación entre la Administración tributaria y la sociedad civil española más representativa articulada en torno a la discapacidad para una gestión y una atención tributarias de progresiva mayor calidad para las personas con discapacidad en tanto que contribuyentes o sujetos (grupo de interés) que por cualquier razón se relacionan con la Administración tributaria.

Esta firme y sostenida colaboración se ha proyectado sobre planos distintos como la accesibilidad universal del entorno y los canales de interacción de la Administración tributaria estatal –sedes físicas, páginas de internet, programas y aplicaciones informáticas, soportes informativos y publicitarios, por citar tan solo los más relevantes–; la atención tributaria dispensada a los contribuyentes con discapacidad, con estrategias y acciones de mejora en la cualificación de los empleados públicos que la prestan, que han adquirido conocimientos y habilidades de trato adecuado a las personas con discapacidad; la incorporación de personas con discapacidad a las plantillas de efectivos de esa Administración, para asegurar el cumplimiento de los mandatos legales de reserva de empleo para este tipo de personas; en la generación de información y estadísticas fiscales en las que estuviese presente la variable discapacidad, a fin de evaluar las políticas públicas del ramo y servir de base a decisiones futuras; o la habilitación de programas o acciones de atención específica a estos contribuyentes, por sí misma o en cooperación colectiva con las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias, en campañas fiscales de gran entidad, como la anual del impuesto de la renta de las personas físicas, o con ocasión de la implantación de novedades fiscales con repercusión en las personas con discapacidad, que ha precisado de acciones intensas en los momentos iniciales de despliegue para asegurar un resultado favorable.

Esta colaboración vigorosa de la Administración tributaria estatal y del movimiento social de la discapacidad ha arrojado un balance más que positivo, colocando a la Agencia Tributaria entre las administraciones más comprometidas con una atención de calidad a las personas con discapacidad, hecho visible y comprobable en indicadores objetivos como que el 96 por 100 de las sedes físicas donde se atiende al público

son accesibles, o que casi el 4 por 100 de la plantilla de empleados públicos, más de 1.000, de este Organismo está compuesta por personas con discapacidad¹².

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES VARIOS: *Fiscalidad y Discapacidad. Propuestas para una mayor inclusión social*, Ediciones Cinca / CERMI, Madrid, 2013.

AUTORES VARIOS: *Informe sobre la situación de las personas con discapacidad en el ámbito tributario y propuestas de mejora para el período 2010-2012*, Ediciones Cinca / CERMI, Madrid, 2010.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *Elecciones Generales 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, CERMI, 2016.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *Principales beneficios fiscales para las personas con discapacidad y sus familias - Guía informativa*, CERMI, Madrid 2015, disponible en este enlace: <http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/356/guia%20beneficios.pdf>.

HUETE GARCÍA, Agustín y JIMÉNEZ LARA, Antonio: *Estudio sobre el agravio comparativo económico que origina la discapacidad*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2010, disponible en este enlace: <http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO26006/Estudioagravioeconomicodiscapacidad.pdf>.

MARTÍN DÉGANO, Isidoro y CARBAJO VASCO, Domingo: *La discapacidad en las estadísticas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ejercicio 2011 (declaración 2012)*, Ediciones Cinca / CERMI, Madrid, 2016.

¹² Véanse informaciones recientes (2016) que así lo avalan: “1.007 empleados con discapacidad trabajan en la Agencia Tributaria”, en <http://www.cermi.es/es-es/noticias/paginas/inicio.aspx?TSMEIdNot=7650>; “El 96 por 100 de los edificios de atención al público de la Agencia Tributaria son accesibles”, en <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=7652>; “La Agencia Estatal para la Administración Tributaria recibe el ‘Premio cermi.es 2016’ por su labor en materia de inclusión laboral”, en <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=8315>.

PÉREZ BUENO, Luis Cayo y HUETE GARCÍA, Agustín: “Discapacidad y exclusión social”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo: *Discapacidad, Derecho y políticas de inclusión*, Ediciones Cinca / CERMI, Madrid, 2010, pp. 13-47.

PÉREZ BUENO, Luis Cayo: “El dialogo civil en el ámbito de la discapacidad”, en DE LORENZO, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo: *Tratado sobre discapacidad*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 1497-1515.

PÉREZ BUENO, Luis Cayo: “El papel de las organizaciones de personas con discapacidad: ¿acción representativa o gestión de programas?”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo: *El desmantelamiento de la discapacidad y otros escritos vacilantes*, Ediciones El Cobre, Barcelona, 2004, pp. 67-75.

PÁGINAS DE INTERNET DE REFERENCIA

Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) – www.agenciatributaria.es

Centro Español de Documentación sobre Discapacidad – www.cedd.es

Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) – www.cermi.es

Fundación ONCE para la cooperación e inclusión social de personas con discapacidad – www.fundaciononce.es

Instituto de Estudios Fiscales – www.ief.es

Real Patronato sobre Discapacidad – www.rpd.es

Isidoro Martín Dégano

Profesor de Derecho Financiero. Universidad Nacional de Educación a Distancia

**LA FALTA DE EQUIPARACIÓN ENTRE LA DISCAPACIDAD
Y DEPENDENCIA EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO:
UNA PROPUESTA DE REFORMA**

En los últimos años el legislador tributario viene prestando especial atención a la situación de las personas con discapacidad que, en este ámbito, también son quienes tienen declarado un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento según lo previsto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Esta regulación específica se traduce en el reconocimiento de una importante serie de beneficios fiscales cuyo fundamento se encuentra, por un lado, en el principio de capacidad económica reconocido en el artículo 31 de la Constitución y en la utilización del sistema tributario como medida de fomento para lograr una mayor inclusión social de este colectivo conforme al mandato del artículo 49 de la Constitución¹.

¹ Tal y como permite el artículo 2.1, segundo párrafo, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, incorporando la denominada por la doctrina función extrafiscal de los tributos: “*Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución*”.

De esta forma se ha conseguido un tratamiento sistemático y global de la discapacidad en nuestro sistema tributario².

Así, por un lado deben destacarse las medidas fiscales que benefician directamente a este grupo de personas, ya sea como reflejo de su menor capacidad económica por razón de su discapacidad o con el fin de procurarles una mejor integración social. Estos beneficios aumentan cuanto mayor es el grado de discapacidad distinguiendo entre el 33 y el 65 por ciento. Dentro de estas normas también se incluirían aquellas en las que, si bien el contribuyente no es persona con discapacidad, sí lo es alguien de su entorno familiar y que depende de aquel.

En segundo lugar, hay que señalar las medidas fiscales que afectan de una manera indirecta a estas personas, en tanto que incentivan, por ejemplo, la contratación de trabajadores con discapacidad, la formación de los mismos en las empresas o el acondicionamiento del medio de trabajo, o bien exoneran de tributación a determinadas entidades sin ánimo de lucro que desarrollan su actividad en el ámbito de la discapacidad.

Partiendo de este marco normativo, ¿cuál es la situación de las personas en situación de dependencia en el sistema tributario?

Antes, incluso, de que se aprobara la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, Ley de Dependencia) el legislador tributario ya había contemplado bene-

² Este nuevo tratamiento fiscal ha quedado reflejado en un aumento de la atención doctrinal sobre el tema, así, entre otros, véase ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN M., MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006; PÉREZ LARA y LÓPEZ MARTÍNEZ, J., *Impuestos y discapacidad*, Aranzadi, *Cuadernos de jurisprudencia*, nº 39, 2006; PÉREZ HUETE, J.: “Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados”, *Crónica Tributaria*, nº 116, 2005; CARBAJO VASCO, D., “La situación fiscal del discapacitado: algunas reflexiones”, *Crónica Tributaria*, nº 119, 2005; PÉREZ DE VEGA, L., “Tratamiento fiscal de las personas con discapacidad en el impuesto sobre las sucesiones y donaciones”, *Nueva Fiscalidad*, nº. 10, 2006; LUCAS DURÁN, M., MARTÍN DÉGANO, I., “Fiscalidad municipal de los vehículos utilizados por personas con discapacidad”, *Tributos Locales*, nº 64, 2006; ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M., MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009; DELGADO GARCÍA, A. M.^a, OLIVER CUELLO, R., y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *Vejez, discapacidad y dependencia: aspectos fiscales y de protección social*, Bosch, Barcelona, 2010; AA.VV., *Las medidas fiscales como instrumentos de protección de las personas con necesidades especiales*, López Martínez, J., y Pérez Lara, J. M., (Directores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014; AA.VV., *Discapacidad y Hacienda Pública*, Portillo Navarro, M.^a J., y Millán Jiménez, A. (Coordinadoras), Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

ficios fiscales para esta situación en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante LIRPF). Esta anticipación se debió a que ambas leyes se tramitaron casi de forma paralela y en el debate parlamentario del IRPF ya estaba previsto que la Ley de Dependencia iba a aprobarse a continuación.

El legislador tributario era consciente de la importancia de esta nueva figura en nuestro sistema jurídico y actuaba de forma inmediata dándole un tratamiento diferenciado a través de exenciones y reducciones en la base imponible dado el marcado carácter subjetivo del Impuesto³. Por tanto, en estos primeros momentos de implementación de la Ley de Dependencia, la situación era esperanzadora en tanto se podía pensar que el legislador tributario tendría en cuenta la menor capacidad económica que tienen las personas en situación de dependencia o las familias con las que conviven o les ayudan. Circunstancia que sería comprensible que se extendiera sucesivamente a otros ámbitos del IRPF de los previstos inicialmente y a otros tributos. De hecho en la Exposición de motivos de la LIRPF se reconocía como uno de sus objetivos fundamentales “abordar, desde la perspectiva fiscal, los problemas derivados del envejecimiento y la dependencia”. Sin embargo, pese a ese *desideratum* inicial, la regulación no ha variado desde el 2006 hasta nuestros días, salvo una pequeña modificación en los tipos de gravamen del IVA⁴.

³ En concreto los beneficios fiscales en el IRPF son los siguientes: 1) exención de las prestaciones económicas de la Ley de Dependencia [art. 7 x)]; 2) exención de las prestaciones derivadas de sistemas de previsión social para determinadas personas con discapacidad que cubran la contingencia de la dependencia [art. 7 w)]; 3) exención por la transmisión de la vivienda habitual [art. 33.4 b)] y 4) reducciones en la base imponible por aportaciones a sistemas de previsión social [arts. 51 y 53].

Las tres primeras exenciones están dirigidas, fundamentalmente, a personas dependientes, mientras que el último beneficio fiscal se destina a quienes quieran asegurar esa contingencia.

⁴ El art. 91.Dos.2.3º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido establece un tipo superreducido del 4 por ciento para determinadas prestaciones de servicios de la Ley de Dependencia (teleasistencia, ayuda a domicilio, centro de día y noche y atención residencial a que se refieren las letras b), c), d) y e) del art. 15.1 de la Ley). Sin embargo, de esta misma norma se deduce que también existe una exención aplicable para esos mismos servicios cuando los prestan entidades de Derecho Público o entidades o establecimientos privados de carácter social. En efecto, el citado artículo finaliza que señalando que no se aplicará el tipo reducido “[...] a los servicios que resulten exentos por aplicación del número 8.º del apartado uno del artículo 20 de esta Ley”. Esta última norma contempla la exención de la prestación de servicios de asistencia social por entidades de Derecho Público o entidades o establecimientos privados de carácter social. Al mismo tiempo, existe otro beneficio fiscal –el tipo reducido del 10 y no el general del 21 por ciento– cuando no se aplica el superreducido sobre tales servicios (art. 91. Uno.2.7 LIVA). Antes de la introducción del tipo superreducido por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo podía discutirse si los citados servicios de dependencia estaban incluidos en la exención de los servicios relativos a la “asistencia social”. Con la introducción de esta norma quedó claro que lo están.

En nuestra opinión, son varias las causas que pueden explicar esta situación, al margen de las meramente presupuestarias por el correspondiente incremento del gasto público.

En primer lugar, la dependencia se inscribe en el complejo ámbito de la protección social y no en el impositivo. Así, el legislador piensa en cubrir las necesidades de las personas en situación de dependencia no con beneficios fiscales sino con otros instrumentos: servicios asistenciales, cuidadores familiares o profesionales, prestaciones económicas, etc.⁵. A nuestro juicio no parece acertada esta opción pues la protección social y la fiscalidad no son incompatibles. Es más, como se ha demostrado con la discapacidad, la fiscalidad puede y debe tener –por imposición del principio de capacidad económica– una gran incidencia en este campo.

En segundo lugar, el legislador puede haber concebido que las personas en situación de dependencia ya tienen derecho a los beneficios fiscales dedicados a la discapacidad considerando que existe una especie de equivalencia entre discapacidad y dependencia. En tanto, se reconocen beneficios fiscales en el IRPF para el envejecimiento y la discapacidad, se puede entender que los dependientes tendrán acceso a ellos. No obstante, como veremos más adelante, esta idea no es del todo correcta y genera los problemas que estamos analizando.

Por último, dado que la Ley de Dependencia tuvo una aplicación progresiva, podría pensarse que se esté esperando a su consolidación para el otorgamiento de más beneficios fiscales en el IRPF y en otros tributos. Sin embargo, transcurridos ya diez años esta interpretación resulta ilusoria.

Ante el tratamiento dispar de la dependencia y discapacidad en el ámbito tributario nos planteamos cuáles pueden ser las soluciones a la discriminación que, en nuestra opinión, esta normativa genera. Esta falta de beneficios fiscales podría suplirse si se pudieran aplicar los reconocidos a las personas con discapacidad. Nos preguntamos, por tanto, si las personas en situación de dependencia, a efectos del IRPF, son equiparables a las personas con discapacidad. Es decir, ¿los beneficios fiscales previstos para unas son extensibles a las otras?, ¿puede una persona con dependencia severa aplicarse una norma prevista para una persona con un grado de discapacidad del 65 por ciento o viceversa? Hay que tener en cuenta que algunos de los beneficios fiscales previstos en la LIRPF solo se contemplan para un grupo

⁵ En este sentido, CARBAJO VASCO, D., “Novedades sobre la dependencia y la discapacidad en la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, *Crónica Tributaria*, n. ° 129, 2008, p. 40.

y no para el otro; por ejemplo, el mínimo personal y familiar por discapacidad (art. 60 de la LIRPF) no se aplica a los dependientes. En sentido contrario, el art. 33.4.b) de la LIRPF establece la exención de las ganancias patrimoniales con ocasión de la transmisión de la vivienda habitual para las personas en situación de dependencia severa o gran dependencia pero no menciona a las personas con discapacidad.

En principio, son conceptos distintos por lo que las personas con discapacidad no tienen por qué ser dependientes⁶. En consecuencia, rige la prohibición de la analogía en materia de beneficios fiscales del artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria⁷. No obstante, no cabe duda de que la discapacidad –junto con el envejecimiento– es una de las principales causas que genera la dependencia por lo que requeriría de un tratamiento similar. De hecho, como acabamos de señalar, en ocasiones la dependencia tiene reconocido el mismo beneficio fiscal que los mayores de 65 años (exención de la transmisión de la vivienda habitual) o que el previsto para la discapacidad (la reducción en la base imponible por aportaciones a sistemas de previsión o la exención de sus prestaciones). Pero la LIRPF no ha previsto esta situación con carácter general ni, en consecuencia, una solución al problema que se deriva de ella como podría ser la homologación entre grados de discapacidad y dependencia. En cambio, sí existe una equiparación entre grados de discapacidad y algunos pensionistas o incapacitados judiciales. En este sentido, el artículo 60.3 de la LIRPF considera que estos últimos tienen acreditados ciertos grados de discapacidad sin pasar por el procedimiento del Real Decreto 1971/1999

⁶ En este sentido PÉREZ BUENO, L.C. y DE LORENZO GARCÍA, R. (“La promoción de la autonomía personal y la protección en casos de dependencia por razón de discapacidad”, *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 234), señalan: “No hay duda de que entre dependencia y discapacidad hay conexiones muy estrechas, aunque no son términos intercambiables. Podría afirmarse de modo gráfico que la dependencia es una provincia, con unas singularidades que le confieren fisonomía propia, de la discapacidad. Las personas en situación de dependencia o con necesidades intensas de apoyo para la autonomía personal –dependen de qué visión escojamos– son personas con discapacidad, pero no todas las personas con discapacidad son personas en situación de dependencia. Las notas particulares de la dependencia, que la configuran dentro de la esfera más amplia de la discapacidad, pasarían por la afección de las capacidades propias de la autonomía personal. Sería una cuestión de intensidad, de grado: las personas en situación de dependencia presentarían una más acusada ausencia de capacidades para atender por sí mismas a una vida ordinaria, precisando, por tanto, de apoyos externos –personales o técnicos, o ambos– más intensos para llevar a cabo las actividades corrientes de la vida”.

⁷ Las Contestaciones de la DGT de 26 de noviembre de 2008 y de 1 de julio de 2011 (consultas núms. V2229-08 y V1706-11) no aceptan la equiparación al grado de discapacidad del 65 por ciento de una gran dependencia (Grado III, niveles 1 y 2).

lo que les permite acceder a los beneficios fiscales⁸. Estamos ante supuestos en los que subyace una economía procesal que favorece a la persona con discapacidad, por la reducción de burocracia que puede suponer y la pronta aplicación de los efectos que le son propios en la disciplina fiscal. Pero, ¿qué sentido tiene la asimilación de conceptos o situaciones en unas ocasiones y en otras no? ¿Por qué las personas con discapacidad, determinados pensionistas y los incapaces están equiparados y los dependientes no?⁹ Sabemos que estos conceptos no son idénticos pero, en numerosas ocasiones, concurren en una misma persona las tres situaciones.

Fuera del ámbito tributario se ha llegado a una solución similar a la que proponemos en la Disposición adicional novena de la Ley de Dependencia. En ella se prevé una equiparación o “pasarela” (término utilizado comúnmente) entre grados de dependencia y la gran invalidez o la asistencia de tercera persona al establecer:

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

Así pues, determinados pensionistas y las personas con discapacidad que se encuentren incluidas en el Anexo II del Real Decreto 1971/1999 resultarán homologados a situaciones de dependencia si lo solicitan. Con esta Disposición, señala acertadamente ALBOR, se trata de dar coherencia al sistema de valoración e integrar

⁸ El artículo 60.3 de la LIRPF establece:

“3. A los efectos de este Impuesto, tendrán la consideración de personas con discapacidad los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

En particular, se considerará acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado”.

⁹ Esta falta de asimilación origina situaciones realmente paradójicas. Por ejemplo, en Aragón se ha previsto una deducción autonómica en el IRPF por “Cuidado de personas dependientes” entendiéndose por tales: los ascendientes mayores de 75 años y los ascendientes o ascendientes con una discapacidad igual o superior al 65 por ciento. De tal manera, que un familiar en situación de dependencia que no tuviera esa edad o un grado de discapacidad no generaría tal deducción (art. 100.5 del Decreto Legislativo del Gobierno de Aragón 1/2005, de 26 de septiembre).

en él aquellas situaciones existentes y anteriores a la Ley de Dependencia en las que se reconocía la ayuda de otra persona por el estado de salud o el grado de discapacidad¹⁰. Es razonable pensar que, dado que tales pensionistas necesitan de una tercera persona, resultarían reconocidos como personas en situación de dependencia si pasaran por el baremo correspondiente.

En cumplimiento de la citada Disposición adicional novena de la Ley de Dependencia se dictó la Disposición adicional primera del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprobó el baremo de valoración de la situación de dependencia, relativa a la “Efectividad del reconocimiento de las situaciones vigentes de gran invalidez y de la necesidad del concurso de otra persona”. En la actualidad esta regulación se encuentra en el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, que ha sustituido al citado Real Decreto 504/2007¹¹.

En esta última norma se establecen las siguientes equiparaciones para las personas que tengan reconocida:

– Gran invalidez: se les reconocerá la situación de dependencia, con el grado y nivel que se determine mediante la aplicación del baremo establecido en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, garantizando en todo caso el grado I (dependencia moderada) nivel I¹².

– Asistencia de tercera persona: se les reconocerá el grado y nivel que les corresponda, en función de la puntuación específica otorgada por el citado baremo, de acuerdo con la siguiente tabla:

- De 15 a 29 puntos: Grado I de dependencia, nivel 2.

¹⁰ ALBOR, J., “Situaciones de dependencia y de falta de autonomía personal: instrumento de valoración y baremación a la luz de la Ley 39/2006”, *Las dimensiones de la Autonomía Personal. Estudios en homenaje a Pilar Ramiro*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, p. 122.

¹¹ Este baremo ha sustituido al primero que fue aprobado por Real Decreto el 504/2007, de 20 de abril. La Disposición transitoria primera del Real Decreto 174/2011 establece que quienes, con anterioridad a la entrada en vigor del vigente baremo, hubieran sido declarados en situación de dependencia con arreglo a lo establecido en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, no precisarán de nueva valoración a efectos de los servicios y prestaciones establecidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. En nuestra opinión, a pesar de la interpretación literal de esta norma, tampoco sería necesaria una nueva valoración a efectos de disfrutar de los beneficios fiscales del IRPF.

¹² Estas personas, aunque la citada disposición les garantiza un grado de dependencia moderada, tienen que pasar ineludiblemente por el baremo del Real Decreto 174/2011 para que se les reconozca la situación de dependencia que les corresponde.

- De 30 a 44 puntos: Grado II de dependencia, nivel 2.
- De 45 a 72 puntos: Grado III de dependencia, nivel 2.

La equiparación que estamos comentando creemos que también surtirá efectos en el ámbito tributario y así también lo ha entendido la Dirección General de Tributos en la contestación de 23 de octubre de 2008 a la consulta núm.V1888-08¹³. No obstante, conviene hacer dos matizaciones al respecto.

En primer lugar, si bien la equiparación es automática no garantiza el disfrute de los beneficios reconocidos a los dependientes. A través de esta pasarela ciertas personas con discapacidad pueden disfrutar de los beneficios fiscales correspondientes a las personas dependientes siempre que, por dicha equiparación, alcancen el grado de dependencia exigido por la LIRPF. Así, en el caso de la gran invalidez solo se les reconoce una dependencia moderada por lo que, por ejemplo, no podrían disfrutar de la exención por la transmisión de la vivienda habitual que requiere una dependencia severa o gran dependencia. Sin embargo, el reconocimiento de la ayuda de tercera persona sí permitiría disfrutar de esa exención sin necesidad de pasar por el baremo de la Ley de Dependencia si hubiesen obtenido una puntuación igual o superior a 30.

En segundo lugar, la equiparación no opera en los dos sentidos sino que es unidireccional: solo desde la gran invalidez o ayuda de tercera persona hacia la dependencia pero no a la inversa. Por ello hay que entender que un dependiente no podrá ser considerado persona con discapacidad a efectos tributarios por lo que para poder disfrutar de los beneficios fiscales tendría que pasar por el baremo correspondiente¹⁴. Y este es el gran problema que estamos denunciando en relación con las personas dependientes y al que pretendemos dar solución. Si se acepta esta

¹³ CARBAJO VASCO, D., también señala que en virtud de esta equiparación “se convierten en grandes dependientes, a todos los efectos: sociales y tributarios” (“Tratamiento de la discapacidad y de la dependencia en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, *Información Fiscal*, n.º 88, 2008, p. 25).

¹⁴ La LIRPF contempla dos beneficios específicos para quienes acrediten necesitar la ayuda de tercera persona o movilidad reducida:

- a) Una reducción específica en los rendimientos del trabajo obtenidos por los trabajadores con discapacidad. Así las personas con discapacidad, si son trabajadores activos, podrán minorar el rendimiento íntegro del trabajo en 7.750 euros anuales, cuando acrediten necesitar ayuda de terceras personas (art. 19.3 LIRPF). La misma reducción se aplicará cuando estas personas sean empresarios o profesionales (art. 32.2 LIRPF). No obstante, parece difícil que personas con el grado de dependencia al que nos estamos refiriendo puedan desarrollar una actividad laboral por lo que su aplicación práctica será muy reducida.
- b) Un incremento en el mínimo por discapacidad del propio contribuyente o del mínimo por los descendientes o ascendientes con discapacidad que convivan con él (art. 60 LIRPF). En estos casos, el mínimo

asimilación unidireccional seguiríamos encontrándonos ante una desigualdad que carece de fundamento.

Dada la todavía reciente aprobación de la Ley de Dependencia, la situación más corriente es que personas con discapacidad opten por el reconocimiento de la situación de dependencia para acceder a los servicios y prestaciones económicas de esa Ley. Pero en el futuro puede darse la situación inversa: tramitar antes el procedimiento para ser calificado como dependiente que el del reconocimiento del grado de discapacidad, lo que podría ocurrir, particularmente, cuando se trate de una situación de dependencia cuyo origen no está en el envejecimiento sino que se presenta desde el nacimiento o temprana edad¹⁵. Pero también puede ocurrir que como consecuencia del envejecimiento se haya conseguido la calificación de dependiente pero no se haya solicitado la de persona con discapacidad.

Toda esta situación nos parece que generará múltiples problemas tanto de interpretación jurídica como en la vida diaria de estos dos tipos de personas, por lo que supone someterse de nuevo a un examen –con un sistema de medición distinto– especialmente en los casos de grados elevados de dependencia. En nuestra opinión, todo ello se habría podido evitado si se hubiera aprobado un único sistema de valoración para ambas situaciones¹⁶. Sin embargo, en la actualidad pensamos que esta propuesta resulta inviable. Por ello, planteamos la aprobación de una pasarela entre grados de discapacidad y dependencia. O, más exactamente de la dependencia hacia la discapacidad en el ámbito tributario. Así, en primer lugar, que quienes tengan reconocida una dependencia moderada sean calificadas automáticamente como personas con discapacidad, es decir, con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Y, en segundo lugar, que quienes tengan una dependencia severa o sean grandes dependientes tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento; grado más elevado al que se conceden beneficios fiscales.

por discapacidad aumentará en concepto de gastos de asistencia, en 3.000 euros anuales cuando se acredite necesitar ayuda de terceras personas.

¹⁵ Recordemos que la Disposición adicional decimotercera de la Ley de Dependencia establece una protección especial para los menores de tres años cuya titularidad de derechos está reconocida también en el artículo 5.1 (b) y que está prevista a estos efectos una escala de valoración específica.

¹⁶ Se trata de una cuestión sumamente compleja en la que inciden muchos factores. Sobre el tema véase QUEREJETA GONZÁLEZ, M., *Discapacidad/Dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad IMSERSO, Madrid, 2004.

La equiparación que proponemos pretende evitar una doble baremación por razones de economía procesal pero tiene, en nuestra opinión, un fundamento jurídico y científico.

Parece razonable pensar que si las personas dependientes se someten al baremo del Real Decreto 1971/1999 alcanzarían ese grado o uno superior. Pues, si bien no toda persona con discapacidad es dependiente sí se produce la situación inversa. Para ello nos basamos en lo dispuesto en el propio Real Decreto 1971/1991 que ya anticipó en su momento la importancia de la disminución de la capacidad de la persona para realizar actividades básicas de la vida diaria como criterio para determinar la asignación de un grado de discapacidad. Es decir, al igual que en la Ley de Dependencia las actividades de la vida diaria resultan fundamentales para determinar el grado correspondiente. En efecto, en el anexo 1 capítulo 1 del Real Decreto 1971/1999 se especifican las normas generales en materia de baremación del grado de discapacidad distinguiendo entre:

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 actividades de la vida diaria, pudiendo estar afectada alguna de las actividades de autocuidado.

Grado 5: discapacidad muy grave. Los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las actividades de la vida diaria en el que resulta determinante el grado de discapacidad. Así, con carácter general se establecen cinco categorías o clases, ordenadas de menor a mayor porcentaje, según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad que origina. Al mismo tiempo a cada categoría se le asigna el grado de discapacidad que origina de la siguiente forma.

Tanto los grados de discapacidad como las actividades de la vida diaria constituyen parámetros de referencia para la asignación del porcentaje de discapacidad. Este porcentaje se determina de acuerdo con los criterios y clases que se especifican en cada uno de los capítulos. A este respecto, con carácter general se establecen cinco categorías o clases, ordenadas de menor a mayor porcentaje, según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad que origina. Estas cinco clases se definen en la forma siguiente:

CLASE I. Se encuadran en esta clase todas las deficiencias permanentes que han sido diagnosticadas, tratadas adecuadamente, demostradas mediante parámetros objetivos (datos analíticos, radiográficos, etc., que se especifican dentro de cada aparato o sistema), pero que no producen discapacidad.

La calificación de esta clase es 0 por ciento.

CLASE II. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad leve.

A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 1 por ciento y el 24 por ciento.

CLASE III. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los sistemas o aparatos, originan una discapacidad moderada.

A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 25 por ciento y 49 por ciento.

CLASE IV. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los aparatos o sistemas, producen una discapacidad grave.

El porcentaje que corresponde a esta clase está comprendido entre el 50 por ciento y 70 por ciento.

CLASE V. Incluye las deficiencias permanentes severas que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad muy grave.

A esta categoría se le asigna un porcentaje del 75 por ciento.

Es cierto que puede que la equivalencia que proponemos no sea perfecta y existan supuestos en las que no se produzca pero serán muy escasos por lo podría justificarse su aplicación generalizada y automática¹⁷. El principio de la generalidad de los casos y la simplificación de la normas justificarían esta medida.

Somos conscientes que discapacidad y dependencia no son el mismo concepto, tienen orígenes históricos diferenciados y regulaciones que dan derecho a prestaciones distintas. Por eso solo propugnamos una asimilación entre conceptos en el ámbito tributario en el que la menor capacidad económica de estos colectivos, por el coste adicional que requiere su situación, merece un mismo tratamiento. Cuando la dependencia tiene su origen en la discapacidad deben ser tratadas del mismo modo por las normas tributarias. Si no se prolongarían situaciones de discriminación que no están justificadas. Insistimos en ello: ¿Qué sentido tiene que las obras por acondicionamiento de la vivienda habitual tuviesen una deducción cuando estaban motivadas por la discapacidad y no por la dependencia? O, en la actualidad, que el mínimo familiar por ascendientes o descendientes se incremente cuando estos tienen discapacidad pero no si son dependientes. Fuera del ámbito del IRPF la situación es la misma, ¿por qué la adquisición de un vehículo para el transporte de personas con discapacidad tiene una exención y no cuando se destina a personas dependientes?

Como ya hemos señalado, esta solución de asimilar unas situaciones a otras no es nueva en el ámbito tributario sino que ya se contempla, precisamente en el IRPF, al equipar el artículo 60.3 la incapacidad judicial al grado de discapacidad del 65 por ciento. Con ello se evita que quienes estén en esa situación tengan que someterse al examen previsto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

Por otra parte, nuestra propuesta ya ha sido aceptada en parecidos términos por alguna comunidad autónoma en materia de tributos cedidos. En concreto en Galicia por la Ley 9/2008, de 28 de julio, de medidas tributarias en relación con el Impuesto sobre sucesiones y donaciones¹⁸. En esta norma se reconocen diversas reducciones en función del grado de discapacidad y se establece la asimilación al grado del 65 por ciento de discapacidad de las personas cuya incapacidad sea

¹⁷ En todo caso para estos posibles supuestos excepcionales en los que no se alcanzará el 33 o el 65 por ciento habría que tener en cuenta que existe la posibilidad de que a los porcentajes de discapacidad citados tendríamos que añadir, en su caso, la puntuación derivada de los factores complementarios para determinar el grado final de discapacidad.

¹⁸ DOG núm. 152, de 7 de agosto de 2008.

declarada judicialmente, así como en los casos de dependencia severa y gran dependencia. Por su parte, en Navarra recientemente también se ha establecido que a efectos del IRPF tendrán un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento las personas que tengan reconocida una situación de dependencia en cualquiera de sus grados¹⁹.

¹⁹ Con efectos desde 1 de enero de 2016 se da una nueva redacción a la Disposición adicional quinta del Decreto Foral Legislativo 4/2008, de 2 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por la Ley Foral 23/2015, de 28 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

Asimismo, esta equiparación se ha trasladado recientemente al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en la Disposición adicional segunda del Decreto Foral Legislativo 250/2002, de 16 de diciembre en la redacción dada por Ley Foral 25/2016, de 28 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

Marta Medina García
Doctora en Pedagogía

VALORACIÓN DEL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL COMO GARANTE DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA: PROPUESTAS PEDAGÓGICAS INCLUSIVAS

SUMARIO: I. Introducción. –II. Valoración del tratamiento doctrinal de la educación inclusiva. Una propuesta de definición. –III. Valoración del marco legal del derecho a la educación inclusiva. Especial referencia a la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad Educativa de 9 de diciembre de 2013. –IV. Los principales déficits del sistema educativo para implementar la educación inclusiva: propuestas de estrategias pedagógicas inclusivas. 1. La pedagogía como elemento fundamental para dotar de contenido al derecho a la educación inclusiva. 2. Las medidas de atención a la diversidad contra las premisas de la inclusión. 3. La desnaturalización de la evaluación psicopedagógica. 4. El sistema de escolarización: el centro específico de educación especial. 5. Las insuficiencias en el diseño, desarrollo e implementación curricular. 6. La deficiente formación del profesorado. 7. La irregularidad en el desarrollo del tránsito educativo: una barrera para el acceso a etapas educativas superiores universitarias. –V. Conclusiones. –Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se han ido diluyendo las cuestiones más elementales de un derecho fundamental como es la educación. Adoptando actuaciones, estructuras

y mecanismos que bajo criterios como el de la calidad, configuran y articulan modelos de segregación entre el alumnado, lo que conlleva la pérdida del buen hacer educativo y la esencia de la pedagogía. De ahí que surja la necesidad de reivindicar nuevas tendencias y procesos como el de la inclusión educativa, cuya razón de ser se basa en premisas muy concretas: la educación para todas las personas, la atención a la diversidad, la garantía de los derechos humanos y la equidad.

Por ello como profesionales y miembros de un Estado Social y Democrático de Derecho, consideramos necesario y urgente poner de manifiesto cuáles son los principales problemas para lograr una educación inclusiva y de calidad para todas las personas. En un intento de dar claridad, forma y sentido a una cuestión aún pendiente en nuestro sistema educativo como es garantizar el derecho a la educación inclusiva.

Atendiendo a esa necesidad expresa de garantizar el derecho a la educación inclusiva, consideramos fundamental ofrecer con este trabajo una herramienta útil y transversal. Así como poner en conexión dos disciplinas y dos ámbitos profesionales, imprescindibles para alcanzar el reconocimiento y respaldo de este derecho, pues desde el campo de la pedagogía urge conocer las normas que avalan este derecho y para los juristas es imprescindible considerar las bases de la pedagogía para aplicar y poner en marcha este derecho de manera óptima.

En definitiva, el objetivo principal de este trabajo es analizar de forma exhaustiva el sistema educativo español en su totalidad, desde las normas hasta la pedagogía, para alcanzar el fin último de conjugar los derechos y los hechos.

II. VALORACIÓN DEL TRATAMIENTO DOCTRINAL DE LA EDUCACIÓN INCLUSIVA. UNA PROPUESTA DE DEFINICIÓN

A pesar de que se trata de un término muy común y es habitual oír hablar de él en distintos foros, no podemos olvidar la naturaleza dilemática que envuelve a este proceso (Dyson y Milward, 2000), así como, la confusión que existe sobre esta cuestión (UNESCO, 2005). Con lo cual, nos enfrentamos al primer obstáculo para su implementación en nuestro sistema educativo.

La principal equivocación la encontramos con respecto al término de integración, cuyo desorden conceptual llega incluso a los profesionales educativos, tal y como demuestran los resultados de la tesis doctoral de Medina (2017).

En parte podemos entender dicha confusión terminológica, al estar la inclusión vinculada, en cierta medida a la integración, pues de alguna manera, la inclusión forma parte del proceso evolutivo de la integración. Autores como Torres (2010), avalan este planteamiento, pues consideran que la filosofía de la inclusión sienta sus bases en el fracaso que en el nivel práctico se ha observado en la integración, la cual legitimó un nuevo subsistema de educación especial dentro de la escuela ordinaria, convirtiéndose simplemente en un movimiento de trasvase de estudiantes (Ainscow, Farrell y Tweddle, 2000). Por lo tanto, entendemos que al menos en sus planteamientos de partida o basándose en sus errores, la integración supone un tramo en el camino hacia la inclusión.

En torno a esta delimitación conceptual encontramos otra dificultad añadida, promovida por la multitud de definiciones que existen en torno al proceso de inclusión. De manera que no solo descubrimos que numerosos autores y desde distintos entornos públicos y privados ofrecen diversas interpretaciones conceptuales, sino que esta situación empeora cuando, en el anhelo por delimitar su concepto, nos encontramos la postura de teóricos (Elboj, Puigdemívol, Soler, y Valls, 2002; Parrilla, 2002; Nilhom, 2006) defensores de no establecer una definición concreta, sino que sea cada comunidad educativa, en función de su idiosincrasia, la que defina qué es educación inclusiva.

Para nosotros este planteamiento es inviable, por varios motivos:

1. Conlleva malas prácticas, amparándose en ideas erróneas y/o contrarias a los preceptos de inclusión.
2. Dicha subjetividad y relatividad, priva de carácter científico y rigurosidad a la educación inclusiva.
3. Provoca situaciones de desigualdad e inseguridad jurídica y social, ya que se establecerían diferentes niveles de inclusión, en función del tratamiento o concepción de cada centro.

Por lo tanto, para superar este obstáculo, abogamos por establecer una determinación conceptual y una definición común para todos como punto de partida y proponemos que esta se configure sobre tres pilares básicos e interrelacionados que señala Medina (2017):

1. Considerarla como un proceso pedagógico, puesto que el objetivo de la educación inclusiva es trabajar sobre el fenómeno educativo en su totalidad, con la intención de que repercuta en un modelo social de Derechos Humanos.

2. Fundamentarla y centrarla en la persona y la ética, ya que no basta con transmitir conocimientos, es fundamental promover un cambio doctrinal e ideológico, en conexión con la diversidad, las personas con discapacidad y qué significa educar.
3. Garantizar un derecho fundamental, el derecho a la educación, un derecho que lleva implícito el derecho a la educación inclusiva.

Asimismo proponemos la siguiente definición de educación inclusiva: *“la educación inclusiva es un proceso pedagógico y ético, orientado al logro de una estructura social justa, lo que supone ofrecer a todas las personas sin distinción, un tratamiento educativo equitativo y adecuado a sus características personales de diversa índole, actuando así, conforme al derecho a la educación”* (Medina, 2017: 127).

III. VALORACIÓN DEL MARCO LEGAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA DE MEJORA DE LA CALIDAD EDUCATIVA DE 9 DE DICIEMBRE DE 2013.

Para poder señalar los principales obstáculos con los que nos encontramos es importante comprobar si en nuestro ordenamiento jurídico queda regulado el derecho a la educación inclusiva.

Está reconocido en el artículo 24 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (en adelante, Convención) y en el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, Texto Refundido). En ambas normativas se hace referencia expresa al derecho a la educación inclusiva, como derecho a la educación, ofreciendo garantías y seguridad para su puesta en práctica.

No obstante, aunque existe un reconocimiento legal hemos comprobado que se queda ahí, en un reconocimiento formal, pero vacío de contenido, ya que:

1. No existe una definición legal, no fija el legislador los presupuestos que han de concurrir, ni una orientación al menos de protocolo o procedimiento, que contribuyan a lograr su implementación real y efectiva.
2. Existe desconexión entre las normas del ámbito de discapacidad y las normas del ámbito educativo. Lo que nos lleva a no tener un mecanismo legal

coherente. Tenemos un sistema educativo que no garantiza un derecho y un marco legal que desconoce las bases de la pedagogía para aplicarlo. Y es que, estamos trabajando un mismo tema en planos distintos, en líneas paralelas que nunca van a coincidir. Y tenemos que trabajar en líneas perpendiculares, que coincidan como mínimo en un punto.

3. Además, esta situación se va plasmando en las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, etc., ofreciéndonos una jurisprudencia cuyos fallos no siempre son acertados, y que nos va a permitir encontrar ante una situación similar fallos distintos. Luego, la seguridad jurídica también está fallando en la configuración de este derecho fundamental.

Ante este panorama legislativo, apostamos por las siguientes líneas de actuación:

1. Articular y encajar la actual legislación en materia de educación y discapacidad configurando una estructura normativa coherente y garante.
2. Para ello es imprescindible aunar conocimientos pedagógicos y jurídicos que ofrezcan la unión de planos en un punto del que hablábamos anteriormente.
3. Es fundamental la obligatoriedad y el compromiso de todos los agentes implicados (políticos, profesionales del Derecho y de la educación, y sociedad en general) en la aplicación de este derecho hasta llevarlo a los hechos.

Centrándonos en las normas educativas podemos decir que la Ley Orgánica de Educación 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (en adelante, LOMCE) se muestra incoherente en sus planteamientos al analizar el desarrollo de su articulado, pues al tiempo que habla de calidad y equidad, insiste en la competitividad y la categorización del alumnado por distintos itinerarios. De manera que en términos generales, podemos resaltar su escasa apuesta por la inclusión.

Merece que nos detengamos en la LOMCE ya que estamos ante la Ley Orgánica que regula nuestro sistema educativo y no contempla la inclusión entre su articulado, más allá de su preámbulo. Así, la norma de referencia en el ámbito educativo nos sitúa ante uno de los mayores retos para la educación inclusiva real en nuestro país.

La Ley Orgánica que configura el sistema educativo español constituye en sí misma un obstáculo para conseguir la educación inclusiva, además de por no contemplarla expresamente en su articulado como hemos señalado, por los siguientes motivos:

1º) A pesar de ser una norma del año 2013, se promulgó sin contemplar las disposiciones de la Convención de obligado cumplimiento en nuestro país desde 2008. Lo que conlleva que:

1. Que en el ámbito educativo en general, se desconozca la existencia de la Convención.
2. Que el contenido de la Ley Orgánica no se ajuste, o lo que es peor, actúe en contra de la Convención.
3. Que no garantiza el derecho a la educación inclusiva en el sistema educativo español.

2º) Incurrir en una contradicción. Pues siendo una norma de mejora de la calidad educativa, tal y como refleja su propio título, defiende en sus preceptos cuestiones como: la competitividad, los resultados y la importancia de la medición y categorización del alumnado. Lo que provoca que, por un lado, que existan en el siglo XXI prácticas segregadoras y discriminatorias, y que se reconozca la calidad educativa al margen de la inclusión.

Sobre este aspecto concreto, el de la vinculación de calidad educativa e inclusión, consideramos oportuno recordar que en la doctrina se ha puesto de manifiesto la estrecha relación e interdependencia ambos conceptos. Así se concluyó en la Conferencia Internacional de Educación de Ginebra en 2008, al incidir en la necesidad de reconocer la educación inclusiva con la educación de calidad. Y también lo han manifestado diversos autores a lo largo de los años, (Carreras, 1997; Daniels y Garner, 1999; Stainback, Stainback y Moravec, 1999; Giné, 2001; Arnáiz, 2003).

3º) Con la LOMCE se introducen actuaciones que suponen un retroceso pedagógico y una dificultad añadida para los estudiantes con discapacidad. Nos referimos, al fomento del bilingüismo y las evaluaciones externas, más conocidas como reválidas. Pues en el caso del bilingüismo, su puesta en marcha no ha ido acompañada de apoyos, estructura y recursos, tanto humanos como materiales. Y junto a las reválidas, suponen una barrera más, la antesala a un camino de selección y clasificación del alumnado, estableciendo como indica la Ley trayectorias educativas según las capacidades.

¿Qué estrategia pedagógica proponemos en este caso? La solución pasa por configurar una ley educativa que contemple los preceptos de la inclusión a la luz de la Convención. Atender a las demandas de las personas con discapacidad, sus familias y

el movimiento asociativo. En el nivel pedagógico es imprescindible que la normativa educativa considere las tres P: presencia, participación y progreso del alumnado. En definitiva, se necesita lo más importante, voluntad política y coherencia legal.

IV. LOS PRINCIPALES DÉFICITS DEL SISTEMA EDUCATIVO PARA IMPLEMENTAR LA EDUCACIÓN INCLUSIVA: PROPUESTAS DE ESTRATEGIAS PEDAGÓGICAS INCLUSIVAS

1. La pedagogía como elemento fundamental para dotar de contenido al derecho a la educación inclusiva

Tal y como hemos reflejado a lo largo de este trabajo, existe un problema de partida que se traslada a todo el proceso de la educación inclusiva, impidiendo que se convierta en una realidad de nuestro sistema educativo. Se trata de la ausencia de la pedagogía en la normativa.

Como hemos podido comprobar, existe el reconocimiento formal al derecho a la educación inclusiva, pero este reconocimiento se encuentra vacío de contenido, pues necesita de las aportaciones y del respaldo de la pedagogía para convertirse en un derecho robusto e íntegro.

Por ello entendemos la necesidad de que Derecho y pedagogía confluyan y se complementen, pues es imprescindible a la hora de redactar y poner en marcha una normativa en materia de educación, que esta sea coherente con la realidad educativa, con los planteamientos pedagógicos que presupone y por supuesto congruente en sí misma a través de su articulado. Se deben aportar directrices y orientaciones que delimiten, en cierta medida, de qué hablamos cuando proclamamos un derecho, como en este caso, el derecho a la educación inclusiva. Lo que supone que del texto normativo emanen cuestiones o conceptos como: metodologías activas, diseño universal de aprendizaje, trabajo cooperativo, individualización, participación y un largo etcétera de nociones y concepciones pedagógicas que se refieren a la educación inclusiva.

2. Las medidas de atención a la diversidad contra las premisas de la inclusión

El motivo de considerar las medidas de atención a la diversidad una dificultad más para lograr la educación inclusiva en nuestro sistema de enseñanza, se deriva de la idea presentada por Martínez (2011) y que compartimos en su grado de reflexión, pues este cuestiona la idoneidad de dichas medidas, entendiéndolo, por un lado, que conforman vías

de inclusión insuficientes y por otro lado, que suponen cauces para nuevos procesos de exclusión. Para ello el autor argumenta que en muchos centros educativos existen múltiples y singulares maneras de incorporar tantas medidas de atención a la diversidad, que bien podrían valorarse como una vía y apuesta por una inclusión insuficiente. Sin embargo, es la incorporación generalizada de tantas medidas excepcionales de atención a la diversidad lo que lleva a plantearnos con mayor preocupación, que sea a través de estas, como paradójicamente se esté estableciendo dentro del sistema escolar único, diversas trayectorias escolares devaluadas, segregadas y paralelas, por las que se va derivando al alumnado más vulnerable hacia la exclusión, actuando así como barreras para el aprendizaje y la participación, según afirman Booth y Ainscow (2002).

Ante esto, debemos partir de una premisa básica y es la diversidad como una condición inherente al ser humano, la cual debemos respetar y tener en cuenta a la hora de aprender. Por tanto, en el proceso educativo encontraremos que los estudiantes pueden presentar diversidad de ideas, experiencias y actitudes; diversidad de estilos de aprendizaje; diversidad de ritmos; diversidad de intereses, motivaciones y diversidad de capacidades y de ritmos de desarrollo (Arnáiz, 1999). Una diversidad ante la que la escuela y más concretamente una escuela inclusiva tiene que atender y para ello debe desarrollar nuevas respuestas didácticas puesto que la diversidad no es cuestión de unos pocos sino que se refiere a cada uno de nuestros estudiantes.

El problema surge cuando esto no se contempla y las medidas para atender a la diversidad se ponen en marcha solo para esos pocos y se elude con ello la responsabilidad de producir un cambio y poner en marcha políticas preventivas y sistémicas destinadas a evitar dicha exclusión y a garantizar la educación inclusiva. Por ello estas mal llamadas medidas de atención a la diversidad, no atienden realmente a la diversidad, sino que suponen parches para mantener la estructura clásica y la hegemonía tradicional que impera en nuestro sistema educativo. Para aquellos que no estén de acuerdo con este planteamiento, una buena forma de valorar la “idoneidad” de tales medidas sería precisamente, analizarlas desde el punto de vista del efecto que tienen, no solo en términos académicos, sino personales, al considerar la valoración social que perciben e interiorizan aquellos estudiantes que las reciben.

Siguiendo por tanto con nuestra línea argumental, entendemos que las medidas de atención a la diversidad son contrarias a los planteamientos más básicos de la educación inclusiva, que se oponen a cualquier forma de segregación o a cualquier argumento que justifique la separación en el ejercicio de los derechos a la educación (Arnáiz, 2009).

Nuestra propuesta pedagógica para combatir este obstáculo pasa inevitablemente por la presencia del alumnado en el grupo ordinario y en segundo lugar se requiere

del cambio en la didáctica y el uso de metodologías activas como: el aprendizaje basado en proyectos, el diseño de tareas, la gamificación, la enseñanza multinivel y el diseño universal de aprendizaje entre otros. Todas estas metodologías activas, ayudan en el ajuste de la respuesta educativa a todo el alumnado, fomentan situaciones de ayuda mutua y trabajo colaborativo. En definitiva, se trata de metodologías que trabajan desde la inclusión.

3. La desnaturalización de la evaluación psicopedagógica

Echeíta y Calderón (2014) afirman que en sus orígenes el espíritu que animaba la evaluación psicopedagógica era el de ser una medida de garantía de equidad para que aquellas decisiones de acceso, curriculares u organizativas, no se tomaran de forma arbitraria o con poco fundamento sino todo lo contrario, con el respaldo del análisis psicopedagógico riguroso y experto que podían aportar los orientadores. Por tanto hay que admitir que su puesta en marcha significaba un progreso con respecto a los modelos médicos o de diagnóstico centrados en la categorización del alumnado tan arraigados en la profesión (Farrel, 2008).

Pero a pesar de la concepción en sus orígenes, lo cierto es que las prácticas derivadas de esa evaluación, como la etiqueta, la ruptura con el currículo, la derivación hacia agrupamientos o centros con diferentes grados de segregación, etc., conllevan un riesgo evidente de inequidad, marginación y discriminación (Martín y Mauri, 2011). Con lo cual, esta norma bien intencionada e innovadora, respecto a los modelos imperantes, no solo se ha ido pervirtiendo con el paso del tiempo, sino que a tenor del derecho a una educación inclusiva establecido en la Convención también resulta ya claramente inadecuada (Echeíta y Calderón, 2014).

Otra de las controversias y mala praxis que rodea a la evaluación psicopedagógica tiene que ver con la dotación de recursos, pues la asignación de programas específicos a los centros no depende de la evaluación de su eficacia anterior, sino de tener candidatos para solicitarlo, de ahí que el diagnóstico lleve consigo recursos extra, lo que puede tener un riesgo el hecho de sobre-diagnosticar estudiantes para conseguir el recurso específico. Así pues, cuando un centro tiene suficientes estudiantes con un perfil determinado, solicita el recurso, sin poner en marcha antes todas las medidas ordinarias posibles, de las que podrían beneficiarse todos (Arnáiz, 2009).

El reto en este sentido supone que este proceso se desarrolle teniendo en cuenta que, como indica Sala (2011), la evaluación psicopedagógica no es una tarea exclusiva del orientador, sino que es compartida, forzosamente, con los demás agentes

educativos tales como, el tutor y los profesores, que son quienes mejor evidencian las problemáticas del alumnado en el aula y deberán articular las respuestas educativas. Y, por otro lado, como las dificultades que manifiesta un alumno dependen de un entorno escolar, familiar y social concreto, tanto la familia como otros profesionales de servicios sanitarios, asistenciales, jurídicos o sociales tienen sus informaciones y aportaciones que hacer al proceso. Es por tanto necesario en este sentido precisos protocolos para la coordinación eficaz de actuaciones conjuntas. De ahí, que, con sentido constructivo, haya que superar el sentido excesivamente clínico, la unidireccionalidad y el enfoque del déficit en favor de su reorientación más contextualizada, participativa para que se convierta en una herramienta útil que aporte recursos y soluciones inclusivas.

4. El sistema de escolarización: el centro específico de educación especial

Para Parreño y De Araoz (2011) analizar con detalle la regulación del proceso de escolarización del alumnado, resulta de especial importancia a la hora de realizar una valoración del sistema educativo, tanto en relación a la Convención, como para identificar las principales barreras que existen a la hora de lograr una verdadera educación inclusiva.

Así pues, siguiendo las recomendaciones de estas autoras acudimos al artículo 74.1 de LOMCE, referido a la escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales (en adelante, nee) y nos encontramos que expone que: " (...) *siendo la escolarización de este alumnado en unidades o centros de educación especial solo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios*". Y extraemos dos conclusiones:

1. Contraviene a lo expuesto en la Convención en su artículo 24, que explicita el acceso incondicionado a una educación inclusiva, la cual establece que asegurarán los Estados parte.
2. Como veíamos en el apartado anterior, referido a la evaluación psicopedagógica, las "malas prácticas" a la que está sometida pueden suponer derivar a los estudiantes a una modalidad de escolarización segregadora, sin antes poner en marcha las medidas de atención ordinarias. A este respecto, la coordinadora de la Asociación para la Solidaridad Comunitaria (en adelante, SOLCOM), expone que el 90 por ciento de los niños que deberían recibir una educación inclusiva en colegios ordinarios no lo hacen y son desviados a centros de educación especial. Ante lo cual, los centros alegan falta de recursos y los

técnicos de la administración realizan unos informes psicopedagógicos con los que justifican que estos niños no están preparados para estudiar en un centro ordinario y los envían a uno especial.

3. Se actúa de forma contraria a los planteamientos europeos que establecen la transformación de los centros de educación especial en centros de recursos de apoyo a la inclusión, tal y como indica el informe elaborado por la Agencia Europea para el Desarrollo de la Educación Especial en 2003.

A este respecto, según indica Echeíta (2011), en España, al tiempo que se apoya al más alto nivel las declaraciones y principios propios de la educación inclusiva, se están aplicando normas y procedimientos de escolarización del alumnado con nee, que facilitan la segregación en centros de educación especial, contraviniendo las opciones inclusivas defendidas por sus padres ante los tribunales, sirva como ejemplo la Sentencia del 10/2014, de 27 de enero de 2014 del Tribunal Constitucional.

Existen argumentos de distinto signo que influyen en la permanencia de estos centros especiales. En primer lugar, aspectos negativos como la visión de logro, la cual preocupa a los que creen que un estudiante es superior a otro con base en la velocidad y a la cantidad del aprendizaje o la creencia tradicional con respecto al alumnado con discapacidad, de que requiere enseñanza especial y contextos especiales dentro de los cuales ser enseñados, pues es la más óptima (Bunch, 2008). Ante estos planteamientos investigaciones como la de Baker, Wang y Walberg en 1995 demuestran que la educación inclusiva es académicamente más eficaz y definitivamente más socialmente efectiva que la educación especial. Y es que el sistema educativo es mucho más que una herramienta para repartir conocimiento, es un agente de socialización clave, que redistribuye capital cultural, modelos de comportamiento, relaciones personales, vínculos, expectativas sobre la propia vida y la de quienes nos rodean (Taberner, 1999 en Ramos y Huete, 2016). De manera que la exclusión del sistema educativo puede traer consigo la exclusión de la sociedad, vinculando la discapacidad con la segregación (Díaz, 2010).

Desde el CERMI (2004) se considera inadecuado, que administrativamente se determine el modelo de educación de un niño con discapacidad y su escolarización, en función del grado de su deficiencia o subordinando el interés y mejor aprovechamiento de las capacidades del alumno a la existencia del mayor o menor número de recursos de los centros, de su accesibilidad, etc.

En definitiva, nosotros apelamos a la urgencia de eliminar el sistema de escolarización dual para apostar por la educación inclusiva de pleno. Y así lo entienden

desde los organismos internacionales, la Convención, en coherencia con aspectos como justicia y equidad, desde los que se impulsa la reconversión de los centros especiales. A pesar de que muchos gobiernos y profesionales educativos están atrapados por la necesidad de ser prácticos a expensas de los derechos humanos y de la justicia social (Bunch, 2008).

5. Las insuficiencias en el diseño, desarrollo e implementación curricular

Uno de los instrumentos básicos a la hora de plantearse cómo hacer realidad la inclusión es a través del enfoque, diseño y desarrollo del currículo escolar, pero tal y como indica Echeíta (2008) este puede constituirse como una barrera que dificulta la pertenencia, participación, así como la igualdad de oportunidades de aprendizaje. En este sentido, López (2012) señala que entre las barreras didácticas que dificultan la construcción de una escuela sin exclusiones se encuentra el currículum, concretamente, como indica Bunch (2008) el enfoque curricular de “talla única”, pues aunque supuso un excelente apoyo para el modelo de la educación especial, este tipo de currículo no se ajusta a las necesidades del sistema educativo actual y por ende no cumple con los preceptos de la educación inclusiva.

Esta idea del currículo como un obstáculo a la atención a la diversidad ya se planteaba desde hace años, cuando según Arnáiz (1999) para autores como Smith (1986) y Stainback, Stainback y Moravec (1991) la forma de actuar y entender el currículum ya se cuestionaba desde finales del siglo pasado argumentando lo siguiente:

1. Un currículo estandarizado no incluye la diversidad existente en las experiencias personales, la velocidad, los estilos e intereses de aprendizaje de todos los estudiantes.
2. Cuando el currículo está predefinido, los educadores comienzan con el currículo en vez de con el niño.
3. Los enfoques estandarizados del currículo y de su transmisión han demostrado ser aburridos, poco interesantes y carentes de significado para muchos estudiantes, ya tengan discapacidad o no.

Este proceso de cambio y mejora del sistema educativo cuyo epicentro es el modelo de inclusión, pasa inevitablemente por el cambio en el currículum como una de las estrategias básicas de organización para responder a las necesidades de todos

los estudiantes y para ello propone que este debe ser abierto y dinámico en función de las necesidades y flexible a los cambios sociales, metodológicos y estructurales. Un currículo que garantice el desarrollo de competencias necesarias para desenvolverse en la sociedad actual. Lo cual implica dejar atrás la imagen de las clases centradas en la enseñanza y para ello es necesario pasar de un currículum estándar y fragmentado en materias a un currículo diversificado, interdisciplinar y funcional. Diversificado, pues si sabemos que cada alumno aprende de forma diferente, es necesario producir cambios y variaciones en el mismo. Un currículo interdisciplinar, temático, que se adapte mucho mejor que las prácticas tradicionales, de manera que cuando el contenido del currículo se organiza de forma interdisciplinar es más significativo y estimula más a los estudiantes. De la misma forma es necesario un currículo funcional que ponga su mayor énfasis en que prepare para la vida y no sólo para las distintas etapas académicas, pues la noción de funcionalidad implica la utilidad de algo o la utilidad para algo.

Estos planteamientos que abogan por un currículo abierto, flexible, promotor de la igualdad y que valora la diversidad se enfrentan con el nuevo currículum que se está poniendo en marcha con la LOMCE, el cual combina un modelo conservador con un modelo basado en lo básico para conseguir habilidades y competencias para una economía competitiva (Martínez, 2014).

López (2012) considera que, lamentablemente, en la puesta en práctica de la cultura de la diversidad y el currículo, hay dos modos de entender esta puesta en práctica, dos concepciones contrapuestas y enfrentadas. Una es la de aquellos profesionales que defienden la idea de que la escuela ha de ofrecer un currículo único y otra, la de los que piensan que el currículo ha de ser doble. O sea, currículo ordinario versus currículo especial. Mantener este discurso de la dualidad curricular es un problema ideológico, porque lo que se oculta es la no aceptación de la diversidad y la perpetuación de las desigualdades entre el alumnado, marcando que estas son insalvables y aunque compartan autobús, mesa, silla y aula con sus compañeros sigue un currículo diferente y a veces hasta opuesto.

En definitiva, debemos avanzar hacia el cambio en el diseño, desarrollo e implementación curricular para en primer lugar, evitar la exclusión interna o zonas de discriminación que menciona Young (2000) y que suponen estar juntos en la misma clase, pero separados por el currículo. En segundo lugar, progresar en la idea de currículum adaptado del modelo de integración y lograr el currículum común para todos que defiende el modelo de inclusión (Pijl, 2009). Y en tercer y último lugar, erradicar la concepción que une las dificultades de aprendizaje a las personas y no al currículum (López, 2010).

6. La deficiente formación del profesorado

Uno de los motivos por los que precisamente proliferan las medidas y organizaciones especiales y en consecuencia, se conforma una barrera para la inclusión es el profesorado. La labor docente ha sido considerada tradicionalmente como la aplicación de una serie de rutinas dirigidas al alumnado “normal”, de manera que la mayoría del profesorado no se siente preparado para hacerse cargo de los “especiales” y una de las consecuencias es que cada vez son más el número de estudiantes derivados hacia programas de recuperación o de educación especial (Darling-Hammond, 2001).

La causa fundamental de que esto ocurra son los insuficientes conocimientos del profesorado, que muy al contrario de lo que ocurre en la mayoría de los casos, deberían aprovechar la existencia de estos estudiantes como una oportunidad de mejora y de innovación en su actividad docente, que han de beneficiar a todo el grupo (Cardona y Chiner, 2006).

Ante esta situación es evidente que para lograr el modelo educativo inclusivo la profesión docente debe sufrir una remodelación atendiendo a una serie de aspectos en los términos que a continuación detallamos.

En primer lugar, en la formación inicial. Según López (2012) la inadecuada o insuficiente preparación del profesorado, a la que debe responsabilizarse a las Universidades, es clave para que sean capaces de trabajar con estudiantes diversos y desarrollar en aquellos habilidades con las que responder ante los diferentes estilos de aprendizaje y las diferentes necesidades educativas. Y es que un profesorado bien formado en sus inicios, con un fundamento multidisciplinar, es la mejor garantía para el desarrollo adecuado de la inclusión educativa.

Obtenida esa base formativa inicial, es fundamental contemplar la formación continua y permanente (Gisbert y Giné, 2011). El profesorado debe convertirse como denominó Giroux (1997) en un intelectual transformativo. De manera que se vuelve necesario, tal y como indica Parrilla (2003), forjar una nueva identidad docente: competente pedagógicamente, capaz de investigar y reflexionar sobre la práctica con otros profesores y consciente de las facetas sociales y morales de su profesión. En definitiva, un cuerpo profesional educativo comprometido con la lucha por la creación de una escuela para todas las personas.

Y es que ese compromiso es imprescindible para el logro de la educación inclusiva, pues aunque parezca sencillo su planteamiento de base, orientado al respeto por el derecho a la educación que tienen las personas, más allá de sus limitaciones.

Su desarrollo implica profesionales preparados y que crean en la inclusión (Fuente, 2008), pues para Alemañy (2009) es fundamental que los docentes compartan los principios de la educación inclusiva y tengan una visión y una actitud positiva acerca de la misma. Estos planteamientos dirigidos a las actitudes y creencias coinciden con los resultados empíricos de nuestra investigación (Medina, 2017) que dan un paso más en este sentido, al concluir uno de los modelos causales, que para lograr un sistema educativo inclusivo el principal elemento que se necesita es el conocimiento en materia de inclusión.

Atendiendo a las actitudes, nuestra teoría es que esta se verá modificada si mejora el sentimiento de competencia profesional, ya que si el profesorado se siente poco capacitado tenderá a desarrollar expectativas negativas hacia sus estudiantes, lo que conllevará menos oportunidades de interacción y menos atención; cosa que acabará comportando fracaso y confirmación de la expectativa (Marchesi, 2001). De manera que es fundamental que el profesorado sienta confianza y seguridad en su desempeño profesional.

En definitiva, los profesionales educativos deben entender la inclusión educativa como la preocupación por un aprendizaje y un rendimiento escolar de calidad y exigente con las capacidades de cada estudiante. Así, han de contar con conocimientos variados de diferentes disciplinas que les permitan comprender, asumir, planificar, justificar y reflexionar sobre sus propias prácticas y formas de actuar (Pérez, 2010). Y, por otro lado, tener interés de sacar lo máximo posible de cada uno, pues es crucial para atender a la diversidad y en particular a los estudiantes que se encuentran en situación de desventaja (Escudero, 2012). En definitiva, progresar hacia un modelo de educación inclusiva conlleva un nuevo rol docente, en el que como indican los resultados obtenidos de nuestra tesis doctoral (Medina, 2017), no basta con tener conocimiento sobre discapacidad, hay que conocer sobre inclusión.

7. La irregularidad en el desarrollo del tránsito educativo: una barrera para el acceso a etapas educativas superiores universitarias

El derecho a la educación inclusiva para los estudiantes con discapacidad no termina cuando finalizan las enseñanzas medias, pues este derecho acoge a todo el sistema educativo en su totalidad. Analizando el tránsito por todas las etapas educativas hemos detectado un déficit en el tránsito a estudios superiores universitarios, lo que supone un problema para el logro de la educación inclusiva en los sistemas educativos superiores universitarios. Y es que está previsto en las leyes educativas cómo trabajar el cambio en todas las etapas educativas, excepto en la universitaria.

Suponiendo el acceso de los estudiantes con discapacidad a los estudios superiores una dificultad añadida originada por la desinformación, la desorientación, los prejuicios y el miedo. Cuestiones que llevan a los estudiantes a una situación de indefensión aprendida y zona de confort que supone en muchas ocasiones, que un gran número de estudiantes con discapacidad encuentren en la formación profesional la alternativa menos mala y más segura para continuar su formación, convirtiéndose esta opción académica en un bucle que es difícil romper. Esta circunstancia sumada al vacío legal y de actuaciones específicas, supone en muchas ocasiones el abandono escolar de los estudiantes con discapacidad o la obtención de una cualificación profesional inferior a sus posibilidades reales.

De la revisión y análisis de la normativa educativa podemos señalar que en términos generales tanto la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE) como la LOMCE solo establecen pequeñas orientaciones sobre cómo articular este proceso. Sirva como muestra lo expuesto en el artículo 3.1: *“El Sistema educativo se organiza en etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza de forma que asegure la transición entre los mismos y, en su caso, dentro de cada uno de ellos”*.

En lo que se refiere a los estudiantes con discapacidad y el cambio de etapa educativa, la normativa es bastante insuficiente, pues solo aborda dos aspectos muy concretos: la necesidad de adaptar las evaluaciones y asegurar los recursos para el logro de los objetivos previstos.

Si por el contrario nos centramos en la normativa en materia de discapacidad, concretamente con la Convención. Nos encontramos lo siguiente:

–El artículo 24.5 de la Convención establece que: *“Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior (...) sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás”*.

–El artículo 24.2.e): *“Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva”*.

–Y el artículo 24.2.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”*.

De manera específica el informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del 2 de septiembre de 2016, analiza el estado de la situación

y manifiesta la necesidad de realizar transiciones efectivas, lo que supone recibir los apoyos para asegurar un tránsito adecuado desde el aprendizaje escolar hasta la formación superior y su incorporación al entorno laboral.

Por su parte, el Texto Refundido establece lo siguiente:

–Artículo 18.2: *“Corresponde a las administraciones educativas asegurar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles educativos (...), 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”.*

Así pues, tras el análisis de la legislación educativa y en materia de discapacidad, podemos observar que desde el marco normativo solo se establecen pequeñas orientaciones sobre cómo articular este proceso. De manera que la ausencia de directrices o aclaración de procedimientos que marque un protocolo que garantice el éxito en este cambio de etapas, puede provocar que el alumnado con discapacidad, viva esta etapa con inestabilidad e incertidumbre, generando con ello bajos rendimientos académicos e incluso como es nuestra propuesta y venimos reiterando, motivos de abandono escolar o una deficiente orientación vocacional y profesional.

Pero ¿qué dice la doctrina sobre esta cuestión?, ¿cuál es la opinión de los diferentes teóricos sobre este tema? Para (Calvo y Manteca, 2016) el cambio de etapa educativa implica en el alumnado cambio de centro, de grupo, de compañeros e incluso de contexto ambiental, pudiendo todos estos factores interferir en el proceso de enseñanza y aprendizaje, que, aunque dinámico y evolutivo requiere una continuidad, un progreso coherente y sin rupturas. Se considera el tránsito entre etapas un fenómeno fundamental e importante para la mayoría de nuestro alumnado que en muchas ocasiones puede ser el desencadenante de inferiores rendimientos académicos, fracaso escolar, dificultades de integración y problemas de conducta. Durante el proceso de tránsito educativo, se producen una serie de cambios en el contexto en el que se desenvolverá su vida cotidiana (Valls, 2003) así como, el enfrentarse con las divisiones existentes en el sistema educativo: centros diferentes, currículos distintos, en definitiva, culturas profesionales que deben conocerse mutuamente para integrarse (Sacristán, 1996).

Si a estas opiniones generales, que revelan la importancia del desarrollo de un tránsito adecuado entre etapas le añadimos las especiales circunstancias de los estudiantes con discapacidad, obtenemos las siguientes consideraciones del movimiento asociativo. Pues según nos plantea el CERMI (2010) es importante promover la coor-

dinación del profesorado que imparte los diferentes niveles y la adecuada orientación psicopedagógica con objeto de posibilitar el tránsito del alumnado con discapacidad entre las distintas etapas educativas.

Todas estas cuestiones que refleja el desarrollo bibliográfico sobre el tránsito, no son ajenas al acceso al ámbito universitario, en el cual Dorio, Figuera y Torrado (2001: 350; 351) advierten que: *“la transición a la Universidad es un proceso complejo que conlleva para los estudiantes múltiples y significativos cambios personales y vitales (...) El efecto de estos cambios, que son producidos en buena medida por la discontinuidad de ambientes educativos entre los subsistemas de formación secundaria y universitaria, se ha visto hoy incrementado por el sentimiento de desinformación o conjunto de estereotipos sobre la vida universitaria, no siempre bien fundamentados”*.

Así pues, con todo lo dicho entendemos que queda justificada la existencia de un déficit que impide que se garantice el acceso de los estudiantes con discapacidad a las enseñanzas superiores universitarias conforme a los preceptos de la inclusión educativa a los que debe responder todo el sistema educativo español.

V. CONCLUSIONES

Para concluir queremos enfatizar en algunos de los aspectos que a nuestro criterio se deben poner de manifiesto cuando hablamos del derecho a la educación inclusiva:

1. La EDUCACIÓN INCLUSIVA es el modelo idóneo para ofrecer una educación de CALIDAD a todas las personas. Dicha calidad comprende aspectos como: justicia y equidad, resultados y rendimiento, interés y motivación, valor por la diversidad. NO HAY CALIDAD SIN INCLUSIÓN.

2. Se debe ofrecer una imagen real, fiel y objetiva de las personas con discapacidad, eliminando prejuicios, recelos, piedad o sensiblería a personas de pleno derecho. Para ello es necesaria una cualificación del profesorado y de todos los agentes educativos (psicólogos, pedagogos, terapeutas, y hasta los políticos). SIN FORMACIÓN NO HAY INCLUSIÓN.

3. Como profesionales del ámbito jurídico y pedagógico es necesario trabajar en el cambio del modelo educativo tradicional (su currículum, su estructura y su didáctica). De manera que se deseche el principio de actuación que entiende, por sistema, que atender a la diversidad consiste en separar. Y aclarar de una vez por

todas que integración no es inclusión. SIN TRANSFORMACIÓN DEL MODELO EDUCATIVO NO HAY INCLUSIÓN.

4. Es urgente, imprescindible cumplir con la obligación de adaptar las normas básicas en materia de educación a la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad. Ofreciendo respaldo y garantía a este derecho fundamental. Es necesaria una buena regulación legal y un buen régimen jurídico para evitar que sea la jurisprudencia la que vaya resolviendo puntual los distintos problemas. SIN EDUCACIÓN INCLUSIVA NO HAY DERECHO A LA EDUCACIÓN.

BIBLIOGRAFÍA

AINSCOW, M., FARRELL, P. & TWEDDLE, D.: “Developing policies for inclusive education: a study of the role of local education authorities”, *International Journal of Inclusive Education*, vol. 4, nº 3, 2000, pp. 211-229.

ALEMANY MARTÍNEZ, C.: “Integración e Inclusión: Dos Caminos Diferenciados en el Entorno Educativo. Educación y Sociedad”. *Cuadernos de Educación y Desarrollo. Universidad de Málaga-EUMED. net*, vol. 1, nº 2. 2009.

ARNÁIZ, P.: *Curriculum y atención a la diversidad*. Universidad de Murcia. España: Editorial Universidad de Murcia. 1999.

ARNÁIZ, P.: *Educación inclusiva: una escuela para todos*. Málaga, España: Aljibe. 2003.

ARNÁIZ, P.: “Análisis de las medidas de atención a la diversidad en la Educación Secundaria Obligatoria”, *Revista de Educación*, vol. 349, 2009, pp. 203-223.

BAKER, E. T.; WANG, M. C. & WALBERG, H. J.: “The effects of inclusion on learning”, *Educational Leadership*, vol. 52, nº 4, 1995, pp. 33-34.

BOOTH, T., & AINSCOW, M.: *Guía para la evaluación y mejora de la educación inclusiva:=(Index for inclusion): desarrollando el aprendizaje y la participación en los centros educativos*. Universidad Autónoma de Madrid. 2002.

BUNCH, G.: “Claves para una educación inclusiva exitosa”, *Revista de Educación Inclusiva*, vol. 1, 2008, pp. 77-89.

- CALVO SALVADOR, A., & MANTECA CAYÓN, F.: “Barreras y ayudas percibidas por los estudiantes en la transición entre la educación primaria y secundaria”, *REICE. Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*. 2016.
- CARDONA, M. C., & CHINER, E.: “Uso y efectividad de las adaptaciones instructivas en aulas inclusivas: un estudio de las percepciones y necesidades formativas del profesorado”, *Bordón: Revista de Orientación Pedagógica*, vol. 58, nº 3, 2006, pp. 287-306.
- CARRERAS, J. S.: “Aproximación a la diversidad: algunas consideraciones teóricas”, en *La diversidad y la diferencia en la educación secundaria obligatoria: retos educativos para el siglo XXI* Ediciones Aljibe. 1997, pp. 19-36.
- Comité Español de Representantes de Personas con discapacidad CERMI (2010): *Manifiesto del CERMI Estatal con motivo del día Internacional y Europeo de las personas con discapacidad. Por una educación inclusiva real y efectiva*. Recuperado de: boletin.cermi.es/render.aspx?fichero=625
- Cermi.es (2004). *Atención educativa a las personas con discapacidad*. Documentos CERMI. Nº 8. Recuperado de: <http://www.cermiasturias.org/fotos/8LibroCERMI8.pdf>.
- DARLING-HAMMOND, L., & MUÑOZ, J. M. E.: *El derecho de aprender: Crear buenas escuelas para todos*. Ariel. 2001.
- DANIELS, H., & GARNER, P.: *Inclusive education*. Psychology Press. 1999.
- DÍAZ, E.: “Ciudadanía, identidad y exclusión social de las personas con discapacidad”. *Política y Sociedad*, Vol. 47, nº 1, 2010, pp. 115-135. En Ramos Feijóo, C., & Huete García, A. (2016). *La educación inclusiva, ¿un bien necesario o una asignatura pendiente?*
- DORIO, I., FIGUERA, P., & TORRADO, M.: La transición a la Universidad: perfiles diferenciales por áreas disciplinares, en *X Congreso Nacional de Modelos de Investigación Educativa*. 2001, pp. 705-710.
- DYSON, A., & MILLWARD, A.: *Schools and special NEEDs: Issues of innovation and inclusion*. Sage. 2000.
- ECHEÍTA, G.: “Inclusión y exclusión educativa. Voz y quebranto”, *REICE - Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 6, nº 2, 2008, pp. 9-18.

- ECHEÍTA, G.: “El proceso de inclusión educativa en España. ¡Quien bien te quiere te hará llorar!”, *CEE Participación Educativa*, vol. 18, 2011, pp. 117-128.
- ECHEÍTA, G., & CALDERÓN ALMENDROS, I.: *Obstáculos a la inclusión: cuestionando concepciones y prácticas sobre la evaluación psicopedagógica*. Barcelona Inclusiva 2014 International Congress. Barcelona. 2014.
- ELBOJ, C., PUIGDELLIVOL, I., SOLER, M., & VALLS, R.: *Comunidades de Aprendizaje*. Barcelona, España: Graó. 2002.
- ESCUADERO, J. M. (2012): “La educación inclusiva, una cuestión de derecho”, *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, nº 2, 2012, pp. 109-128.
- FARRELL, J. P.: “Can Educational Psychologist be inclusive?” en P. Hick, R. Kershner y P. Farrel (2000) *Psychology of inclusive education*. Abington, UK: Routledge. 2008, pp. 117-126.
- FUENTE, A. V.: “A vueltas con la educación inclusiva: lo uno y lo diverso”, *Revista Educación Inclusiva*, vol. 1, 2008, pp.119-139.
- GARCÍA, A.: La educación inclusiva, ¿un bien necesario o una asignatura pendiente? 2016.
- GINÉ I GINÉ, C.: “Inclusión y sistema educativo”. Ponencia presentada en el III Congreso *La atención a la diversidad en el sistema educativo*, Universidad de Salamanca, Salamanca. 2001.
- GIROUX, H.: *Los profesores como intelectuales transformativos* [versión electrónica]. Ediciones Paidós. 1997. Recuperado de: http://www.terras.edu.ar/biblioteca/11/11DID_Giroux_Unidad_3.pdf.
- GISBERT, D. D., & GINÉ I GINÉ, C. G.: “La formación del profesorado para la educación inclusiva: Un proceso de desarrollo profesional y de mejora de los centros para atender la diversidad”, *Revista Latinoamericana de educación inclusiva*, vol. 5, nº 2, 2011, pp. 153-170.
- Informe del Comité de Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Recuperado de: <http://www.fundaciogerard.org/?p=2812>
- LÓPEZ, J. L.: “Facilitadores de la inclusión”, *Revista de Educación inclusiva*, vol. 5, nº 1, 2012, pp. 175-188.

- MARCHESI, A.: “La práctica de las escuelas inclusivas”, en A. Marchesi, C. Coll y J. Palacios (Comp.). *Desarrollo psicológico y educación. 3. Trastornos del desarrollo y necesidades educativas especiales*. Madrid, España: Alianza. 2001.
- MARTÍN, E., & MAURI, T.: “La atención a la diversidad en la escuela inclusiva”, en E. Martín y T. Mauri (Coords.). *Orientación educativa, atención a la diversidad y educación inclusiva en la educación* (pp. 29-49). Barcelona: Graó. Colección Educación secundaria. N. 15, 2011.
- MARTÍNEZ, T. L.: *Técnicas de análisis de datos en investigación de mercados*. Madrid, España. Ediciones Pirámide. 2014.
- MARTÍNEZ, B.: “Las medidas de respuesta a la diversidad: posibilidades y límites para la inclusión escolar y social”, *Profesorado, revista de curriculum y formación del profesorado*, vol. 1, nº 1, 2011, pp. 1-31.
- MEDINA, M.: *La educación inclusiva como mecanismo de garantía de la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad. Una propuesta de estrategias pedagógicas inclusivas*. (Tesis Doctoral). Universidad de Jaén, España, 2017.
- Necesidades educativas especiales en Europa* (2013). Recuperado de: www.european-agency.org
- NILHOLM, C.: “Special education, inclusion and democracy”, *European Journal of Special NEEs Education*, vol. 2, nº 4, 2006, pp. 431-446.
- PARREÑO, M. J., DE ARAOZ, I.: *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación educativa española*. CERMI, 2011.
- PARRILLA, A.: “Acerca del origen y sentido de la Educación Inclusiva”, *Revista de Educación*, vol. 327, 2002, pp. 11-32.
- PARRILLA, A.: “La voz de la experiencia: la colaboración como estrategia de inclusión”, *Aula de Innovación Educativa*, vol. 121, 2003, pp. 43-48.
- PÉREZ GÓMEZ, A. “La naturaleza del conocimiento práctico y sus implicaciones en la formación de docentes”, *Infancia y Aprendizaje*, vol. 33, nº 2, 2010, pp. 171-177.

- PIJL, S. J., & FRISSEN, P. H.: “What policymakers can do to make education inclusive”, *Educational Management Administration & Leadership*, vol. 37, nº 3, 2009, pp. 366-377.
- SACRISTÁN, J. G.: *La transición a la educación secundaria: discontinuidades en las culturas escolares*. Morata, 1996.
- SALA SIVERA, J. M.: *Para qué la evaluación psicopedagógica*. Ponencia marco de la Jornada sobre “Evaluación Psicopedagógica en Infantil y Primaria y su aplicación en la ATDP”. Valladolid: Escuelas Católicas, Castilla y León. 2011.
- SMITH, F.: *Insult to Intelligence*. New York, USA: Arbor House. 1986.
- STAINBACK, W.; STAINBACK, S.; MORAVEC, J.: *Un currículo para crear aulas inclusivas*, en Stainback, S., & Stainback, W. (Ed.): *Aulas inclusivas*. Madrid, España: Narcea, 1999, pp. 83-101.
- SOLCOM (2013): *Informe SOLCOM*. Recuperado de: http://sid.usal.es/idocs/autonomia_personal/num9/autonomia_personal9.pdf
- TABERNER, J.: *Sociología y educación. Funciones del sistema educativo en las sociedades modernas*. Madrid: Tecnos. 1999.
- TORRES, J. A.: “Pasado, presente y futuro de la atención a las necesidades educativas especiales: Hacia una educación inclusiva”, *Perspectiva Educativa*, vol. 49, nº 1 2010, pp. 62-113.
- UNESCO (2005): *Educación para todos. El imperativo de la calidad*. Paris: UNESCO.
- UNESCO (2008): *La Educación inclusiva: el camino hacia el futuro*. Ginebra: UNESCO.
- VALLS, G.: “La transición de Primaria a Secundaria”, *Cuadernos de Pedagogía*, vol. 327, 2003, pp. 64-66.
- YOUNG, I. M.: *Inclusion and democracy*, Oxford, UK: Oxford University Press. 2000.
- Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación en Andalucía.

Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Instrumento de ratificación por España de 23 de noviembre de 2007.

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

Sentencia número 10/2014, de 27 de enero de 2014 del Tribunal Constitucional.

Susana Montáñez Heredia

Abogada.

Coordinadora de Discapacidad y Dependencia del Ilustre Colegio de Abogados de Granada

EL DERECHO A LA AUTONOMÍA PERSONAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

SUMARIO: Resumen. –I. Introducción-Justificación del tema. –II. Valoración del actual marco normativo. –III. Propuestas para garantizar la autonomía personal de las personas con discapacidad y en situación de dependencia. 1. Regulación de la Gestión de Apoyos. Especial referencia a la Asistencia Personal. 2. Hacia un nuevo procedimiento unificado de reconocimiento de discapacidad y dependencia. 2.1. La jurisdicción social competente en materia de dependencia. 2.2. Nueva vía de resolución de conflictos: Junta Arbitral. –IV. Conclusiones. –V. Referencias bibliográficas, normativas y jurisprudenciales.

*Para participar, hay que poder acceder y para llegar al final,
hay que tener la posibilidad de hacerlo.
Sin ello, el derecho deviene vacío y sin sentido.*

RESUMEN

El presente artículo, tiene por principal objetivo poner en conexión “discapacidad” y “dependencia” a través del derecho de la autonomía de la voluntad. Pondremos de manifiesto el “olvido” del Sistema para la Autonomía y atención a la Dependencia (en adelante SAAD) por fomentar de forma eficaz y real la autonomía personal.

Analizaremos la situación tras los diez años de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada en Nueva York el 3 de diciembre de 2007 (en adelante CIDPD) junto con los de la Ley de Autonomía Personal y Atención a la dependencia de 39/2006 de 14 de diciembre (en adelante LAAD). Plantearemos las bases para el necesario cambio hacia un procedimiento unificado en el reconocimiento de la discapacidad y la situación de dependencia¹ que facilite la articulación de un solo sistema de intervención. Así como para el necesario cambio competencial jurisdiccional, en favor de la jurisdicción social.

I. INTRODUCCIÓN-JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Si algo se ha ido asentado, desde la CIDPD durante sus 10 años de vigencia, es el cambio de paradigma que supuso el modelo social de la discapacidad. Décimo aniversario, lo es también, de la LAAD que –con un día posterior a la norma internacional– proclama en su artículo 1.1², el reconocimiento de un nuevo derecho subjetivo con un contenido mínimo y común de derechos. Podemos decir que, ciertamente, lo que se ha ido generando, ha sido una aplicación desigual y progresiva en el territorio nacional que, administrativamente, se ha ido relegando en aras a la crisis económica padecidas y, competencialmente, se han manifestado en diferencias de grados, servicios y prestaciones reconocidas a escala estatal, autonómico y local. Ante esta situación, es importante analizar la doble vertiente de ambas normativas, una desarrollada en el ámbito de los derechos humanos y, la otra dependiente en lo económico y en lo asistencial del ámbito presupuestario.

En este sentido, el reforzamiento de esta teoría, ha sido recientemente analizada por el Comité encargado de velar por el cumplimiento de la Convención³.

¹ El uso de la frase “*personas con discapacidad y en situación de dependencia*”, se refiere a lo largo del artículo, a esos dos grupos de diferentes colectivos.

² 1.1 “*La presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español*”.

³ *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2016*. El CERMI ha aprobado el “Informe de Derechos Humanos y Discapacidad, España 2016”, documento que examina críticamente el estado de situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en España en el año 2016, con arreglo al marco de exigencias de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, vigente en España desde el año 2008.

En el informe del año 2016, se realiza desde los ámbitos del asociacionismo, de la defensoría del pueblo, ámbito político y parlamentario, ámbito institucional, diálogo social, académico, etc.

En relación con el tema que nos ocupa, sobre el artículo 19 de la Convención, el CERMI considera un fracaso el desarrollo de la LAAD⁴; la falta de adaptación de las viviendas de las personas con movilidad reducida, instando de nuevo la reforma de la LPH al respecto⁵; y por último reitera la necesidad de jurisdicción social como competente en la materia que nos ocupa y, que ya va dando algunos frutos como se verá, más adelante, en esta publicación.

Con este informe, el CERMI, que bien podría denominarse actualmente comité español de representantes de movimientos inclusivos, basa el tratamiento de la materia en la consideración de los derechos humanos y ese, pienso, debe ser el camino a seguir.

Actualmente, al realizar análisis de los textos normativos decenarios que regulan la discapacidad y la dependencia, es necesario tener perspectiva. En ella, prima el análisis desde el punto de vista de varios factores: el médico asistencial, el participativo de un valioso tercer sector, el político, el económico, el competencial, que recaen sobre el reconocimiento a las prestaciones y servicios para las personas con discapacidad y en situación de dependencia.

Pero es necesario, además, dar un paso adelante siendo primordial añadir otra variable a este escenario que ha sido olvidada de manera clara, esto es, la Autonomía Personal. Principalmente, porque es puerta necesaria para abrir todas las demás y porque, considero, para que los derechos puedan ejercitarse, lo primero es, garantizar su defensa. Así, es importante recordar la referencia a la autonomía tanto en la CIDPD como en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante TRLGDPD). Así, la CIDPD determina en el Preámbulo, *“letra n), que los Estados reconocen la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”*. Continúa el texto internacional, regulando en su artículo 3 los principios sobre los que se asienta la regulación, concretando en el apartado *“a) El respecto de la dignidad inherente, la autonomía*

⁴ Op. 38.

⁵ Op. cit. 39 <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=7495>.

individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas". El artículo 16, de la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, dice en el punto 4: *"Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar; la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad"*. En el artículo 25, sobre el derecho a la salud, vuelve a hablar en el apartado d) del concepto de autonomía⁶.

Nuestra normativa, por su parte, proclama en el capítulo III Autonomía de las personas con discapacidad, concretamente, en el artículo 6, que lleva por rúbrica *"Respeto a la autonomía de las personas con discapacidad. 1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones. 2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles. En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones"*.

Sujeto y objeto de este escrito, van a ser sendos colectivos, como dos corrientes alternas que tenderán, de manera natural, a fundirse en un solo caudal para desembocar en un buen puerto con dos puntos de partida: La necesidad de reintegrar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y en situación de dependencia.

Un primer paso necesario sería la creación de un solo procedimiento donde se determine una u otra situación, otorgando una sola tarjeta identificativa, donde se

⁶ *"d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado"*.

valoren las situaciones externas al domicilio como actividades básicas de la vida diaria (en adelante ABVD), esto es, el uso transporte público, acceso lugares públicos, al centro y al puesto de trabajo, al ocio, etc.⁷

En relación al ámbito subjetivo de la Convención es necesario aclarar algo que, a menudo se escapa y es cuando dice en su artículo 1: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Se puede entender, pues, un concepto social de la discapacidad, hace más ampliable el campo de actuación frente al concepto legal para ser sujeto de acciones positivas y que radica en el porcentaje igual o mayor del 33 % reconocido legalmente que, en todo caso, lo serán a tales efectos⁸. Por tanto, es importante recordar que personas con discapacidad, legalmente también, lo son aquellas cuyo porcentaje no llegue al 33 % reconocido, siendo, eso sí, las que lo igualen y superen, las que pueden ser objeto de beneficios varios.

En España, un día después de la Convención, se publicaba la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia. El artículo 1, como objeto de la ley, establece la regulación de *“...condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, mediante la creación de un Sistema...”* A diferencia de la CIDPD, en su artículo 2.2, la Ley entiende por dependencia *“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades*

⁷ Estas actividades “de exterior al domicilio”, nunca son tenidas en cuenta en la valoración de las personas.

⁸ Artículo 4. *“Titulares de los derechos. 1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. 2. Además de lo establecido en el apartado anterior; y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”*.

básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal". ¿Nos quiere decir el legislador que no tienen derecho a autonomía personal personas con otras discapacidades?, ¿o las refiere para estos casos, como referencia de lo que hay que seguir haciendo?

En el denostado recorte a los presupuestos y, por ende a los derechos, que supuso el Real Decreto-ley 12/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, surgió algo impensablemente positivo y fue la modificación del artículo 19 de la Ley 39/2006, extendiendo la prestación de asistencia personal a todos los grados, indicándose que *"La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados"*⁹. Este precepto ha sido, realmente olvidado, desde el origen.

Es evidente, que la Ley adopta un concepto de situación de dependencia centrado únicamente en las limitaciones de la persona, que olvida totalmente las restricciones sociales que intervienen igualmente en la situación de dependencia, y en consecuencia, ignora la interacción entre ambos factores, a la que alude claramente la Convención¹⁰.

Tras diez años, se puede concluir, que el desarrollo de la Ley ha generado múltiples asimetrías de primer, segundo, y tercer grado. De primer grado entre la promoción de la autonomía, por inexistente; de segundo grado, tras el reconocimiento de la situación de la dependencia por diversa, escasa y desigual en el territorio nacional y, de tercer grado, en la atención a las mismas con prestaciones y servicios con un catálogo de carácter eminentemente asistencialista, centrado en la atención y el cuidado, y alejado del derecho subjetivo que promueve la autonomía personal. Entendemos, por tanto, que hay una gran diferencia entre considerar a la persona beneficiaria de alguna prestación o servicio –que supone la suma de los requisitos formales para ello– y la consideración como sujetos de derechos humanos que supone garantía de protección y salvaguarda por parte de los Estados.

En este análisis de ambas normativas, es fácil vislumbrar el avance que la realización de los derechos humanos tiene con la CIDPD en donde, el concepto de

⁹ Precepto olvidado desde el origen.

¹⁰ (De Asís y Barranco, 2010).

individualidad se amplia, donde se reconocen y respetan las diferencias bajo un paraguas de globalización de la dignidad humana. Es un ejercicio de normalización y universalización de los derechos que está por encima de los gobiernos y es en este punto en el que, considero, está su garantía.

Quizás, tras los diez años de sendas normativas, ha de seguir vigente, y con más fuerza, el desafío del lema: “Nada para nosotros sin nosotros”.

II. VALORACIÓN DEL ACTUAL MARCO NORMATIVO

Cuando nos referimos a la adquisición progresiva de la autonomía personal, estamos proponiendo que la intervención, como mínimo, debe estructurarse, en pro de la persona, sobre la base de estos pilares:

- Capacidad de reflexión o toma de conciencia de uno mismo.
- Capacidad de autodeterminación o toma de decisiones en libertad.
- Accesibilidad Universal para la participación plena y efectiva.

Normativamente, la aparición de textos especializadas, ha ido en aumento, pero ¿Realmente se ha avanzado hacia la Autonomía de la persona? ¿En personas con discapacidad y en situación de dependencia?

El hecho de que nos estemos haciendo esta pregunta tras 10 años de dos normas tan importantes e innovadoras en su momento, significa que aún queda mucho camino por recorrer. Especialmente importante son los siguientes temas esenciales y básicos para todas las personas, y negados o reducidos para las personas con discapacidad o en situación de dependencia: lo es la accesibilidad universal del artículo 9 CIDPD, el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad del artículo 19 CIDPD, destacando la figura del asistente personal y otros servicios de apoyo para facilitar la inclusión en la sociedad, el derecho a vivir de forma independiente. Tener derecho a la movilidad personal como reconoce el artículo 20 CIDPD, gozar de la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte del artículo 30, etc.

Especialmente gravoso, es el sesgo reiterado del derecho de participación en la vida política y pública que se consagra en el artículo 29 CIDPD y que se ha venido produciendo de manera “industrializada” en las sentencias “incapacitantes”, pues se

hacía referencia a una privación de un derecho sobre lo que no se tenía que pronunciar la sentencia al no ser motivo del proceso.

Siguiendo a Rafael de Lorenzo¹¹, éste hecho ya se ha internacionalizado en su reprobación, como lo demuestra una de las observaciones del Comité emplazaba a España a “revisar toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad [...] tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás” (CDPD, 2011:8).

“En particular, se solicitaba la modificación del artículo 3 de la Ley orgánica Nº 5/1985 del Régimen Electoral General, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular, con la finalidad de que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar.

“Debe pues garantizarse, el derecho de sufragio (activo y pasivo) de manera accesible con un diseño para todos para garantizar la igualdad efectiva y la accesibilidad universal, sin discriminaciones ni exclusiones, tal y como recoge el artículo 29 de la Convención.

“Esta comprende también una provisión de apoyos de todo tipo, tal y como sugiere el Comité cuando recomendaba a España “que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales” (CDPD, 2011: 8).

Otro de los mecanismos es, sin duda, la gran olvidada y carente de regulación actual: la figura de la asistencia personal. Realmente no se la ha tenido en cuenta con entidad suficiente y ello lo demuestra el hecho que se reguló tan solo para los grandes dependientes (Grado III). El avance regulativo se produjo por el denostado Real Decreto-ley 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad y el recorte que supuso en derechos (llámese la atención, de nuevo, del aspecto tristemente presupuestario de los derechos). Sin embargo, llevó a cabo una reforma que pocos han visto debido al nublado panorama que dejó. Así, modificó el artículo 19 de la Ley 39/2006 extendiendo la prestación de asistencia personal a todos los grados, indicando que “la prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados”.

¹¹ “Panorámica del impacto de la convención en los derechos de las personas con discapacidad en España”. Anales de Derecho y Discapacidad. Núm.1, septiembre 2016. Año I.

En relación a la discapacidad, se avanzó en los modelos de la Atención Centrada en la Persona para enfermedad mental y discapacidad intelectual (principalmente Plena Inclusión) y supuso el avance de los apoyos necesarios para la toma de decisiones, pero desgraciadamente era un esfuerzo tan solo del movimiento organizativo en torno a la discapacidad y sus familias (ACP).

Dando un paso más en el modelo, considero que, hoy en día, se podía hablar también de la Atención con la persona (ACP).

En definitiva y, siguiendo a Pérez Bueno, L.C. *“ha de preverse en la regulación la posibilidad de establecer apoyos al margen o previos al procedimiento jurisdiccional, haciendo uso o configurando otras instituciones jurídicas idóneas, que proporcionado acompañamiento eficaz a la toma de decisiones, no necesiten de la intervención del órgano judicial”*¹².

Para ello, pensamos, es fundamental los campos de estudios desde la intervención transdisciplinar. La multidisciplina supone que cada especialidad –véase medicina, trabajo social, psicología, o la jurídica–, desarrollan su análisis de manera autónoma e inconexa con las demás. La interdisciplina va aunando contenidos en aquello que les une para un dictamen determinado (valoración equipos EVO, por ejemplo).

Con la transdisciplina, se aspira a un conocimiento que tiene en cuenta a la persona en su unidad diversa, como un todo, sin fragmentaciones de los derechos y con formas de pensamiento relacional. Son pues, soluciones planteadas desde la perspectiva humana en su totalidad y desde el compromiso social por parte de las administraciones públicas, los operadores jurídicos y el tercer sector¹³.

III. PROPUESTAS PARA GARANTIZAR LA AUTONOMÍA PERSONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

Sin duda, es de imperiosa necesidad abordar una reforma en los planteamientos y regulación de esta materia. Sin perjuicio de un desarrollo más exhaustivo, referimos

¹² *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*. Anales de Derecho y Discapacidad. Núm.1 septiembre 2016. Año I.

¹³ Edgar Morin, creador del pensamiento complejo: <http://www.edgarmorin.org/que-es-transdisciplinariedad.html>

unos puntos acerca de la intervención, que deben ser abordados en la actualidad y de cara a un futuro próximo para que aquella sea garante de los derechos humanos fundamentales de las personas con discapacidad y de las personas en situación de dependencia, y de sus familias.

1. Regulación de la gestión de apoyos. Especial referencia a la asistencia personal

Por imperativo de la CIDPD, al establecer el igual reconocimiento como persona ante la ley en su artículo 12, matiza en el punto 3 cómo los Estados adoptarán las medidas pertinentes para hacer eficaz el derecho, proporcionando acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Según la diversidad y la necesidad, es una oportunidad para desarrollar la promoción de la autonomía personal de todas las personas con discapacidad.

Por su parte, la LPAAD proclama en los artículos 2.7 y 14.5 mencionados *ut supra*, la inclusión a través de prestaciones o servicios integrados en unidades de apoyo en servicios sociales y sanitarios.

Por tanto, va a ser determinante la creación y desarrollo de figuras especializadas como los Gestores de Apoyo, dentro de las estructuras administrativas existentes, que deben actuar con un enfoque de capacitación e inclusión activa, así como de trazabilidad de los derechos humanos en cada intervención, al modo de la estrategia de diseño de calidad para todas las personas.

La Autonomía Personal y su gestión oportuna, es la puerta de acceso al efectivo ejercicio de los derechos humanos y, sin ella, no es posible, siquiera acceder al “catálogo de derechos de segunda generación” que supone su reconocimiento en materia de discapacidad y dependencia.

Desde la visión de dignidad humana, la actuación profesional, debe pues contemplar los siguientes aspectos:

- Evaluación centrada en la persona para obtener el mayor nivel de independencia en sus actividades cotidianas, personalizando los planes de adaptación del hogar, la escuela, el trabajo, lugares de ocio, etc.
- La intervención se debe hacer sobre las capacidades que tiene la persona, potenciando los aspectos positivos, recuperando habilidades perdidas, enseñando nuevas competencias.

- Respecto a lo que sea necesario, dotar de los medios compensatorios como asesoramiento en ayudas técnicas y personales de apoyo.

En relación a la dependencia y a la LAAD, el panorama se complica aún más, en el propio articulado. Así, el artículo 2.7 establece que se entiende por asistencia personal el *“servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal”*.

Este artículo, sin duda, se ve contagiado del positivismo que irradian los anteriores, así, como si de un globo pinchado se tratara, el contenido va perdiendo fuerza a la vez que avanza el texto normativo. En concreto, el artículo 14.5 considera que *“las personas en situación de dependencia podrán recibir una prestación económica de asistencia personal en los términos del artículo 19”*.

Sin duda, el referenciar por segunda vez un derecho como posible (*“podrán”*), sin determinar claramente su contenido y alcance, hace pensar que, el legislador, no cree mucho en la realización de los objetivos propuestos.

Por su parte, el artículo 19 regula, la prestación económica para la asistencia personal, que *“tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria”*.

Hay pues restricciones al derecho subjetivo proclamado:

a) En el ámbito subjetivo, ya que referencia a las personas que tienen acceso a la misma, limitándose a las personas valoradas como con “gran dependencia”. Después, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio lo amplió a cualesquiera de sus grados. Pero, hay que decir que, ha sido igual de preocupante su escaso o nulo desarrollo en este sentido.

b) Circunscribiendo tan solo el ámbito de las actividades que taxativamente enumera, esto es, educación, trabajo y actividades básicas de la vida diaria. (Cuando, se habla de ABVD, hay que recordar que solo se valoran las relativas al ámbito del hogar, quedando totalmente ausentes la vida fuera de las puertas del domicilio. Ciertamente algo que hay que replantearse en el procedimiento si queremos tener otros resultados a partir de ahora).

c) La incongruencia en sus propios términos, además de con el espíritu de la LAAD puesto que, difícilmente una persona con gran dependencia, tal y como se establece en los baremos que la ley determina, puede hacer uso del derecho al trabajo o a la educación en los mismos términos que lo haría una persona baremada con el Grado I, o incluso en el Grado II y Grado III, cuya finalidad debe ser evitar el empeoramiento mejorando la calidad y condiciones de vida¹⁴. De hecho, esto se debería haber tenido en cuenta en una ley con cumplimiento progresivo, debiendo dotar a los grados primeros de mayor autonomía para no llegar de manera abocada por el paso del tiempo y la falta de presupuestos a una gran dependencia.

Esto es lo que se puede llamar la prevención invisible ya que son artículos que contravienen el sentido del artículo 4.2.11 de la LPAAD: “Derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley”.

Junto a ello, la asistencia personal, carece de regulación en cuanto a su modelo de contratación, y hace que sea, tras diez años, una de las grandes desconocidas legalmente. Frente a ello, el movimiento social de vida independiente una vez más, va a la vanguardia, rellenando los huecos que demandaban las necesidades, con la mirada puesta en el derecho comparado, principalmente en Estados Unidos donde nació ésta figura.

El CERMI, acertadamente, ya en 2012 manifestó a la Dirección General del IM-SERSO la necesidad de certificación profesional dentro del catálogo de ocupaciones de la figura de la asistencia personal (6 años después de la Ley).

Ni siquiera en la segunda fase de elaboración del Plan Individualizado de Atención (PIA), se tiene en cuenta la opinión de la persona interesada pues, basta con estar presente en el momento de la entrevista y ser oída. Deja pues sin libertad de elección a la persona ya que, prevalecerá el criterio técnico baremado y el catálogo de servicios y prestaciones existentes en la Comunidad Autónoma donde resida la persona afectada.

Es necesario, por tanto, regular la formación de los futuros profesionales; la regulación laboral mediante contrato y convenio colectivo específico, que sirvan de

¹⁴ No hay que olvidar que, en el primer supuesto, la valoración se lleva a cabo, en el propio domicilio de la persona afectada, puesto que es en su hogar donde se va a determinar si requiere o no el concurso de tercera persona o de ayuda en el domicilio para las actividades básicas de la vida diaria (ABVD).

referencia de derechos y de obligaciones por ambas partes; bonificaciones fiscales para las personas con discapacidad que contraten a asistentes personales¹⁵. Que esto favorecería la economía, el sistema de la seguridad social, el empleo de muchos jóvenes y las situaciones de aislamiento social, ya lo puso de manifiesto el SAAD con el éxito de la figura del cuidador no profesional. Desgraciadamente, esto no tuvo el desarrollo esperado, pero no por falta de interés, sino por una inadecuada estrategia financiación pública.

Otra solución, a contemplar, puede ser la dada por las normas de certificación¹⁶ Con la entrada en vigor de la LAAD se desarrollaron una serie de normas, con objeto de regular de forma homogénea aspectos de los recursos y servicios del sector socio-sanitario y para establecer las bases de un sistema que genere confianza a la sociedad, se crearon algunas normas UNE 158000. En concreto la UNE 158101:2008 sobre gestión de los centros residenciales y centros residenciales con centro de día o centro de noche integrado. La UNE 158201:2007 sobre la gestión de los Centros de Día y de Noche. La UNE 158301:2007 Gestión del servicio de Ayuda a Domicilio y la UNE 158401:2007 Servicios para la promoción de la autonomía personal. Gestión del servicio de Teleasistencia.

Sería interesante, generar una certificación para entidades públicas y privadas en materia de gestión de la Autonomía Personal en discapacidad y dependencia, creando para ello, por ejemplo, la figura del gestor/ra de apoyos, desde el nivel municipalista al autonómico y al estatal, dentro de unidades de promoción a la autonomía personal (UPAP). Incluso, se podrían articular convenios con las Administraciones tributarias autonómicas y estatales para exenciones fiscales a quienes posean este compromiso público reconocido.

Ello, junto a la realización del plan de acción de la estrategia española sobre discapacidad 2014-2020¹⁷ de la Dirección General de Políticas de Apoyo a la Dis-

¹⁵ Como se bonifica la contratación de personas con discapacidad.

¹⁶ Sin olvidar la importancia que para la responsabilidad Social Empresarial y Discapacidad tiene el sello BEQUAL, la calidad, el medioambiente en las normas ISO, o la seguridad y salud laboral en la OHSAS.

¹⁷ El marco en el que se inserta la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020, aprobada por el Consejo de Ministros el 14 de octubre de 2011, establecida para ser el referente y directriz a largo plazo de las políticas públicas españolas en materia de discapacidad. Los objetivos de la Estrategia española se orientan a la intervención en los ámbitos primordiales de actuación identificados por la Comisión Europea en la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, ámbitos elegidos por su contribución potencial para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020 y lo previsto en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

capacidad. A la finalización de la Primera Fase del Plan de Acción se realizará una evaluación integral de las medidas ejecutadas durante la primera fase de 2014-2016, con el fin de que, durante la segunda fase, de 2017 a 2020, además de las medidas propias que han de ejecutarse en esta fase, puedan adoptarse las disposiciones correctoras que se consideren necesarias sobre la marcha del conjunto. El reto, pues, tiene fecha fija en materia de autonomía personal y apoyo en la toma de decisiones, y aún queda mucho por hacer.

2. Hacia un nuevo procedimiento unificado de reconocimiento de discapacidad y dependencia

La existencia del reconocimiento del grado de discapacidad por un organismo público y, su resolución, y la del reconocimiento de la dependencia por otro distinto, con su resolución, hacen que exista una doble vara de medir las cosas. Además, incluso los profesionales que intervienen en la valoración de una y otra son completamente distintos y los responsables que dictan la resolución, también varían. En 2012, se modificó el artículo 5.4 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. En el artículo 4 a), la determinación por el órgano técnico competente de la necesidad del concurso de tercera persona a que se refieren los artículos 145.6, 182 bis 2.c) y 182 ter, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio [actualmente, artículos 364.6, 353.2.c) y 354 de la LGSS 2015], se realizará mediante la aplicación del baremo establecido conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Se estimará acreditada la concurrencia de la necesidad de concurso de tercera persona cuando de la aplicación del referido baremo se obtenga una puntuación que dé lugar a cualquiera de los grados de dependencia establecidos. La letra a) del apartado 4 está redactada de conformidad con el artículo único, dos del Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre. Bajo una formación e información profesionalizada en el ámbito público y privado de los profesionales que intervienen en el mismo, con campos de actuación distintos según la persona y con una resolución transdisciplinar. Esto es, una resolución en la que los conocimientos y pruebas realizadas de orden médico y psicosocial, trasciendan al caso en concreto según su diversidad y, con base en ella, adquiera identidad propia de manera transversal a toda su vida. Un caso sería, por ejemplo, la doble valoración de la discapacidad a la que se ven sometidos las personas con sordoceguera con doble resolución. Esto es tremendamente agravante para la persona que se ve reconocida en dos discapacidades y se perciben partidas en dos valoraciones con sus correspondientes resoluciones,

careciendo de un imprescindible ámbito propio de identidad. Además, se desconocen cuántas personas hay con este tipo de discapacidad en España ya que no existe un censo específico, tampoco se sabe cómo actuar en la mayoría de las ocasiones.

Sirva este artículo para valorar muy positivamente los últimos avances habidos en el mes de enero del 2017, esto es, la iniciativa aprobada por unanimidad por la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales del Senado en la que se insta al Gobierno al reconocimiento de la sordoceguera como una discapacidad única a efectos de su valoración y reconocimiento oficial, lo que considera que ayudará a mejorar las prestaciones y atención a estas personas en todo el territorio, llegando a determinar apoyos que favorezcan la autonomía personal, como puede ser, la figura de guía intérprete, para atender a un colectivo propio con necesidades propias.¹⁸

Otro supuesto es el de la persona que, para estar en situación de dependencia, ha tenido que realizar un procedimiento, que incluye someterse a la valoración correspondiente, al tiempo que, por ejemplo, si esta misma persona quiere solicitar una bonificación fiscal por tener una discapacidad, tendría que tener reconocida, a través de otro procedimiento, el grado de discapacidad. Queda así perfectamente justificado, de una manera sencilla y básica, que se hace necesario un solo procedimiento en el que la valoración trascienda verdaderamente a las actividades diarias de la persona, en todos los ámbitos en los que se desenvuelve, esto es, domicilio, estudios, trabajo, ocio, vida social y política, etc.

La unificación procedimental evitaría retrasos administrativos, el agravante de la doble valoración y la unificación de criterios de valoración y clasificación, así como uniformidad de las medidas para las personas con discapacidad y en situación de dependencia y sus familias. La Conferencia de Presidentes Estatal y Autonómicos de España celebrada el 17 de enero de 2017 en el Senado, acordó una reforma del modelo de financiación autonómica, para lo que propuso la creación de una “comisión de expertos” en el plazo de un mes, con el objetivo de que las comunidades autónomas alcancen “el máximo consenso” a lo largo 2017; el objetivo era analizar y proponer reformas del sistema actual, que fue uno de los debates del día en la Cámara Alta. Según el acuerdo alcanzado por el presidente del Gobierno, y los presidentes

¹⁸ “*Volvemos entonces a la imperiosa necesidad de proponer, vivir, aprender y enseñar un pensamiento complejo, que vuelva a tejer las disciplinas como posibilidad de humanidad en su conjunto; y que sólo de esta manera se vencería la eterna limitación y fragmentación del sujeto separado de sí mismo en la búsqueda del conocimiento*”. (Nicolescu, Basarab: *La Transdisciplinariedad. Manifiesto*. Ediciones Du Rocher. 1996).

de las comunidades autónomas reunidos en Madrid, la comisión estará integrada por expertos propuestos tanto por el Estado como por las CCAA y empezará a trabajar “de forma inmediata” para “la reformulación posterior de un nuevo modelo de financiación” basado en principios como: “solidaridad, suficiencia, equidad, transparencia, corresponsabilidad fiscal y garantía de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos”¹⁹... Eso sí, en función de su coste. La comisión de expertos, analizará, “dada la especial sensibilidad que generar los servicios vinculados a la dependencia”:

1. Estudio de los actuales mecanismos de financiación de la LAAD.
2. Evaluar su adecuación a las necesidades de las prestaciones asociadas a la dependencia.
3. Análisis de la situación del sistema de dependencia que determine la situación actual, su sostenibilidad, y la financiación por parte del Estado.
4. Actualizará las principales variables del coste y evolución del gasto sanitario, así como “como su reflejo en modelo propuesto”.
5. Abordará la reforma de financiación de las Entidades Locales en colaboración con la Federación Española de Municipios y Provincias, cuya propuesta tendrá que someterse a la aprobación de la Comisión Nacional de Administración Local.
6. Bajo la coordinación del Ministerio de Hacienda y Función Pública. El Comité Técnico Permanente de Evaluación y, posteriormente, el Consejo de Política Fiscal y Financiera, al que se encomienda el seguimiento de este acuerdo. La Comisión de Expertos se ha constituido, efectivamente, en el plazo señalado. Asimismo, y, en aras a la relación con el ámbito sanitario y farmacéutico que tienen estos colectivos, también es de justicia extender el uso de la tarjeta sanitaria en todo el territorio. No se concibe que para realizar alguna estancia en otra CC.AA., no puedas sacar medicamentos con tu tarjeta sanitaria si procedes de otra región. ¿Realmente no sería todo más fácil? ¿no sería esto un trabajo conforme al principio de “diseño para todas las personas”? A lo mejor con la noticia de la nueva creación de la tarjeta social y la digitalización de todo su contenido, alguien se plantea la posibilidad aquí lanzada, que facilitaría mucho la autonomía personal y la vida independiente de las personas y sus familias.

¹⁹ Fuente: Europa Press.

2.1. *La jurisdicción social competente en materia de dependencia*

En el pasado mes de marzo, tuvimos ocasión de ver una respuesta eficaz a las peticiones que, desde los sectores, se estaba haciendo hacia la jurisdicción social como competente en materia de dependiente. El Congreso aprueba por unanimidad instar al Gobierno a que los litigios en materia de dependencia sean conocidos por la jurisdicción social. La Comisión de Sanidad y Servicios Sociales del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad, con 36 votos a favor, una proposición no de ley para que los litigios en materia de dependencia sean conocidos por la jurisdicción social. Esta iniciativa, que responde a una demanda del CERMI, insta al Gobierno “a realizar todas las acciones necesarias para que las controversias relativas a la valoración, el reconocimiento y la calificación del grado de discapacidad y las incluidas en la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y la Atención a las Personas en Situación de Dependencia, queden definitivamente atribuidas a la jurisdicción social”. Se determinó:

a) Dejar sin efecto lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición final séptima de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, y, en consecuencia, la atribución al orden social de la competencia para conocer de las cuestiones litigiosas relativas a prestaciones de la Ley 39/2006. La impugnación jurisdiccional de los actos administrativos en materia de prestaciones de la Ley 39/2006 que pongan fin a la vía administrativa dictados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, esto es 10 de junio de 2015 corresponde al orden social. La competencia sobre los actos administrativos que, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, hayan agotado la vía administrativa continuará atribuida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Así, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en su artículo 70.- Excepciones al agotamiento de la vía administrativa. Determina que *“No será necesario agotar la vía administrativa para interponer demanda de tutela de derechos humanos y libertades públicas frente a actos de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical, si bien el plazo para la interposición de la demanda será de veinte días desde el día siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites; cuando la lesión del derecho humano tuviera su origen en la inactividad administrativa o en actuación en vías de hecho, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, el plazo de veinte días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación contra la inactividad o vía de hecho, o desde la presentación del recurso, respectivamente”*. Artículo redactado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Como se puede ver claramente, es la consideración de derecho humano lo que determina el orden competencial

dentro de la convulsa ubicación de competencias. Será pues necesario, como se ha expuesto incesantemente en este artículo, dotar de este carácter a los derechos reconocidos y así se acababa con la convulsa relación de órdenes jurisdiccionales para la competencia sobre el asunto²⁰.

2.2. Nueva vía de resolución de conflictos: junta arbitral

Hay otra normativa, de la que hace también 10 años de su publicación, pero que ha sido absolutamente olvidada, es el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. Considero, que este es el mejor camino, no judicializar todo lo relacionado con la discapacidad o la dependencia generando enfrentamientos, costes y sobrecargas judiciales. Dando un paso más, la propuesta que consideramos más acorde poner ahora encima de la mesa, es la dirigida hacia un Sistema Arbitral Accesible y Adaptado para personas con discapacidad y en situación de dependencia, con una constitución (inexistente hasta ahora) de lo que regula la norma: la Junta Arbitral Central y las Juntas Arbitrales de las CC.AA²¹. Este sistema, promoverá nuevas especializaciones, dinámicas de comunicación, responsabilidad social empresarial, innovaciones y compromisos institucionales que adapten y enriquezcan la participación y la cooperación ciudadana. Es pues una solución que puede ver la luz de manera actual a través de la atribución de competencia legislativa en diciembre de 2016 a la Comisión de Discapacidad del Congreso de nuestro país y que sin duda será una oportunidad en el ámbito de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en lo referente a la autonomía de voluntad. El Sistema Arbitral, si existiera, bien podría basar sus competencias –que hay que actualizar notablemente– en los principios de intervención personalizada; de autogestión de los apoyos necesarios para promover la autonomía, no solamente en su entorno habitual, sino en cualquier contexto y situación (laboral, cultural, educativa, familiar, etc.), favorecer su inclusión en la comunidad; con una representación del colectivo con necesidades semejantes para determinar una gestión de recursos públicos según necesidades. Es la mejor solución, considero, dentro del marco de

²⁰ STS 55/2014.Sala de lo Social. Sección: 1, nº de Recurso: 1115/2013. Procedimiento: Social. Ponente: José Luis Gilolmo López.

²¹ Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

la jurisdicción voluntaria y del compromiso social. Que también podría visualizarse, adhiriendo el logo respectivo a su organización.

IV. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto, no supone una cuestión de mera retórica, al contrario, lleva aparejada importantes consecuencias que afectan a la vida y la dignidad de las personas que, aún 10 años después, tenemos pendiente.

1. Necesidad de adaptación y actualización de las normas a la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad. Hay que abordar la perspectiva de los derechos humanos.

Ya que desde el momento que la regulación se hace desde la perspectiva social y asistencial, hace las medidas adoptadas sean ofrecidas por el Estado para “cumplimentar graciamente” los derechos de los ciudadanos. Tiene pues un carácter eminentemente económico, de manera que hace que el derecho quede al albur de los Presupuestos Generales del Estado, sin dotarlos de continuidad, sostenibilidad o garantía alguna. Así, sirva de ejemplo, la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de PGE para 2013 que señalaba, en relación al Servicio de Ayuda a Domicilio, que podían excepcionalmente separarse por razón justificada expuesta en el Plan Individualizado de Atención (PIA), los servicios de atención a las necesidades domésticas y los de atención personal.

Por su parte, la regulación de los derechos reconocidos en torno a la discapacidad con carácter internacional, supone ya de facto, la posición de garante y activista de las Administraciones Públicas (los Estados partes se comprometen, asegurarán, velarán, impedirán, tomarán medidas...). Todo ello, suponen salvaguardias de las actividades estatales en el terreno privado y tiene, por tanto, una connotación claramente garantista y demandante de derechos. Esa es la razón del Protocolo Facultativo de la Convención y de su firma.

Este panorama, no se da, desgraciadamente, en la dependencia que, dada su regulación, queda interferida y mediatizada por la posición del poder económico del Estado y de las CC.AA. que van a condicionar la aplicación de la Ley. No hay que olvidar que la ley tiene un marco de desarrollo “progresivo” tal y como expone en sus disposiciones transitorias y adicionales.

Cuando los particulares “sienten que están haciendo valer sus derechos” es en la fase de reclamaciones individuales ante la resolución administrativa, de manera que

el derecho, realmente se va a ver reconocido, por la iniciativa privada de solicitud o reclamaciones del mismo.

Así, la aplicación de este derecho, no será uniforme ya que se configura como derecho de colectivo determinado (infancia, vejez) y no como derecho “de toda persona” o de “todo ser humano” en el sentido que la Ilustración tenía de igualdad²².

La Convención, como norma internacional de derechos humanos, habla de la igualdad como personas ante la ley de las personas con discapacidad, la LAAD habla de la atención como derecho subjetivo que ha supuesto, efectivamente y muy a su pesar, distinciones de unos sujetos a otros dependiendo del lugar de residencia.

El hecho que se pida el derecho de forma individual, parece dar lugar a la mera beneficencia o la caridad por parte de quien lo concede y en quien lo solicita; mientras que, si exige de manera colectiva y fundamentada, dará lugar al cumplimiento de los derechos humanos y de la dignidad que, a todas las personas, les son inherentes.

Lo primero, sucede porque su existencia o no, dependerá de unos presupuestos político-económicos públicos mientras que, lo segundo, es presupuesto legal y garantía exigible a los Estados de Derecho por parte de sus ciudadanos.

Ésta es la cuestión latente que, considero, determina la distinción entre los resultados habidos tras la Convención y la LAAD en lo que respecta al ejercicio eficaz de los derechos por parte de aquellas personas a quienes se dirige.

2. Es necesario recordar a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial la capacidad de las personas conforme al artículo 12 de la CIDPD.

Destaca la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, firmada a 27 de febrero de 2017 y que es la SENTENCIA DE REFERENCIA sobre el amparo y reconocimientos de derechos de las personas con discapacidad. Recurso de amparo número 5030-2015 que fue promovido por el Ministerio Fiscal, siendo ponente el Magistrado Ricardo Enríquez Sancho. El supuesto versa sobre la solicitud de incapacitación de un hombre usuario del servicio de salud mental correspondiente, que se encuentra

²² “Todo ser humano” –mujer u hombre, niños de ambos sexos, ciudadanos, extranjeros y apátridas–, tiene el derecho a gozar de su estatus y capacidad reconocida en el ordenamiento jurídico. Cada uno de ellos, es una “persona” con estatus y capacidad en el ordenamiento jurídico, lo que supone tener derecho y asumir obligaciones. En principio la capacidad de los seres humanos a ser dotados de personalidad jurídica comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte ¿Esto es siempre así?

descompensado, conviviendo con su mujer en el mismo domicilio. La fiscal actuante en el procedimiento, rechaza reconocer que el demandado no pueda gobernarse por sí mismo “*ab initio*”, en tanto no resulte acreditado en el plenario. En el escrito, tras los fundamentos de derecho procesales y de fondo, suplica que se tenga por contestada la demanda, determinando los siguientes extremos: 1) Fijación precisa de la extensión de la capacidad jurídica. 2) Los medios de apoyo que se desprendan como más idóneos para la conservación de la capacidad jurídica arriba indicada... 3) Los actos a los que se refiera su intervención, debiéndose nombrar la persona que haya de asistirle o representarle y velar por él, según el artículo 12 de la Convención, el artículo 759.2 de la LEC... 4) Las salvaguardias adecuadas y efectivas para asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten, los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, y, finalmente –por si faltara algo– que sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personales. Este es el camino. Esa es la visión, misión y valores que, creo, debe llevar la intervención de la discapacidad y de la dependencia en todo su ámbito transversal de actuación.

3. Es imprescindible unificar los procedimientos en el ámbito de la discapacidad y la dependencia. Regulando y estructurando una red pública de valoraciones que, además de los servicios generales municipales, autonómicos y estatales, incluya campos de actuación como las residencias públicas; los hospitales de media y larga estancia; las unidades de salud mental y las prisiones. Como reto, tenemos trabajo para llenar de resultados la Estrategia 2020. Así, En materia de discapacidad, es imprescindible, como ya hizo el CERMI (que, insisto, puede redefinirse hoy como Comité Español de Representantes de Movimientos Inclusivos), solicitar el mantenimiento y el reforzamiento de la Comisión de Discapacidad de la Cámara y, añado, la de los Parlamentos Autonómicos igualmente²³.

- En materia de dependencia, colaborar con la Comisión recientemente creada, que tiene la misión de elaborar, en el plazo de tres meses, un informe en el que se contemplen los análisis y las conclusiones que se consideren convenientes en relación con los asuntos planteados. Dicho informe será presentado para su discusión en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en una sesión extraordinaria a la que también acudirán representantes de las Consejerías de Servicios Sociales y de las Consejerías de Hacienda de cada Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía.

²³ <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=7374>.

La Comisión dejará de desempeñar sus funciones y se considerará extinguida una vez cumplidos los objetivos para los que ha sido creada y, en todo caso, una vez entregado el mencionado informe final.

- En materia de copago, está los objetivos propuestos ya que la Comisión de Sanidad del Congreso de los Diputados aprobó el 23 de febrero pasado, que la Iniciativa Legislativa Popular (ILP) en relación con la proposición de ley de modificación de la Ley de Dependencia en materia de participación en el coste de las prestaciones y servicios de las personas beneficiarias sea trasladada a la Cámara Baja para su debate y revisión. Es la primera vez, en casi 40 años de vigencia de la Constitución española, que una ILP de carácter social llega al Parlamento. Esta iniciativa, respaldada por casi 740.000 ciudadanos españoles, ha sido defendida esta mañana en la Comisión de Sanidad del Congreso de los Diputados por el portavoz de la Comisión Promotora de la ILP y presidente del CERMI, Luis Cayo, manifiesta, certeramente que para el movimiento social de la discapacidad es un hito en nuestra historia social reciente que no puede ser ignorado ni dejado de tener en consideración.

Sirva pues este breve análisis, para poner de manifiesto que discapacidad y dependencia son, ante todo, conceptos mutables, que no cesan de construirse y resignificarse. Ni siquiera la teoría que pareciera posicionarse como la más firme, queda exenta de modificación a lo largo del tiempo y, debemos ser agentes de ese cambio que los colectivos de personas con discapacidad, en situación de dependencia y sus familias, actualmente, nos están demandando.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS, NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

Bibliografía

Basarab, N.: *La Transdisciplinarietà. Manifiesto*. Ediciones Du Rocher. 1996.

CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2016*.

De Asís, R.; y Barranco, M. C. (2010): *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*, Madrid, Cinca.

De Lorenzo García, R.: *Panorámica del impacto de la Convención en los Derechos de las Personas con Discapacidad en España*. Anales de Derecho y Discapacidad. Núm. 1, septiembre 2016. Año I, pp. 143 y ss.

Kuhn, T: *La estructura de las revoluciones científicas*. Univ. de Chicago 1962.

Plan de acción de la Estrategia española sobre discapacidad. 2014-2020.

Pérez Bueno, L.: *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*. Anales de Derecho y Discapacidad. Núm. 1, septiembre 2016. Año I. pp. 177 y ss.

Normativas

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado.

Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Real Decreto 12/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Norma UNE 158101:2008 sobre gestión de los centros residenciales y centros residenciales con centro de día o centro de noche integrado.

Norma UNE 158401:2007 Servicios para la promoción de la autonomía personal. Gestión del servicio de Teleasistencia.

Norma UNE 158201:2007 sobre la gestión de los Centros de Día y de Noche.

Norma UNE 158301:2007 Gestión del servicio de Ayuda a Domicilio.

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (LAAD).

Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, de 13 de diciembre (CIDPD).

Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

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

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

Sentencia de 27 de febrero de 2017 Recurso de amparo 5030-2015 que fue promovido por el Ministerio Fiscal. Ponente: Ricardo Enríquez Sancho.

Tribunal Supremo

Sentencia n. 55/2014. Sala de lo Social. Sección: 1 Recurso: 1115/2013.

Procedimiento: Social Ponente: José Luis Gilolmo López.

Rafael de Lorenzo García

Profesor Asociado, Acreditado Titular, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Secretario General del Consejo General de ONCE.

Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad y Secretario de su Patronato

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PERSONAL DOCENTE INVESTIGADOR EN LA UNIVERSIDAD: CUOTA DE RESERVA Y OTRAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Fundamentos jurídicos y realidad de las personas con discapacidad como personal docente e investigador. –3. Medidas de acción positiva de acceso y de apoyo de personas con discapacidad como personal docente e investigador. 3.1. Medidas de acceso: cuota de reserva de plazas para personas con discapacidad y otras medidas. 3.2. Medidas de apoyo al personal docente e investigador con discapacidad. 3.3. Universidades que han puesto en marcha medidas de acción positiva. –4. Especial análisis de la UNED. –Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

A la vista de los datos expuestos en diversos estudios, se puede concluir que las personas con discapacidad están infrarrepresentadas en el acceso a la condición de personal docente e investigador (PDI) de las universidades españolas, principalmente de las públicas, aunque también las privadas están inmersas en este mismo problema; una cuestión que no está plenamente normalizada actualmente y que, sin embargo, cuenta con amparo suficiente en nuestra legislación.

Existen fundamentos jurídicos que recogen mandatos a los responsables públicos para remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación de las personas

con discapacidad en la vida universitaria. Sin embargo, al igual que en otros ámbitos, la experiencia nos muestra que no es suficiente contar con una legislación actualizada para que las personas con discapacidad accedan en igualdad de condiciones a la función pública docente universitaria.

Es necesario, por tanto, adoptar medidas para lograr pasar de los derechos a los hechos. Para ello, son ineludibles medidas adicionales de acción positiva para que el acceso de las personas con discapacidad a este ámbito profesional no resulte, en la práctica, imposible o hondamente difícil, sea por prejuicios del entorno, por falta de medios o recursos de apoyo, o por prácticas discriminatorias directas o indirectas.

Para abordar la cuestión objeto de este artículo, en primer lugar se recogen los fundamentos jurídicos que sustentan el impulso de medidas de acción positiva para el acceso y apoyo de personas con discapacidad como personal docente e investigador de la universidad en España, a la vez que se expone la realidad en las universidades, poniendo de relieve que existe una brecha entre los preceptos normativos de nuestro ordenamiento jurídico y la realidad que reflejan las estadísticas acerca de la inclusión de las personas con discapacidad como personal docente investigador. Seguidamente se presentan las medidas de acción positiva que se pueden adoptar, diferenciando aquellas dirigidas a facilitar el acceso de las personas con discapacidad a las plazas de personal docente e investigador, destacando principalmente la cuota de reserva de plazas como el principal instrumento de inclusión, de aquellas medidas orientadas a apoyar a estas personas en el desarrollo de sus tareas y funciones una vez que ya han alcanzado el estatus de personal PDI, y se recogen ejemplos de universidades que han introducido medidas de acción positiva en sus reglamentos internos. Para concluir, se realiza un análisis especial de la Universidad de Educación a Distancia (UNED) y de las medidas que esta universidad podría incluir para favorecer la inclusión de las personas con discapacidad como personal docente investigador, por tratarse prácticamente de la única universidad española de ámbito estatal, amén de la las peculiaridades de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP), y por razón de su espíritu de vanguardia acreditada en favor del colectivo de personas con discapacidad.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y REALIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PERSONAL DOCENTE INVESTIGADOR

Los fundamentos normativos recogidos en diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico emplazan a remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación de las personas con discapacidad en la vida universitaria. Sin embargo,

como veremos a continuación en este apartado, las estadísticas nos muestran una realidad diferente, en la que las personas con discapacidad siguen estando infrarrepresentadas en este ámbito profesional.

La inclusión de las personas con discapacidad se considera hoy en día una cuestión de derechos humanos. A esta concepción responde la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, cuyo propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. En su artículo 24 la Convención establece que “*sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles*”¹, lo cual abarca igualmente la inclusión e igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en el cuadro académico e investigador de las universidades.

Al mismo pensamiento responde la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre², norma que encuentra su respaldo en el mandato del artículo 49 de la Constitución.

Ambos textos normativos proclaman que las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en igualdad de condiciones con las demás. Se pretende que las personas con discapacidad puedan tener iguales oportunidades que el resto de personas en el diseño y desarrollo de sus propios planes de vida.

Para garantizar el derecho al empleo de las personas con discapacidad la principal y más eficaz medida de acción positiva es establecer una reserva a su favor de un determinado cupo o porcentaje de los puestos de trabajo. Así lo reconoce el mencionado el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en su artículo 42, el cual contempla la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad que se exige en España a las empresas, sean del sector privado o del público.

¹ El día 30 de marzo de 2007 España firmó la Convención y el Protocolo Facultativo. Posteriormente, el 23 de noviembre de 2007, España aprobaba y ratificaba la Convención, y ordenaba expedir un Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que establecía que la Convención entraría en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

² Publicada en el BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, páginas 95635 a 95673 (39 págs.).

En el ámbito del empleo público, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)³ proclama como uno de los principios rectores del empleo público el conseguir que el 2 % de los efectivos totales de cada Administración Pública sean personas con discapacidad. Para alcanzar tal objetivo, su artículo 59 dispone que en las ofertas de empleo público se debe reservar un cupo no inferior al 7 % de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, de modo que progresivamente se alcance el 2 % de los efectivos totales en cada Administración Pública. La reserva del mínimo del 7 % de las vacantes se realiza de manera que, al menos, el 2 % de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas, es decir, el 5 % restante, lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

Estas previsiones del artículo 59 del EBEP vinculan también a las universidades públicas, cuando al establecer su ámbito de aplicación, el artículo 2.1.e) dispone que el Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las Universidades Públicas. El personal docente e investigador de estas Universidades está integrado a todos los efectos en la categoría del empleo público, desde una perspectiva tanto jurídica como presupuestaria y organizativa.

Por lo que afecta a la legislación específica, la Disposición adicional vigésima cuarta de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades⁴ contempla la inclusión de las personas con discapacidad en las Universidades, tanto públicas como privadas, así como promover acciones para favorecer que todos los miembros de la comunidad universitaria que presenten necesidades especiales o particulares asociadas a la discapacidad dispongan de los medios, apoyos y recursos que aseguren la igualdad real y efectiva de oportunidades en relación con los demás componentes de la comunidad universitaria.

Esta obligación alcanza también a las universidades privadas; si bien el EBEP no es de aplicación para las universidades privadas, a estas si les son de aplicación los preceptos de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y 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.

³ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, publicado en el BOE núm. 261, de 31/10/2015.

⁴ Publicada en el BOE núm. 307, de 24/12/2001.

El acceso al trabajo de las personas con discapacidad en el ámbito universitario está todavía muy lejos de realizar este mandato de inclusión que contiene la Ley Orgánica de Universidades. En efecto, el porcentaje actual de personal docente e investigador con discapacidad en las Universidades españolas no alcanza el objetivo que estipula nuestra legislación, tanto para el sector público como para el privado, de conseguir que al menos el 2 % de los trabajadores sean personas con discapacidad. Al contrario, de acuerdo con los datos del reciente estudio sobre el grado de inclusión del sistema universitario español respecto de la realidad de la discapacidad⁵, *“el total del Personal Docente e Investigador (PDI) reportado por las 55 universidades participantes en el estudio asciende a 499, lo que significa un 0,7 % sobre el total de la comunidad universitaria analizada. Si se diferencia entre universidades públicas y privadas, en el caso de las primeras supone el 0,6% y en las segundas el 0,9 % del total PDI. Menos significativa aún es la diferencia entre el porcentaje de PDI en universidades de modalidad presencial y las de modalidad a distancia, el 0,7 % y 0,8 % respectivamente”* (CERMI y Fundación Universia, 2017: 18)⁶.

De estos datos se extraen varias conclusiones acerca de la realidad de las personas con discapacidad como personal docente e investigador en la universidad. Primera, que el 0,7 % es un porcentaje aún muy bajo en comparación con el 2 % estipulado legalmente. Segundo, que, si bien la diferencia es poco significativa, las universidades públicas, que debieran ir a la vanguardia en cuestión de inclusión, van sin embargo por detrás de las universidades privadas. Tercero, que no existe prácticamente diferencia entre las universidades de modalidad presencial y a distancia, cuando, a priori, las segundas tendrían más facilidad para favorecer el acceso de las personas con discapacidad no sólo como estudiantes, sino como profesores. Ya que, según el mismo estudio, el 1,7 % de los estudiantes de las universidades encuestadas tienen discapacidad, y el porcentaje aumenta hasta el 3,3 % si se consideran únicamente las universidades con modalidad a distancia, y se reduce al 1,2 % si se consideran únicamente las universidades con modalidad presencial (CERMI y Fundación Universia, 2017: 14).

⁵ El estudio de Fundación Universia y CERMI, publicado en 2017, está elaborado a partir de la realización de encuestas a 55 universidades, públicas y privadas, de modalidad presencial y a distancia. Cabe destacar que la UNED se encuentra en la muestra de las universidades encuestadas.

⁶ Aunque no se dispone de datos que lo avalen, consideramos que el dato incluye tanto a las personas con discapacidad que acceden por primera vez a un puesto PDI como, y principalmente, a los que ya siendo personal PDI les sobreviene una discapacidad. Es muy importante que la universidad proteja con acciones positivas los supuestos de discapacidad sobrevinida de su personal PDI para que continúen su carrera docente. Pero hay que hacer un esfuerzo todavía gigantesco para que el número de personas con discapacidad originaria que se incorpora a la universidad crezca notablemente.

3. MEDIDAS DE ACCESO Y APOYO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR

Las universidades pueden introducir medidas de acción positiva tanto de apoyo como de acceso al personal docente o investigador con discapacidad en la universidad. En este apartado se detallan en primer lugar las medidas de acción positiva para el acceso que, una vez implantadas, contribuirán a aumentar el porcentaje de personas con discapacidad en el profesorado de las universidades, como es el caso de la cuota de reserva de plazas en las convocatorias a personal PDI. Seguidamente se enuncian algunas de las medidas de apoyo que se pueden establecer para favorecer el mantenimiento del empleo y desarrollo de la carrera docente del personal PDI con discapacidad en la universidad. Y para cerrar este apartado, se enuncian los ejemplos de universidades que sí han adoptado alguna medida de acción positiva en este sentido.

3.1. Medidas de acceso: cuota de reserva de plazas para personas con discapacidad y otras medidas

La principal medida de acción positiva es, sin duda, la reserva de un cupo de plazas para personas con discapacidad en el ámbito de la docencia universitaria. Se trata, en definitiva, de que la universidad se atenga al Estatuto Básico del Empleado Público y respete sus previsiones. *“No es razonable ni sostenible que el único ámbito o subsector del empleo público, sea estatal, autonómico o local, que el único reducto donde las personas con discapacidad no cuentan con una reserva de plazas, sea precisamente la Universidad”* (DE LORENZO, 2014: 64-57).

Como se ha expuesto previamente, la inclusión de las personas con discapacidad es un mandato constitucional, desarrollado en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, y también en las previsiones que se contienen para este colectivo en normas como la Ley Orgánica de Universidades o el Estatuto Básico del Empleado Público y la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

“Es muy importante tener en cuenta que el mandato constitucional y las regulaciones legales que lo desarrollan, relativos a las personas con discapacidad, han dejado bien definido que uno de los objetivos esenciales de la inclusión social es a través del empleo” (DE LORENZO, 2014). Y, teniendo en cuenta que uno de los instrumentos esenciales para la implementación práctica del empleo para personas con discapacidad son las cuotas de reserva, ideadas como una garantía de mínimos

en favor de este colectivo, es preciso que en el ámbito de la universidad pública se tomen las medidas necesarias para que, más allá de las dificultades de la aplicación de la fórmula de las ofertas públicas de empleo, se encuentren los mecanismos adecuados que hagan posible el cumplimiento de la cuota de reserva en favor de personas con discapacidad.

Es cierto que, aunque el EBEP establece que en las ofertas de empleo público se debe reservar un cupo no inferior al 7 % de las vacantes para personas con discapacidad, las universidades no aprueban una oferta de empleo público docente con carácter previo a la convocatoria de plazas, como sí hacen las administraciones públicas. No obstante, las universidades podrían *“realizar un esfuerzo para alcanzar este objetivo de reservar un cupo a las personas con discapacidad introduciendo mecanismos de previsión y análogos en sus reglamentos”* (DE LORENZO, 2014). Así, cada universidad puede prever anualmente las plazas docentes que podrá convocar en el ejercicio y los efectivos de personal docente e investigador que podrá contratar. De esta manera, sería necesario realizar una planificación en materia de recursos humanos PDI con carácter previo a la aprobación de las dotaciones presupuestarias de personal PDI. En la práctica, esta planificación de recursos humanos se correspondería con la oferta de empleo como personal PDI que esa universidad convocaría a lo largo del año.

De acuerdo con el artículo 70 del EBEP, una oferta de empleo público, como instrumento de gestión de la provisión de las necesidades de personal, debería incluir *“las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso”* (DE LORENZO, 2014). A partir de una estimación de estas características, la universidad, a través de sus órganos de gobierno, debería identificar un cupo de un 5 % de entre las plazas que serán convocadas, y reservar las plazas que conformen ese 5 % a candidatos con discapacidad.

Es cierto que hay diferencias entre las diversas plazas a personal PDI, y por eso debería ser cada universidad la que determinara qué plazas integrarán el cupo del 5 % reservado a la discapacidad. Para ello, la universidad cuenta con el sistema de previa acreditación del candidato para poder acceder a los cuerpos docentes, o de su previa evaluación positiva para poder ser contratado. A través de este mecanismo de acreditación y evaluación, que corresponde a la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), el sistema universitario puede saber con antelación cuántas personas con discapacidad han sido acreditadas, o cuántas personas con discapacidad han sido positivamente evaluadas para poder ser contratadas como personal PDI (DE LORENZO, 2014).

Teóricamente la iniciativa de reserva de un cupo de plazas PDI a la discapacidad no requiere de ninguna modificación legal, pues consiste simplemente en aplicar el EBEP. Por esa razón es susceptible y debería implementarse homogéneamente en todas las universidades públicas españolas.

En este sentido, el sector de la discapacidad considera que, mientras no se establezca este cupo de reserva, se está incumpliendo el mandato de la propia Ley Orgánica de Universidades, relativo a la inclusión de las personas con discapacidad en las Universidades, así como los mandatos, en este mismo sentido, de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (CERMI, 2016).

Durán (2014: 12-15) expone varias posibles razones para explicar la dificultad del acceso de las personas con discapacidad como personal docente e investigador universitario y el incumplimiento de la reserva legal de cupos de acceso. Por un lado, explica que el acceso como personal funcionario de los cuerpos docentes universitarios es lento y complejo, principalmente por el requisito de la titulación exigida; es necesario tener titulación de Doctor, lo cual previamente implica tener el título de Máster oficial, la obtención de una acreditación de carácter nacional como profesor titular o catedrático de universidad, y una serie de méritos (publicaciones, estancias en el extranjero, dirección de proyectos de investigación, etc.), docentes y de gestión universitaria y, sin embargo, *“tales requisitos no se adaptan en función de la discapacidad que pueda tener el docente-investigador que solicita la acreditación”*, lo que en la práctica dificulta o ralentiza significativamente la obtención de la acreditación.

A título de ejemplo, destacan los datos estadísticos del reciente estudio sobre el grado de inclusión del sistema universitario español respecto de la realidad de la discapacidad, que indican que *“el total de estudiantes con discapacidad de las 55 universidades participantes, según los datos aportados por las mismas, es de 17.634, lo que supone un 1,7 % sobre el total de estudiantes de estas universidades. Existen más estudiantes con discapacidad que optan por universidades públicas (1,8 %) que privadas (1,1 %). Esto puede ser debido, entre otras cosas, a que en las primeras la matrícula es gratuita. Sin embargo, las diferencias más significativas se centran en la desviación existente entre aquéllos que optan por la modalidad presencial (1,2 %) y a distancia (3,3 %), lo cual podría deberse a la facilidad que ofrecen las universidades a distancia en cuanto al acceso y a la accesibilidad de la información, así como a la flexibilidad para adaptarse a las necesidades especiales del colectivo. Además, el porcentaje de universitarios con discapacidad que extienden sus estudios continúa constante en un 1,2 %, y los que optan por realizar un doctorado sube a un 0,9 %, siguiendo la tendencia de que a mayor nivel de estudios, menor representación de personas con discapacidad”*. (CERMI y Fundación Universia, 2017: 14-16). Por

tanto, de estos datos se extrae que, entre otras, es necesario impulsar medidas para favorecer el acceso de las personas con discapacidad a los estudios superiores, y especialmente a los estudios de doctorado.

Se pueden destacar algunas medidas adicionales a la reserva de un cupo de plazas que podría contribuir a impulsar el acceso de las personas con discapacidad a las plazas de personal docente e investigador en la universidad.

En primer lugar cabría destacar el Programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU) como primer punto de acceso importante para los futuros profesores universitarios (DE LORENZO, 2014). La integración real y efectiva de las personas con discapacidad debería comenzar con medidas de acción positiva en este programa de ayudas FPU, donde las personas con discapacidad se encuentran con las primeras dificultades. Una persona con discapacidad que desee orientarse hacia la docencia universitaria y la investigación deberá acceder a este programa de formación como primer paso de su actividad profesional futura y, sin embargo, la Resolución de las convocatorias de estas ayudas oficiales del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte establecen una reserva de plazas del 2 % para personas con discapacidad, en lugar del 5 % que corresponde conforme a lo establecido en el EBEP, aplicable a estas ayudas⁷.

Del mismo modo, las universidades no reservan en sus convocatorias de contratación de profesores asociados cupos para las personas con discapacidad. Sin embargo, si estas personas con discapacidad que se postulan como profesor asociado provienen de la Administración Pública si que habrán disfrutado de una cuota de reserva para su acceso al empleo público, por lo que habría que corregir esta situación estableciendo igualmente una cuota de reserva para la contratación de profesores asociados (DE LORENZO, 2014).

Otra medida a considerar es que la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), que juega un papel vital en el acceso a la docencia en cuanto que cumple las funciones de acreditación y evaluación del profesorado universitario, de voz y voto al sector de la discapacidad integrando en su Patronato,

⁷ Resolución de 22 de diciembre de 2016, de la secretaría de Estado de Educación, Formación Profesorado y Universidades, por la que se convocan ayudas para la formación de profesorado universitario, de los subprogramas de Formación y de Movilidad incluidos en el Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad, en el marco del Plan Estatal de investigación científica y Técnica y de innovación 2013-2016. Fecha de publicación en la BDNS: 17-01-2017.

órgano colegiado de gobierno y representación, un patrono en representación del sector de la discapacidad (DE LORENZO, 2014).

Igualmente, la ANECA podría ampliar su colaboración en el impulso de las medidas de apoyo al acceso de personas con discapacidad como PDI de la universidad permitiendo o reservando una plaza para que se integren en las Comisiones de Acreditación a personas expertas en representación de las asociaciones de personas con discapacidad.

Podría así plantearse que, dada la infrarrepresentación de las personas con discapacidad en el ámbito del profesorado universitario, las Comisiones de Acreditación deberían contar con un experto en materia de integración de personas con discapacidad, de forma estable y a título de experto en políticas de inclusión.

Esta pretensión tiene su precedente en la inclusión de la obligación de que, desde la reforma de la Ley Orgánica de Universidades operada en el año 2011, estas Comisiones sea equilibrada entre mujeres y hombres, salvo que no sea posible por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Esta exigencia de composición equilibrada entre mujeres y hombres se ha trasladado también a su reglamento, aprobado por el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre (art. 6.3). Y si el principio de igualdad entre hombres y mujeres se ha plasmado en la composición de las Comisiones de Acreditación, el principio de plena inclusión de las personas con discapacidad justificaría la presencia de expertos en acción positiva en materia de inclusión en dichas Comisiones. Sería suficiente con incluir esta previsión en el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, que desarrolla el procedimiento para obtener la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios.

3.2. Medidas de apoyo al personal docente e investigador con discapacidad

El CERMI ha propuesto a todas las universidades públicas que se doten de un reglamento interno que disponga de medidas de acción positiva que aseguren el cumplimiento de la cuota entre personal docente e investigador, y que establezca los apoyos, recursos y ajustes precisos que tendrían a su disposición las personas con discapacidad para el buen desempeño de sus funciones y tareas (CERMI, 2016).

Para facilitar la tarea, CERMI ha desarrollado un modelo de reglamento que ha puesto a disposición de las universidades a tal efecto, y que recoge medidas para facilitar el acceso de personas con discapacidad como personal docente e investigador con discapacidad en la universidad, tales como la reserva de plazas, así como

las medidas de acción positiva para el apoyo y desarrollo al PDI con discapacidad (CERMI, 2014).

Es importante que las universidades garanticen, a través de las oportunas decisiones y acciones positivas, la puesta a disposición del personal PDI con discapacidad, de los medios, apoyos y recursos que aseguren la igualdad real y efectiva de oportunidades a que hace referencia el apartado 3 de la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley Orgánica 6/2001, y favorecerá su permanencia y desarrollo de su carrera profesional en el seno de la universidad.

Estas medidas de acción positiva pueden consistir en las siguientes:

1. Medidas de participación e igualdad de oportunidades.
2. Medidas de apoyo a la movilidad, acceso al centro de trabajo y adaptación del puesto de trabajo, a petición de la persona afectada y en razón de las necesidades específicas de su tipo de discapacidad.
3. Medidas para el desarrollo, soporte y apoyo personal y material de la función docente e investigadora.
4. Reserva de al menos el 5 % para personas con discapacidad de las ayudas dirigidas a la formación del profesorado universitario que se otorguen por la universidad mediante convocatorias de concurrencia competitiva.
5. Cualquier otra acción positiva que se establezca.

A continuación se desarrollan brevemente algunas de estas medidas a título de ejemplo, si bien se podrían desarrollar otras muchas de carácter análogo.

En primer lugar, entre las medidas de participación e igualdad de oportunidades, se pueden adoptar, entre otras, las siguientes:

- a) En los procesos electorales que se realicen a los distintos órganos de la Universidad, garantizar el acceso a la información, la participación en la administración electoral y el ejercicio efectivo del voto de manera autónoma a todas las personas con discapacidad de la Universidad.
- b) Promover la participación de las personas con discapacidad de la Universidad en los diferentes órganos estatutarios de la misma.

- c) Prestar atención a que la documentación oficial que se distribuya a través de cualquier medio electrónico (web, correo electrónico...) desde los distintos ámbitos de la Universidad cumpla con unos criterios mínimos de accesibilidad y usabilidad que permitan su consulta a toda la comunidad universitaria con discapacidad.

Entre las medidas de apoyo a la movilidad, acceso al centro de trabajo y adaptación del puesto de trabajo, se pueden adoptar, al menos, las siguientes:

- a) Garantizar al personal que presente una discapacidad que comporte problemas de movilidad que pueda impartir la docencia o desarrolle la investigación en dependencias accesibles. Asimismo, evitar la asignación de clases o actividades en recintos diferentes o que estén distantes entre sí.
- b) Cuando el personal docente e investigador acredite la necesidad de asistir, en un horario concreto, a procesos de habilitación, rehabilitación, tratamientos médicos o atenciones sociales derivadas de su discapacidad, su departamento debería poder asignarle una docencia u horario compatibles con dichos tratamientos.
- c) Conceder una ayuda económica directa a la persona con discapacidad para sufragar los gastos de desplazamiento, si la discapacidad comporta una reducción notable de movilidad, supone dificultades añadidas o hace necesarios apoyos intensos para el regular ejercicio de las tareas propias de formación e investigación podrá concederse una ayuda económica directa.

Entre las medidas para el desarrollo, soporte y apoyo personal y material de la función docente e investigadora, se pueden adoptar, al menos, las siguientes:

- a) Poner a disposición del personal docente e investigador materiales e instrumentos accesibles para su desempeño profesional, incluidas las plataformas digitales y los materiales informáticos que utilicen.
- b) Proporcionar al personal docente e investigador que presente sordera, discapacidad auditiva o sordoceguera, de servicios de interpretación o de medios de apoyo a la comunicación oral, según su preferencia personal, con el fin de garantizar su plena participación en las actividades de la vida universitaria.
- c) Por su parte, el personal docente o investigador que presente ceguera o discapacidad visual grave, debería disponer de las adaptaciones y del material necesario para acceder a la información de manera autónoma.

- d) Puesta a disposición de un asistente personal de apoyo, siempre que se acredite la necesidad.

Además de las medidas de acceso expuestas en el apartado anterior, así como las medidas de apoyo contenidas en este apartado, conviene implementar una medida para el seguimiento y evaluación, como es la creación de una Comisión evaluadora sobre la reserva de plazas y otras medidas de acción positiva respecto del personal PDI para personas con discapacidad. Esta Comisión se centraría en el impulso, evaluación del cumplimiento, análisis de resultados prácticos y formulación de propuestas operativas de mejora, respecto de la cuota de reserva de plazas y de las otras medidas de acción positiva. Asimismo, esta Comisión tendría como cometido el impulso de la realización de una estadística, permanentemente actualizada, de su personal docente e investigador con discapacidad, con indicación de la plaza que ocupa, su departamento, área de conocimiento, el tipo y grado de discapacidad y los apoyos que precisa, todo ello con estricta sujeción a la normativa sobre protección de datos de carácter personal.

3.3. Universidades que han puesto en marcha medidas de acción positiva

Afortunadamente ya existen unas pocas universidades españolas que han implantado algunas medidas de acción positiva para impulsar el acceso de personas con discapacidad como Personal Docente e Investigador (PDI). A pesar de su escasa relevancia cuantitativa, estos ejemplos tienen un alto valor simbólico y de referencia, por lo que conviene exponerlos a continuación.

Cabe destacar en primer lugar dos universidades que recogen medidas para facilitar el acceso de personas con discapacidad al Personal Docente e Investigador de la Universidad: la Universidad de Oviedo y la Universidad Rey Juan Carlos.

Por un lado, la Universidad Oviedo adoptó el Acuerdo de 20 de febrero de 2015, del Consejo de Gobierno de la Universidad de Oviedo, por el que se aprueba el Reglamento para el acceso y apoyo al personal docente e investigador con discapacidad en la Universidad de Oviedo⁸. En su artículo 6 establece que *“en las convocatorias para cubrir plazas de personal docente investigador que lleve a efecto la universidad, se reservará el porcentaje mínimo que establezca la normativa vigente”*.

⁸ Publicado en el Boletín Oficial del principado de Asturias, Núm. 48 de 27 de noviembre de 2015.

Esta universidad materializó de manera efectiva dicho acuerdo adjudicando plazas reservadas a personas con discapacidad. Concretamente, en su propuesta de empleo público de la Universidad de Oviedo, acordada por su Consejo de Gobierno en sesión ordinaria de 1 de febrero de 2016, preveía que dos plazas para sendos cuerpos docentes, Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad y Cuerpo de Catedráticos de Universidad, estarían reservadas a personas con discapacidad, y que, de no cubrirse esas plazas en la convocatoria de 2016, pasarían a la oferta de empleo del año siguiente. Como resultado, seguidamente se publicó la Resolución de 13 de abril de 2016, del Rector de la Universidad de Oviedo, por la que se convocan concursos de acceso a plazas de Catedrático de Universidad por el turno de discapacidad⁹.

Por su parte, la Universidad Rey Juan Carlos (URJC) adoptó en su Acuerdo del Consejo de Gobierno de 3 de diciembre de 2014 una normativa de medidas de acción positiva aplicadas al Personal Docente e Investigador con discapacidad de la URJC. En su Artículo 8 esta normativa establece que *“En todas las convocatorias para cubrir plazas de personal docente e investigador, ya sean de nuevo ingreso, funcionario, laboral, interinos, becarios, etc. Que se lleve a efecto la Universidad se reservará un mínimo del 5 por ciento de las mismas a personas con discapacidad”*. No obstante, en el caso de esta universidad no nos consta que este artículo haya sido objeto de aplicación efectiva.

Además, estas dos universidades han incluido algunas medidas de apoyo para personal PDI con discapacidad. Por un lado, la Universidad de Oviedo, en el artículo 2 del Acuerdo mencionado previamente, establece el tipo de medidas de acción positiva que se aplicarán al personal PDI de la Universidad de Oviedo con discapacidad reconocida serán: a) medidas económicas para el desarrollo de la función docente e investigadora, b) medidas para el soporte y apoyo a la docencia y la investigación, c) garantía específica de la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, sean sensibles a los riesgos derivados del trabajo.

A su vez, la Universidad Rey Juan Carlos en su Acuerdo del Consejo de Gobierno de 3 de diciembre de 2014 una normativa de medidas de acción positiva aplicadas al Personal Docente e Investigador con discapacidad de la URJC establecía las siguientes medidas de apoyo: a) medidas para el desarrollo de la función docente e investigadora, b) medidas para el soporte y apoyo a la docencia e investigación, c) reducción y/o flexibilización en la dedicación docente, y d) otras de análogo significación.

⁹ Publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias núm. 93 de 22 de abril de 2016.

Por otro lado, dos universidades españolas, sin abordar el problema concreto del acceso de personas con discapacidad como personal PDI, regulan ya algunos aspectos específicos de apoyo al personal docente e investigador con discapacidad. Concretamente, la Universidad de Valencia y la Universidad de Granada.

La Universidad de Valencia aprobó en Consejo de Gobierno de 28 de marzo de 2013 (ACGUV 40/2013), modificado posteriormente en Consejo de Gobierno de 31 de marzo de 2014 (ACGUV 30/2014), el Reglamento de Medidas para la integración del personal docente e investigador con discapacidad de la Universitat de València. En su artículo 1 apartado 3 indica que “*Habrán dos tipos de medidas: Ayudas económicas para el desarrollo de la función docente e investigadora y ayudas de soporte a la docencia*”.

La Universidad de Granada recientemente adoptó una Normativa para la adopción de medidas de acción positiva y de igualdad de Oportunidades para el personal de administración y servicios y personal docente e investigador con discapacidad de la Universidad de Granada¹⁰, en la que se recogen medidas como: a) medidas de acción positiva y de igualdad de oportunidades, b) medidas de apoyo a la movilidad y acceso al centro de trabajo, c) medidas de apoyo dirigidas a mejorar el bienestar físico, psicológico, material, personal y social, el desarrollo personal y la potenciación de las relaciones con el entorno de trabajo, d) medidas de adaptación y apoyo en el desarrollo del trabajo.

A la vista de estos ejemplos se puede observar la diversidad de medidas implementadas por las universidades, así como que tan sólo dos de ellas ha establecido reglamentariamente la necesidad de fijar un cupo de reserva de plazas para personas con discapacidad en sus convocatorias a personal docente e investigador.

Parece conveniente por tanto que, con objeto de orientar y guiar a las universidades, así como de normalizar la implementación de estas medidas, la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE), como órgano rector de las universidades españolas, elaborara un documento un acuerdo o pronunciamiento a través del instrumento oportuno, que establezca criterios orientativos, recomendaciones, posibles fórmulas de implementación para la aplicación efectiva de la cuota de reserva, y el desarrollo de medidas de acción positiva el apoyo al personal PDI con discapacidad (DE LORENZO, 2014: 72).

¹⁰ Publicada en Boletín Oficial de la UGR núm. 111, de 10 de octubre de 2016.

En este sentido, el pasado 3 de marzo de 2017 la CRUE emitió un Comunicado que indica que *“considera prioritario aplicar de forma efectiva la normativa sobre igualdad de oportunidades por parte de las universidades. En este contexto, ha elaborado [...] un documento de recomendaciones para el establecimiento de acciones que puedan facilitar el acceso de personas con discapacidad al ámbito del personal docente e investigador (PDI) y del personal de administración y servicios (PAS) en las universidades”* (CRUE, 2017). Sería conveniente que este documento de recomendaciones se configurase en un instrumento que facilitara y promoviera la implementación de las medidas de acción positiva en las universidades españolas.

4. ESPECIAL ANÁLISIS DE LA UNED

Merece especial atención el caso de la Universidad de Educación a Distancia (UNED). Se trata de una universidad pública que depende directamente de la Administración General del Estado a través del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y que, además, tiene carácter no presencial, una cuestión que, como se ha expuesto previamente, es una de las razones que explican y favorecen el acceso de personas con discapacidad, como estudiantes o como profesores o investigadores.

Más relevante aún es que uno de sus objetivos fundacionales es el de garantizar la igualdad de oportunidades de todas las personas en el acceso a las enseñanzas universitarias. Remover las dificultades que pueden tener muchas personas para acceder a los estudios universitarios es una de las señas de identidad de la UNED, que desde su creación en el año 1972 cuenta ya con más de un millón de antiguos alumnos. La UNED ha posibilitado que accedan a los estudios superiores aquellos estudiantes que no hubieran podido conseguirlo por razones de renta, por su lugar de residencia, o por cualquier otra dificultad.

Pues bien, este principio constitutivo de la UNED, consistente en garantizar la igualdad de oportunidades, debería proyectarse también en la conformación de su propio profesorado, a la hora de que puedan integrarse en él de manera efectiva las personas con discapacidad.

Por ello, un objetivo estratégico de la UNED y de su política corporativa y de recursos humanos debe ser la integración de personas con discapacidad en el profesorado universitario.

Lo anterior contrasta con un hecho muy positivo vivido en esta universidad y que la ha situado en vanguardia de la comunidad universitaria española. En efecto,

la UNED ha desarrollado desde hace muchos años, experimentándose una creciente y significativa curva de mejora, medidas de acción positiva para favorecer la incorporación como estudiantes de personas con discapacidad contando, actualmente, con una cifra ciertamente relevante; del total de 218.079 estudiantes matriculados en el curso 2015/2016, 7.432 estudiantes habían declarado una condición de discapacidad, lo que representa el 3,4 % del total de estudiantes de la UNED (UNED, 2016)¹¹.

A partir de estos datos, es forzoso reconocer que subsisten en el ámbito universitario barreras y obstáculos que dificultan el acceso de las personas con discapacidad a la comunidad universitaria, en la condición de personal docente e investigador (PDI) de la misma. Si la discapacidad está infrarrepresentada en este ámbito profesional, es evidente que la plena igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad es un objetivo aún no alcanzado en la Universidad española.

También la UNED está hoy lejos del objetivo de que un 2 % de sus efectivos totales de personal docente e investigador sean personas con discapacidad. Esta situación no es razonable para una Universidad que tiene un alto nivel de compromiso en materia de responsabilidad social, y en materia de fomento de una sociedad basada en valores igualitarios. La integración real y efectiva de personas con discapacidad en su profesorado debe ser un criterio estratégico en la organización de esta universidad como lo es ya, por ejemplo, el principio de igualdad de género¹².

La medida de acción positiva por excelencia es, sin duda, la reserva de un cupo de plazas para personas con discapacidad en el ámbito de la investigación y docencia universitaria. En nuestro ordenamiento, las cuotas de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad están previstas con carácter general tanto para el empleo público como para el empleo privado, y la UNED no puede ser un ámbito profesional al que resulte ajeno el objetivo de integrar a las personas con discapacidad, sino más bien al contrario: debe ser una nueva ocasión en la que la UNED demuestre su vocación de vanguardia e innovación dentro de la universidad española.

¹¹ Se estima que el porcentaje de universitarios con discapacidad en universidades españolas en 2016 era solo del 1,3 % del total de estudiantes universitarios, y que el porcentaje se reduce cuando se trata de posgrados, doctorados y personal investigador. De forma que en las universidades españolas solo hay algo más de 20.000 personas con discapacidad y de ellos casi el 50 % estudia en la UNED. (Fundación ONCE: 2016).

¹² En las últimas elecciones a Rector de la UNED, celebradas del 3 al 6 de abril de 2017, en las que ha resultado elegido Alejandro Tiana, constatamos que el candidato, ya nuevo Rector electo, ha adquirido un compromiso en su programa electoral de “Estableceremos un plan estratégico integral de inclusión y fomento de la diversidad que atienda todos los ámbitos, incluyendo tanto aspectos académicos y curriculares como laborales” en su mandato que ahora inicia UNED, 2017).

En conclusión, la fijación de una reserva de plazas de personal docente e investigador para las personas con discapacidad, y otras iniciativas complementarias, son medidas de acción positiva que la UNED debe acometer de manera ineludible.

Para ello no hay que realizar ninguna modificación normativa. Se trata pura y simplemente de aplicar el mandato del artículo 59 del Estatuto Básico del Empleado Público, cuya vigencia para las Universidades Públicas es indiscutible conforme a su artículo 2.1.e).

La reserva de puestos de trabajo es una medida de acción positiva totalmente normalizada, exigida por el Estatuto Básico del Empleado Público y por la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, y que tiene su respaldo último en el artículo 49 de la Constitución, desarrollado en materia universitaria en la Ley Orgánica de Universidades. Su aplicación en la Universidad Nacional de Educación a Distancia es una iniciativa que permitirá que las personas con discapacidad estén incluidas en ella, como personal docente e investigador, con una plena y real igualdad de oportunidades; lo que tendrá su complemento perfecto en las medidas de acción positiva para facilitar la carrera docente e investigadora de aquellas personas con discapacidad que hayan alcanzado un puesto de trabajo como personal PDI.

La modalidad de enseñanza que brinda la UNED, no presencial, con una amplia utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, ofrece unas óptimas condiciones para la integración de profesorado con discapacidad. En efecto, las nuevas tecnologías de la enseñanza, en las cuales la UNED es lógicamente pionera, permiten realizar las adaptaciones y los ajustes que eventualmente pueda necesitar una persona con discapacidad para realizar sus funciones docentes de forma óptima, contando para ello, con las adaptaciones y ajustes razonables que sean precisos para posibilitar su tarea de manera real y efectiva.

La principal medida a adoptar por parte de la UNED sería la de disponer una cuota de reserva de plazas de un mínimo del 5% de personal docente o investigador para personas con discapacidad, ya sean plazas de nuevo ingreso o de promoción, hasta que se consiga alcanzar un 2% del total de la plantilla del personal PDI de la UNED.

Además, la UNED podría garantizar, a través de las oportunas decisiones y acciones positivas, la puesta a disposición del personal PDI con discapacidad, de los medios, apoyos y recursos que aseguren la igualdad real y efectiva de oportunidades a que hace referencia el apartado 3 de la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley Orgánica 6/2001, y favorecerá su permanencia y desarrollo de su carrera

profesional en el seno de la UNED. Estas medidas de apoyo podrían incluir todas las mencionadas en el apartado 3.2 de este artículo, o cualesquiera análogos.

BIBLIOGRAFÍA

- CERMI (2016). Noticia. El CERMI reclama a las universidades que cumplan con la inclusión laboral. Disponible en: <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=7980> [último acceso: 12/04/2017].
- CERMI (2014). Noticia. El CERMI propone a las Universidades un reglamento de apoyo al personal docente e investigador con discapacidad. Disponible en: <http://www.cermi.es/es-es/noticias/paginas/inicio.aspx?TSMEIdNot=5023> [último acceso: 12/04/2017].
- CRUE (2017). Comunicado Crue Universidades Españolas sobre la reserva de plazas de PDI y PAS en las universidades. Disponible en: http://www.crue.org/Documentos%20compartidos/Comunicados/2017.03.03%20NP_Comunicado%20Crue%20Universidades%20Espa%C3%B1olas%20sobre%20la%20reserva%20de%20plazas%20de%20PDI%20y%20PAS%20en%20las%20universidades.pdf [último acceso: 12/04/2017].
- CERMI Y FUNDACIÓN UNIVERSIA (2017). *III Estudio sobre el grado de inclusión del sistema universitario español respecto de la realidad de la discapacidad*.
- DE LORENZO GARCÍA, R. (2014). “Reflexiones y propuestas de acción positiva para la inclusión de personas con discapacidad como personal docente e investigador en las universidades españolas”. *Libro de Actas del II Congreso Internacional de Universidad y Discapacidad*. Fundación ONCE, Madrid.
- DE LORENZO GARCÍA, R. y DE MIGUEL VIJANDI, B. (2015). “Factores determinantes de la dignidad y ciudadanía de las personas con discapacidad: la relevancia de la inserción laboral”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 43, 2016.
- DURÁN RUIZ, F. (2016). “El acceso de los discapacitados como personal docente-investigador universitario. Sombras de inaplicación de la LGDPD”. *Libro de Actas del III Congreso Internacional de Universidad y Discapacidad*. Fundación ONCE, Madrid.

FUNDACIÓN ONCE (2016). Noticia: Fundación ONCE anima a alumnos con discapacidad a irse de Erasmus. <http://www.fundaciononce.es/es/noticia/fundacion-once-anima-alumnos-con-discapacidad-irse-de-erasmus> [último acceso: 12/04/2017].

UNED (2017), Programa Electoral de Alejandro Tiana. http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/VICERRECTORADOS/SECRETARIA/ELECCIONES%20RECTOR%202017/CANDIDATOS%20RECTOR/CANDIDATOS%20RECTOR%202017/CANDIDATO_05/PROGRAMA-BALANCE%201-91-BAJA.PDF [último acceso: 12/04/2017].

UNED (2016). Memoria del Curso 2015/2016, de 6 de Octubre de 2016. http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/VICERRECTORADOS/SECRETARIA/MEMORIAS/RESUMEN%20MEMORIA%20UNED%2015-16.PDF [último acceso: 12/04/2017].

Esperanza Alcáin Martínez

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada.

Patrona de la Fundación Derecho y Discapacidad

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA Y LA DISCAPACIDAD: UNA CONTRIBUCIÓN A LO QUE LA UNIVERSIDAD TIENE QUE SER “ADEMÁS”

SUMARIO: I. Introducción. Panorama legislativo. –II. ¿Qué es la Responsabilidad Social Universitaria? –III. La Responsabilidad Social Universitaria y la Discapacidad (RSU-D). Aportación de nuevos indicadores para su desarrollo. 1. La RSU-D requiere el cumplimiento de la ley e ir más allá. 2. La RSU-D a través de la transversalidad especializada y la especialización transversal. 3. La RSU-D conforme al Diseño para Todas las Personas (DPTP) y la inclusión social. –IV. Conclusiones. –Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN. PANORAMA LEGISLATIVO

Sirva este artículo de reflexión para abordar dos grandes temas, la Responsabilidad Social Universitaria (RSU) y la Discapacidad, temas que no son nuevos (prueba de ello es la profusa bibliografía que actualmente existe), y que sus orígenes son distintos, pero son dos temas que están llamados a entenderse. Tienen en común que su evolución (a nivel teórico, práctico, legal y doctrinal) no ha sido como debiera y tienen en común que su correcta incorporación en el sistema universitario nos permitirá obtener las “herramientas” necesarias para la universidad del siglo XXI. De ahí la necesidad de afrontarlo.

Releyendo la obra de Ortega y Gasset “La misión de la Universidad”, titula el último apartado “Lo que la Universidad tiene que ser ‘además’”. Cuando lo escribe, en 1930 no se hablaba aún de la Responsabilidad Social, ni se valoraba siquiera la posibilidad de que una persona con discapacidad cursara estudios en la universidad, pero las palabras del filósofo las tomo como los inicios del tema que hoy nos ocupa, la RSU y la Discapacidad (RSU-D).

Quiero aclarar que cuando hablamos de responsabilidad en ningún momento nos referimos a responsabilidad jurídica (civil, penal, administrativa, etc.), por el daño causado, por cometer una falta o un delito, por infringir una norma o, por la asunción de riesgo creado. Optamos por la acepción 4 que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española: “Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”.

La Universidad como institución y los miembros de la comunidad universitaria somos “responsable” frente a la sociedad por el cumplimiento o no de nuestras funciones, de nuestras obligaciones. Hemos de asumir las consecuencias.

La Ley Orgánica 6/2001, de Universidades (modificada por Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril) no contempla la responsabilidad social universitaria como tal en su articulado. Pero sí, desde la Exposición de Motivos hace referencia a “la coparticipación y corresponsabilidad entre sociedad y Universidad”. El artículo 1.2 enumera las funciones indicando expresamente que “son funciones de la Universidad al servicio de la sociedad”, y al regular la autonomía universitaria el artículo 2 en su apartado 4 establece que “la autonomía universitaria exige y hace posible que docentes, investigadores y estudiantes cumplan con sus respectivas responsabilidades, en orden a la satisfacción de las necesidades educativas, científicas y profesionales de la sociedad, así como que las Universidades rindan cuentas del uso de sus medios y recursos a la sociedad”.

Con la reforma de 2007 se fija como uno de los objetivos “potenciar la autonomía de las universidades, a la vez que se aumenta la exigencia de rendir cuentas sobre el cumplimiento de sus funciones”, todo ello “... apoyando la modernización de las universidades europeas con el fin de convertirlas en agentes activos para la transformación de Europa en una economía plenamente integrada en la sociedad del conocimiento”. Esta modernización se debía hacer sin olvidar el papel de la universidad como transmisor esencial de valores. Se fijaba el reto para alcanzar una sociedad tolerante e igualitaria, pero incidiendo más en la igualdad entre hombres y mujeres. No obstante, se hacía referencia a la necesidad de impulsar políticas activas para garantizar la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad

y el apoyo permanente a las personas con necesidades especiales (Preámbulo). Tal y como se redacta, será el Consejo Social el órgano de participación de la sociedad en la universidad, y debe ejercer como elemento de interrelación entre la sociedad y la universidad (más adelante veremos la necesidad de que la RSU se asuma por todos los miembros de la comunidad universitaria).

Posteriormente, la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (aplicable a la Universidad, entre otros organismos públicos) señala en su artículo 2 como uno de los objetivos generales: “i) Fomentar la cooperación al desarrollo en materia de investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación, orientada al progreso social y productivo, bajo el principio de la responsabilidad social de las instituciones de investigación e innovación”.

Pues bien, a partir de esta referencia normativa, hemos de acudir a la doctrina, a los estudios realizados desde distintas áreas de conocimiento (Economía, Filosofía, Educación, Ética, etc.). Estrategias elaboradas desde los distintos Ministerios, Guías o Cuadernos, todos documentos que han contribuido a crear una cultura importante en torno a la RSU y que son los que nos permiten llegar a conocer qué es o en qué consiste la RSU para conseguir ejercerla desde la propia Universidad¹.

Es la “*Estrategia Universidad 2015 (EU 2015): Contribución de las universidades al progreso socioeconómico español*”² la que impulsa la RSU situándola como una pieza fundamental del compromiso de la universidad con su sociedad y con su tiempo, así como con las generaciones futuras. Es, por tanto, un aspecto central de la dimensión social de la universidad, así como también de la aspiración de esta institución a la calidad y a la excelencia renovada para todos. Las universidades son consideradas agentes centrales del desarrollo social, económico y cultural. Se vincula la dimensión social con el desarrollo sostenible de las universidades y es considerada como una pieza clave para la modernización de las universidades.

¹ Prueba de ello es la creación de, por ejemplo, el Grupo de Investigación en RSU (rsuniversitaria.org), o la elaboración de Tesis doctorales en áreas de conocimiento distintas. Por ejemplo, CORREIA MENDES E LAND, Ana Isabel. *La Responsabilidad Social Universitaria. El Caso de la UNED (España)*. (Tesis Doctoral) Departamento de Teoría de la Educación y Pedagogía Social. Facultad de Educación. UNED. 2015. MONTES GUTIÉRREZ, M.ª del Pilar. *La Responsabilidad Social Universitaria en España: Propuesta de un modelo de memoria para su verificación*. (Tesis Doctoral). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Departamento Economía de la Empresa. Universidad Rey Juan Carlos. 2015.

² *Estrategia Universidad 2015. Contribución de las universidades al progreso socioeconómico español 2010-2015*. Ministerio De Educación. 2011.

Importante fue la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible (LES) ya que se introdujo con rango legal cambios básicos e imprescindibles. Por ejemplo, es la LES la que nos sitúa en tres dimensiones al hablar de sostenibilidad: Económica, asentada en la mejora de la competitividad, en la innovación y en la formación; Medioambiental, aprovechando la imprescindible gestión racional de los medios naturales para impulsar nuevas actividades y nuevos empleos, y Social, persiguiendo la igualdad de oportunidades y la cohesión social.

Muy clarificador es el documento “La Responsabilidad Social de la Universidad y el Desarrollo Sostenible” elaborado por la Comisión Técnica EU2015 del Ministerio de Educación en 2011³. Además, en él encontramos numerosas referencias a la discapacidad, aunque toma como base normativa en materia de discapacidad la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), actualmente derogada. También es cierto que en aquel momento ya se podría haber incorporado los principios de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), en vigor en España desde 2008.

Actualmente la Agenda 2030 elaborada por la ONU nos marca los Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS). Es una agenda inclusiva que tendrá que ejecutarse conforme a los principios y preceptos de la CIDPD. Especialmente importantes son

³ Es orientativo conocer los objetivos generales que incorpora para conseguir la RSU-DS: a) Impulsar la institucionalización, generalización y sistematización de la responsabilidad social de las universidades y la sostenibilidad universitaria. b) Ofrecer un diagnóstico adecuado de la situación actual, integrando los avances ya conseguidos. c) Delimitar los conceptos de responsabilidad social, de desarrollo sostenible y de sostenibilidad universitaria en el marco de la Tercera Misión del Sistema Universitario Español (SUE), teniendo en cuenta el contexto internacional, europeo y español, así como los avances en este terreno alcanzados ya por el SUE. d) Promover la incorporación de estructuras e instrumentos que favorezcan la institucionalización. e) Favorecer los mecanismos para generar una producción de información comparable en todo el SUE y que sea exportable para su inclusión en las políticas internacionales. f) Elaborar recomendaciones para la incorporación de la responsabilidad social y del desarrollo sostenible en los instrumentos generales y específicos de gestión del SUE. Para ello se incluirán estas recomendaciones en los trabajos de la Comisión que desarrolla el Sistema Integral de Información de las Universidades Españolas. g) Promover la realización de memorias o informes de las acciones llevadas a cabo en el marco de la responsabilidad social y la sostenibilidad por parte de las universidades. Periódicamente, esta información se remitirá a las comisiones parlamentarias correspondientes para su conocimiento. h) Proponer recomendaciones para su impulso en todos los ámbitos de la vida universitaria, de manera transversal, incluyendo la comunicación interna y externa. Esta función se debe enmarcar en el esfuerzo por exponer a la sociedad la “Contribución Socioeconómica de las Universidades en su Entorno Local y Regional”. Igualmente, debe coordinarse la rendición de cuentas de esta misión universitaria con el informe global de contribución socioeconómica que todo el SUE deberá realizar en el horizonte 2015.

el Objetivo 4: Educación de calidad, el Objetivo 8: Trabajo digno y crecimiento económico, el Objetivo 10: Reducción de las desigualdades y el Objetivo 11: Ciudades y comunidades sostenibles.

Es posible que la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible sea el motor de impulso para reactivar la implantación de la Responsabilidad Social, la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) y la RSU.

Leyendo estas normas y documentos, comprobamos una vez más que los temas vinculados con la discapacidad no se abordan en profundidad, sino que solo se mencionan, pero sin ser conscientes de las consecuencias prácticas que conlleva, ni de los mecanismos que hay que poner en marcha para hacer realidad los objetivos marcados. Es más, estas normas no se han reformado conforme a los principios y articulado de la CIDPD y del Texto Refundido de Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (TRLGDPD)⁴.

Muy importante es el Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020 realizado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad como instrumento de desarrollo de la Estrategia Española sobre Discapacidad. Las líneas de acción del Plan se enmarcan en la CIDPD, en las directrices de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, en la Estrategia Europa 2020 y en las previsiones de la Estrategia Española sobre Discapacidad. Todos ellos tomando como referente la TRLGDPD.

El Plan está orientado a la eliminación de las causas de discriminación, al partir de la idea de que la igualdad de derechos de todas las personas ha de ser el referente para cualquier medida que pretenda actuar sobre las condiciones de exclusión en las que frecuentemente se encuentran las personas con discapacidad. Está estructurado en cinco áreas: igualdad para todas las personas, empleo, educación, accesibilidad, dinamización de la economía. Todas ellas son extrapolables a la Universidad y sus funciones, ya que directa e indirectamente sus actuaciones llevarán a la consecución de los objetivos previstos.

⁴ Sí se contempla la referencia expresa a estos textos legales y por tanto demuestra el conocimiento de la base jurídica para actuar en el documento elaborado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas. Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora.* 2015, p. 72.

Aunar los puntos marcados en el Resumen Ejecutivo del documento “La Responsabilidad Social de la Universidad y el Desarrollo Sostenible” con el Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020 conforme a los principios y normas establecidas en la CIDPD y TRLGDPD supondría un avance en la consecución de la RSU-D.

II. ¿QUÉ ES LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA?

Es importante partir de un concepto de RSU que nos sirva de marco teórico útil para marcar las directrices a seguir, pero no es labor fácil ya que al no tener una definición legal⁵ podemos optar por cualquiera de los conceptos doctrinales basados en diferentes teorías cuyo objetivo es justificar su existencia, responder a expectativas o sencillamente ser el punto de partida de un estudio⁶.

Comparto, para comenzar, la definición de la Comisión Técnica de la EU 2015: “cabe definir la responsabilidad social del sistema universitario y de las universidades como una re-conceptualización del conjunto de la institución universitaria a la luz de los valores, objetivos, formas de gestión e iniciativas que implican un mayor compromiso con la sociedad y con la contribución a un nuevo modelo de desarrollo más equilibrado y sostenible. Este enfoque debe aplicarse tanto en su visión y gestión interna como en su proyección exterior, así como en la realización del conjunto de sus misiones, en su relación con las personas y los entornos, y en la dimensión social, económica, ambiental y cultural de sus actividades”⁷.

⁵ Elaborar una “norma de responsabilidad social universitaria” aplicable a todas las Universidades sería un reto legislativo marcado, cómo no, por el principio de autonomía universitaria, pero permitiría trabajar conforme a unas directrices y unos tiempos.

⁶ *Vid.* Larrán Jorge, M., Andrades-Peña, F. J. “Análisis de la responsabilidad social universitaria desde diferentes enfoques teóricos”. *Revista Iberoamericana de Educación Superior* Núm. 15 Vol. VI, 2015, pp. 91-107. En este artículo encontramos las principales características conceptuales de cada una de las teorías económicas utilizadas como referencia justificando su conexión con la responsabilidad social tanto en el ámbito empresarial como en el ámbito público, con especial referencia al contexto universitario. Se analizan comparativamente las distintas teorías, resaltando sus similitudes y diferencias conceptuales. Finalmente se muestra, a modo de resumen, las principales conclusiones, detallando sus implicaciones para la práctica y la investigación en RSU.

⁷ Punto 9 del Resumen ejecutivo del documento “La responsabilidad social de la Universidad y el desarrollo sostenible”, documento elaborado por la Comisión técnica de la estrategia Universidad 2015, Ministerio de Educación, Madrid, octubre de 2011, p. 33.

La implantación en la Universidades se está realizando paulatinamente, existen barreras y aceleradores⁸ y los autores nos ofrecen orientaciones sobre cuáles han de ser los pasos a seguir en el proceso de implantar la Responsabilidad Social en la Universidad.

El informe EU2015 establece que la estrategia para implantar la RSU, debe llevar los siguientes puntos:

1. Gobierno y administración responsable, efectiva y eficiente, siguiendo principios de: verdad, libertad, utilidad, cercanía, integridad, honradez, respeto, trato equitativo, responsabilidad, excelencia y competitividad.
2. Fomento de acciones de sensibilización y formación para la comunidad universitaria que fomenten valores personales y ciudadanos éticos.
3. Cooperación en la solución de problemas del entorno, de la sociedad.
4. Gestión interna universitaria socialmente responsable, seguida con instrumentos de control.
5. Inserción de la universidad en su entorno local inmediato.

Estos cinco aspectos deben ser revisados y aplicados para los tres tipos de actores que intervienen en la universidad: Personal Docente e Investigador (PDI), Estudiantes y Personal de Administración y Servicios (PAS).

También se nos indica cómo abordar la RSU-DS a través de los siguientes pasos: El primero de ellos es el compromiso estratégico dentro de los propios planes estratégicos, el segundo es la implantación de un sistema de gestión interno, incorporando prácticas e indicadores que permitan medir el esfuerzo y el tercero de ellos es abogar por una transparencia y por la rendición de cuentas a la sociedad”⁹.

Ahora bien, en esta diversidad doctrinal, detectamos un punto en común. Prácticamente, todos los autores que abordan este tema parten del concepto de RS,

⁸ Vid. Larrán Jorge, M. (Coordinador): “Análisis del nivel de implantación de políticas de responsabilidad social en las universidades españolas”. Colección Experiencias y Resultados N° 03. Conferencia de Consejos Sociales de las Universidades Públicas Españolas, 2014.

⁹ García Benau, María Antonia. *Responsabilidad Social Universitaria y Desarrollo Sostenible*. Cuaderno de trabajo n° 8. Studia XXI, Fundación Europea Sociedad y Educación.

continuando por la RSE para ofrecer un concepto de RSU. Según mi opinión, si bien podemos utilizar conceptos, trayectoria, evolución de la RSE, no considero correcta la traslación mecánica o automática de esquemas y estructuras económicas o empresariales, ya que nos puede desviar de la esencia de la Universidad¹⁰.

Soy partidaria de iniciar un análisis en profundidad de la RSU, pero sin vincularla directamente con la RSE. “En definitiva, la responsabilidad social de las empresas y de las universidades son procesos que se realimentan y se fortalecen mutuamente. La aplicación de los principios de responsabilidad social refuerza la colaboración entre empresas y universidades. La empresa es un grupo de interés para la universidad, y ésta a su vez, como parte de la sociedad e institución superior de conocimiento, lo es para la empresa y para el resto de instituciones.

Por tanto, la RSU implica un mayor conocimiento y atención a los intereses de los grupos y esto contribuye a fomentar la innovación, la transmisión de conocimiento a la mejora de la formación de los futuros profesionales, y con ello, a la mejora de la competitividad de la empresa. Esto da lugar a que se establezcan una serie de alianzas, más o menos estables y a que degeneren una colaboración con la sociedad que contribuya al progreso de las universidades”¹¹.

Comparto cuando el planteamiento se hace desde las coordenadas de la ética, tratando de asentar el eje nuclear de la responsabilidad universitaria su valor transformador y su deber de ponerse al servicio de la justicia social.

“Es responsabilidad de la universidad la promoción de la justicia social, es decir, la transformación de las estructuras de injusticia y desigualdad de nuestras sociedades a partir de los ámbitos de actividad que le son propios. Lo cual implica poner la docencia, la investigación y la proyección social al servicio de la justicia social. La responsabilidad de las universidades no consiste únicamente en formar ciudadanos responsables, en contribuir al desarrollo económico, social y cultural de nuestras sociedades, o en generar nuevos saberes a través de la investigación y transmitirlos adecuadamente. Aun siendo parte del contenido de su responsabilidad, cada una

¹⁰ Importante para recordar y no olvidar qué es la Universidad, la evolución histórica que nos presenta Martín López, M. T. en “Relaciones Universidad/Sociedad: Conceptos de Responsabilidad Social universitaria” en “Responsabilidad Social Universitaria Sociedad, Formación y Actores” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 6-33.

¹¹ GUADAMILLAS GÓMEZ, Fátima. “Responsabilidad Social, de la Empresa a la Universidad “. *Responsabilidad Social Universitaria Sociedad, Formación y Actores*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2016. pp. 34-51.

de estas acciones debe tener presente el horizonte de referencia al que deben ir encaminadas. Siendo la universidad una institución que influye en la sociedad, es responsable de canalizar esa influencia con una clara orientación transformadora hacia los ámbitos de vulnerabilidad social y económica presentes en nuestras sociedades¹².

III. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA Y LA DISCAPACIDAD (RSU-D). APORTACIÓN DE NUEVOS INDICADORES PARA SU DESARROLLO

Una vez que nos hemos acercado a la RSU y siendo conscientes de la necesidad de avanzar en la elaboración de un marco conceptual y unos criterios multidisciplinares que nos lleven a su correcto desarrollo, el siguiente paso es conectar la discapacidad (-D), y ello supone no solo la incorporación de los principios inspiradores de la CIDPD y TRLGD, sino las actuaciones que de ella se derivan en relación con los miembros de la comunidad universitaria (PDI, PAS y estudiantes) con discapacidad, en la propia Universidad como institución (docencia, investigación, administración, servicios,...) y en las relaciones de la Universidad con la Sociedad (Administraciones Públicas, Colegios Profesionales, empresas, movimiento asociativo, Tercer Sector..).

Bastaría incorporar con carácter transversal la dimensión discapacidad en todas y cada una de las actuaciones de la Universidad conforme marca la legislación vigente, pero hemos comprobado que no es suficiente. Revelador es el III Estudio sobre el grado de inclusión del sistema universitario español respecto de la realidad de la discapacidad elaborado por Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y Fundación Universia (2016)¹³.

Dos son los trabajos específicos sobre la RSU-D y aunque están basados en la LIONDAU afrontan el tema con rigor y conocimiento tanto de la Universidad como de la Discapacidad (ambas representadas en el Observatorio Universidad y Discapacidad por la el Área de Accesibilidad Universal de Fundación ONCE y la Cátedra de

¹² DE LA CRUZ AYUSO, Cristina., SASIA SANT, Pedro. “La responsabilidad de la Universidad en el proyecto de construcción de una sociedad”, Revista Educación Superior y Sociedad, vol. 13, nº 2, 2008, pp. 26 y 27.

¹³ Ilustrativas son también las conclusiones que aportan Guasch Murillo, D. y Hernández Galán, J. en “La Responsabilidad Social Universitaria y Discapacidad (RSU-D)” en el apartado “La RSU-D en la universidad española”, pp. 55 a 65. LARRÁN JORGE, Manuel (Coordinador). *Análisis del nivel de implantación de políticas de responsabilidad social en las universidades españolas*. Colección Experiencias y Resultados nº 3. Conferencia de Consejos Sociales de las Universidades Públicas Españolas, 2014, p. 157.

Accesibilidad de la Universidad Politécnica de Cataluña). Cada uno de estos trabajos hace aportaciones relevantes y únicas en la materia que recomiendo leer y consultar¹⁴.

No obstante, como he señalado anteriormente considero que para trabajar la RSU y por tanto la RSU-D, para lograr las sinergias idóneas entre Universidad-Discapacidad-Sociedad, no debemos aplicar mecánicamente el esquema de la RSE.

Está claro que la RSU-D presenta unas particularidades derivadas por la propia esencia de lo que es la Discapacidad. “La integración de la igualdad de oportunidades, no discriminación y la accesibilidad universal en la política de responsabilidad social de cualquier organización, entre ellas la Universidad, no es tarea fácil ni trivial. La complejidad viene dada por su transversalidad, por sus múltiples campos de acción y, a menudo, por el desconocimiento que existe de esta materia en muchas organizaciones. Asimismo, es cierto que parte de estas cuestiones están reguladas por diversas normativas y legislaciones, no obstante, una Universidad (y cualquier otro tipo de organización) socialmente responsable en materia de discapacidad debe trascender la observancia estricta de la ley, debe ir más allá de lo que se le exige legalmente para concebir, hacer realidad y rentabilizar un modelo sostenible de gestión inclusiva de la Universidad”¹⁵.

De estos párrafos podemos extraer unos puntos importantes que nos sirven para aportar nuevos elementos para lograr implantar, desarrollar y transmitir una RSU-D efectiva:

1. La RSU-D implica ir más allá del cumplimiento de la ley.
2. La RSU-D se caracteriza por la transversalidad.
3. La RSU-D conlleva una gestión inclusiva de la Universidad conforme al Diseño para Todas las Personas.

Paso a exponerlos brevemente.

¹⁴ GUASCH MURILLO, Daniel, HERNÁNDEZ GALÁN, Jesús. (Coordinadores) *La Responsabilidad Social Universitaria y Discapacidad (RSU-D)*. Ed. Observatorio Universidad y Discapacidad (Fundación ONCE y Universidad Politécnica de Cataluña) 2012. GUASCH MURILLO, Daniel. *Guía de Responsabilidad Social Universitaria y Discapacidad: RSU-D*. Barcelona. Ed. Cátedra de Accesibilidad de la Universidad Politécnica de Cataluña. 2012.

¹⁵ Guasch Murillo, D. y Hernández Galán, J. en “La Responsabilidad Social Universitaria y Discapacidad (RSU-D)” en el apartado “La RSU-D en la universidad española”, p. 53.

1. La RSU-D requiere el cumplimiento de la ley e ir más allá

Es asumido en los trabajos sobre la RSU que esta debe entenderse como un plus normativo “que va más allá del marco jurídico vigente, y que es complementario de la responsabilidad jurídica en sentido estricto”¹⁶.

Es incuestionable que en un Estado social y democrático de Derecho como propugna el artículo 1 de la Constitución Española, la base es el ordenamiento jurídico y, por tanto, hay que ubicar el cumplimiento de las normas legales *ab initio* de cualquier actuación. En el ámbito de la Discapacidad no ha sucedido así, y de hecho todavía no se ha implementado la CIDPD en la totalidad de nuestras normas.

En concreto, en relación al tema que nos ocupa, habría que empezar por modificar la LOU y a partir de ahí revisar todas las normas, estales y autonómicas, así como los Estatutos de la Universidades y demás disposiciones internas aprobadas por el Consejo de Gobierno de cada Universidad.

Pero esta tarea es lenta y difícil de ejecutar en un solo acto, es una obligación de *tracto sucesivo*. Por eso considero que, en el ámbito de la discapacidad, puede que sea la RSU una vía idónea para lograr aplicar e inculcar los principios que informan la discapacidad en el ámbito universitario y conseguir la paulatina reforma normativa hasta su definitiva implantación.

Y ello porque la misma LOU requiere de su actualización en esta materia y no basta la referencia legal sino el cambio de paradigma o modelo de discapacidad introducido por la CIDPD.

No basta un cambio en la terminología de los textos (Ley, Estatuto, Reglamentos, etc.), sino que se ha de producir un cambio en la percepción de la discapacidad, se ha de incorporar en la cotidianidad de la vida universitaria el modelo social de discapacidad¹⁷, conseguir que todos los miembros de la comunidad universitaria abandonen la actitud voluntarista y “normalizando” las cuestiones vinculadas con la discapacidad hagan de la inclusión de las personas con discapacidad un *modus vivendi* que vaya fraguando en la esencia de la Universidad.

¹⁶ –Y así se contempla con carácter general en el punto 12 del documento La Responsabilidad Social de la Universidad y el Desarrollo Sostenible elaborado por la Comisión Técnica de la EU 2015.

¹⁷ –Hay muchos textos que hacen referencia al modelo social y que fácilmente se pueden consultar por ejemplo en la biblioteca del CERMI www.cermi.es o en el apartado de publicaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad www.fderechoydiscapacidad.es

La formación y la información de todos los agentes implicados dentro y fuera de la Universidad permitirá ir más allá de la ley. Es incuestionable que siguen existiendo barreras psicológicas impuestas por el desconocimiento de la discapacidad, el miedo a la discapacidad, o el inmovilismo de la zona de confort y para lograr derribarlas lo primero que hay que ofrecer a la sociedad y en concreto a la comunidad universitaria es la formación: todos los miembros de la comunidad universitaria deben tener los conocimientos básicos en discapacidad, como mínimo. Esta formación adaptada a la particularidad de cada sector (Estudiantes, PAS o PDI) constituirá la base sólida que garantice una actuación conforme a los principios de la CIDPD.

2. La RSU-D a través de la transversalidad especializada y la especialización transversal¹⁸

Esencial a la discapacidad es la transversalidad. El artículo 2, o) del TRDPD define la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad como “el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones Públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad”.

Trasladar todos los aspectos que conlleva la discapacidad obliga a trabajar transversalmente, a todos los niveles y en todos los planos. Así se hará con todos los miembros de la comunidad universitaria, a nivel de formación, investigación y servicios, pero, además la comunidad universitaria lo hará con la sociedad (Administración Públicas, movimiento asociativo, Tercer Sector, empresas, etc.). No se crean nuevas materias de trabajo, asignaturas, titulaciones o estructuras. Lo importante es conseguir que las funciones de la Universidad y los valores propios de la Universidad se desarrollen conforme a los principios que la CIDPD proclama con carácter general.

Claro que esa transversalidad debe ser especializada pues ha de estar preparada en el nuevo modelo de discapacidad, ha de incorporar la accesibilidad universal, la

¹⁸ Estos términos surgen por primera vez en el Grupo de Trabajo que elaboramos el Libro *Formación Curricular en Diseño para Todas las Personas en el Grado de Derecho* (CRUE-FONCE, 2014), pp. 93-95. Grupo que tuve el honor de coordinar y que estaba integrado por: Roger Campione, Universidad Pública de Navarra; Elena Cruz, FONCE; Amparo Garrigues Giménez, Universidad Jaume I; Alvaro Jarillo Aldeanueva, Universidad Nacional de Educación a Distancia; Remedios Morán Martín, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

inclusión social, la participación plena de las personas con discapacidad conociendo su significado real y sus consecuencias.

Por otro lado, hay que avanzar y trabajar desde la especialización. Hay que formar a los miembros de la comunidad universitaria para que cada uno en el desempeño de sus funciones en la Universidad las realice siendo conocedor de las particularidades que la discapacidad conlleva. Pero la especialización pura empobrece por lo que la especialización en materia de discapacidad (curricular, investigadora, administrativa, etc.) ha de reflejarse en todos los planos posibles, dentro y fuera de la Universidad, es decir, ha de ser transversal.

Conjugar los dos conceptos “especialización” y “transversalidad” conforme a los principios y derechos de las personas con discapacidad permitirán planificar y desarrollar la RSU-D.

3. La RSU-D conforme al Diseño para Todas las Personas (DPTP) y a la Inclusión social

No podemos olvidar estos conceptos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico tanto en la CIDPD como en el TRLGDPD y que pueden llegar a ser las piezas claves para lograr “el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y de la condición humana”, principio general reconocido en el artículo 3,d) CIDPD, que en la Universidad cobra especial importancia por su esencia y funciones en la sociedad.

El DPTP “es la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado” [art. 2,l) TRLGDPD].

La inclusión social “es el principio en virtud del cual la sociedad promueve valores compartidos orientados al bien común y a la cohesión social, permitiendo que todas las personas con discapacidad tengan las oportunidades y recursos necesarios para participar plenamente en la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, y para disfrutar de unas condiciones de vida en igualdad con los demás” [art. 2,j) TRLGDPD].

Puede ser que sea la RSU-D el cauce para lograr que estos conceptos se incorporen en la conciencia social. La Universidad a través de sus funciones cola-

borará en el fomento, el reconocimiento y respeto de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, en su plena inclusión en la vida social y en la promoción de la igualdad de oportunidades y la no discriminación. Si desde el inicio logramos la plena inclusión social y el diseño para todas las personas, no habrá que trabajar para suprimir barreras que conlleva a la discriminación y al no respeto de la diversidad.

IV. CONCLUSIÓN

Tal y como comencé el artículo, termino recordando que es solo una reflexión de los principales puntos a tener en cuenta para un futuro trabajo en profundidad de la Responsabilidad Social Universitaria y la Discapacidad, y la concreción de un método de trabajo que debe basarse en cuatro pasos: compromiso, autodiagnóstico-autocrítica, planificación y cumplimiento.

Con independencia del concepto que utilicemos o la corriente doctrinal que sigamos lo importante es lograr que la Universidad, la comunidad universitaria y la sociedad sean concedoras del valor de la Discapacidad.

Llegar a incorporar en la Universidad, tanto en el ejercicio de las funciones como en las actuaciones internas y externas, los principios inherentes al nuevo modelo de discapacidad (inclusión plena, igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad universal...) supondrá un crecimiento de la Universidad.

No debemos olvidar que la Universidad, además de institución, la formamos toda la comunidad universitaria (con y sin discapacidad), por lo que la corresponsabilidad nos lleva a trabajar conjuntamente. Se ha de trabajar, tejer las redes, desde la base para poder implantarla la RSU-D institucionalmente. Si no se conoce la materia no se puede transmitir conocimientos, no se puede investigar, no se puede difundir, no puede haber transferencia de resultados, porque no los ha habido.

Ha de llegar a ser, y es posible, un *modus vivendi* que se consigue con la formación y la información, no con la imposición sea legal o política.

Como Universidad somos responsables de aportar calidad, excelencia, innovación en nuestras funciones, y también lo podemos hacer a través de:

- la garantía de los derechos de los miembros de la comunidad universitaria con discapacidad.

- la garantía a todas las personas de la accesibilidad universal.
- la transmisión al PDI, al PAS y a los Estudiantes, futuros profesionales, formación e información relativa al ámbito de la discapacidad conjugando la transversalidad y la especialización.
- la aportación de criterios que permitan un pensamiento lógico, reflexivo, crítico y creativo en torno a la discapacidad que contribuya a crear conciencia y a formar en valores.

Sencillamente, la RSU-D es un proceso permanente de mejora de la Universidad “por”, “para” y “desde” la discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (Coordinadora) *Formación Curricular en Diseño para Todas las Personas en Derecho*. FONCE-CRUE, 2014, p. 213.

AA.VV. *Informe Responsabilidad Social de las Universidades: Del conocimiento a la acción. Pautas para su implementación*. iGR-Grupo de Investigación Ingeniería y Gestión Responsable de la Universidad de Burgos y Forética. 2016, p. 46.

CERMI, Fundación Universia. *III Estudio sobre el grado de inclusión del sistema universitario español respecto de la realidad de la discapacidad*. 2016, p. 94.

CORREIA MENDES E LAND, Ana Isabel. *La Responsabilidad Social Universitaria. El Caso de la UNED (España)*. (Tesis Doctoral) Departamento de Teoría de la Educación y Pedagogía Social. Facultad de Educación. UNED, 2015.

DE LA CRUZ AYUSO, Cristina., SASIA SANT, Pedro. “La responsabilidad de la Universidad en el proyecto de construcción de una sociedad”, *Revista Educación Superior y Sociedad*, vol. 13, nº 2, 2008, pp. 17-52.

GARCÍA BENAÚ, M.^a Antonia. *Responsabilidad Social Universitaria y Desarrollo Sostenible*. Cuaderno de Trabajo nº 8. Studia XXI. Estrategias y Políticas. Fundación Europea Sociedad y Educación, p. 28.

GUADAMILLAS GÓMEZ, Fátima. “Responsabilidad Social, de la Empresa a la Universidad”. *Responsabilidad Social Universitaria Sociedad, Formación y Actores*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2016, pp. 34-51.

GUASCH MURILLO, Daniel, HERNÁNDEZ GALÁN, Jesús. (Coordinadores) *La Responsabilidad Social Universitaria y Discapacidad (RSU-D)*. Ed. Observatorio Universidad y Discapacidad (Fundación ONCE y Universidad Politécnica de Cataluña) 2012, p. 86.

GUASCH MURILLO, Daniel. *Guía de Responsabilidad Social Universitaria y Discapacidad: RSU-D*. Barcelona. Ed. Cátedra de Accesibilidad de la Universidad Politécnica de Cataluña. 2012, p. 118.

LARRÁN JORGE, Manuel, ANDRADES PEÑA, Francisco Javier. *El marco conceptual de la responsabilidad social universitaria*. Foro de Consejos Sociales de las Universidades Públicas de Andalucía. Granada, 2013, p. 62.

LARRÁN JORGE, Manuel (Coordinador). *Análisis del nivel de implantación de políticas de responsabilidad social en las universidades españolas*. Colección Experiencias y Resultados nº 3. Conferencia de Consejos Sociales de las Universidades Públicas Españolas, 2014, p. 157.

LARRÁN JORGE, Manuel, ANDRADES PEÑA, Francisco Javier “Análisis de la responsabilidad social universitaria desde diferentes enfoques teóricos”. Revista Iberoamericana de Educación Superior (RIES), núm. 15, vol. VI, 2015, pp. 91-107.

MARTÍN LÓPEZ, M.^a Teresa, VELASCO RETAMOSA, José Manuel (Directores) *Responsabilidad Social Universitaria Sociedad, Formación y Actores*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2016, p. 333.

MARTÍN LÓPEZ, M.^a Teresa. “Relaciones Universidad/Sociedad: Conceptos de Responsabilidad Social universitaria” *Responsabilidad Social Universitaria Sociedad, Formación y Actores*. Valencia Editorial Tirant lo Blanch, 2016, pp. 6-33.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas. Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora*. 2015, p. 72.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. *Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020*, p. 42.

MONTES GUTIÉRREZ, M.^a del Pilar. *La Responsabilidad Social Universitaria en España: Propuesta de un modelo de memoria para su verificación*. (Tesis Doctoral). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Departamento Economía de la Empresa. Universidad Rey Juan Carlos. 2015.

SECRETARÍA GENERAL DE UNIVERSIDADES *Estrategia Universidad 2015. Contribución de las universidades al progreso socioeconómico español 2010-2015*. Ministerio De Educación. 2011, p. 259.

SECRETARÍA GENERAL DE UNIVERSIDADES. *La Responsabilidad Social de la Universidad y el Desarrollo Sostenible*. Ministerio de Educación. 2011, p. 221.

VALLAEYS, François, DE LA CRUZ, Cristina, SASIA, Pedro. *Responsabilidad social universitaria: manual de primeros pasos*. México. Editorial Mcraw-Hill 2009, p. 93.

VALLAEYS, François. “La responsabilidad social universitaria: un nuevo modelo universitario contra la mercantilización”. *Revista Iberoamericana de Educación Superior*. vol. 5, nº 12, 2014, pp. 1-13.

Francisco Miguel Bombillar Sáenz

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo. Acreditado como Profesor Titular de Universidad. Universidad de Granada

DEPORTE E INCLUSIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO DEL USO DE PERROS GUÍA Y OTROS PERROS DE ASISTENCIA PARA ACCEDER A INSTALACIONES DEPORTIVAS EN ANDALUCÍA

SUMARIO: 1. Prácticas deportivas saludables e inclusión en Andalucía. –2. El acceso de las personas con discapacidad a las instalaciones deportivas en Andalucía. –3. Uso de perros guía por personas con discapacidad visual en Andalucía. Especial referencia al acceso a instalaciones deportivas. –4. El silencio de la legislación andaluza en relación con otros perros de asistencia. –5. Corolario.

1. PRÁCTICAS DEPORTIVAS SALUDABLES E INCLUSIÓN EN ANDALUCÍA

La vigente Ley del Deporte de Andalucía (LDA)¹ predica que las prácticas deportivas saludables estén al alcance de toda la población, lo que incluye a las personas con discapacidad². No en vano, el deporte, ligado al concepto amplio de salud que

¹ Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía (*BOJA* núm. 140, de 22 de julio de 2016). En adelante, LDA. Deroga la Ley 6/1998, de 14 de diciembre, del Deporte de Andalucía (*BOJA* núm. 148, de 29 de diciembre de 1998). En adelante, LDA-98.

² Para un exhaustivo análisis, desde el Derecho Administrativo, del estatuto jurídico de las personas con discapacidad, véase la monografía de M.^º A. Torres López, *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2013.

proclama la Organización Mundial de la Salud (OMS), es un factor de inclusión, de corrección de desequilibrios sociales, un instrumento favorecedor de la igualdad.

Para la LDA, «el deporte en Andalucía tiene la consideración de actividad de interés general que cumple funciones sociales, culturales, educativas, económicas y de salud, dirigiendo la práctica deportiva al desarrollo integral de la persona y a la consecución de valores tales como, la adquisición de hábitos saludables en las personas y la mejora de la salud pública, la difusión de la cultura del deporte como factor educativo y formativo del ser humano, la dimensión económica que contribuye al desarrollo del bienestar social aumentando la calidad de vida y propiciando condiciones de empleo, la generación de actitudes y compromisos cívicos y solidarios, de respeto y de sociabilidad, que se revelan como elemento para la cohesión e integración³ en una comunidad avanzada» (Exposición de Motivos, punto VIII, de la LDA).

El deporte, ligado al desarrollo del bienestar social y a la lucha contra los desequilibrios sociales, se erige en un elemento clave para favorecer la cohesión e integración social y, más allá de ello, de acuerdo con los dictados de la Convención Internacional de las Naciones Unidas, para la promoción de la inclusión. Además, el deporte es un elemento determinante de la calidad de vida que incide decisivamente sobre la salud física y mental de quienes lo practican⁴. No le cabe ninguna duda al Tribunal

³ Por lo que afecta a los valores que presenta el deporte como factor de corrección de desequilibrios sociales e instrumento favorecedor de la inserción social y la igualdad, resulta de gran interés la lectura de Durán Ruiz, F.J., «El fomento de la actividad deportiva de grupos con necesidades especiales en Andalucía», en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 4 (2004), pp. 137-161 e «Igualdad e integración social a través del deporte.: Su fomento en especial en materia de igualdad de género en la nueva Ley del Deporte de Andalucía», en *Diferentes perspectivas del Derecho deportivo en Andalucía. Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*, Comares, Granada, 2016, pp. 193-216; o Luna Quesada, J., «La función educativa e integradora de la práctica deportiva: Su consideración en el ordenamiento deportivo y sectorial andaluz», en *Diferentes perspectivas del Derecho deportivo en Andalucía...*, cit., pp. 217-264.

⁴ En esta dirección, confirmando nuestra posición, se pronuncian tanto la Exposición de Motivos de la Ley del Deporte estatal: «El deporte se constituye como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad. Todo esto conforma el deporte como elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea»; como la de la LDA-98: «La práctica deportiva constituye hoy un fenómeno social de especial trascendencia; por una parte, se ha confirmado su importancia como elemento coadyuvante a la salud física y mental de quienes lo practican, por otra parte, se ha revelado como un gran factor de corrección de desequilibrios sociales, crea hábitos favorecedores de la inserción social, canaliza el cada vez más creciente tiempo de ocio y fomenta la solidaridad mediante su práctica en grupo o en equipo».

Supremo⁵ de la especial promoción a la que obliga nuestro Texto constitucional, en su artículo 43.3⁶, de la práctica deportiva con fines educativos y, en especial, de salud, entendiendo este concepto en un sentido amplio, como bienestar físico, mental y social, de acuerdo con los postulados de la OMS⁷. Por ello, en línea con lo expuesto, la LDA encomienda a las Consejerías de Deporte y Salud de la Junta de Andalucía la divulgación y promoción del deporte de ocio y saludable (art. 28.3 LDA)⁸.

En consecuencia, todos los programas públicos de desarrollo del deporte han de incorporar la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución⁹; y prestar una especial atención a los

⁵ Véase al efecto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 23 de marzo de 1988, Fundamento Jurídico 7º: «la circunstancia de que la disposición que establece el deber de fomento del deporte es un apartado del precepto donde se reconoce el derecho de todo ciudadano a la protección de su salud y, en buena medida el apartado que alude al ‘fenómeno deportivo’ está imbuido del espíritu de todo el artículo 43, la protección a la salud, lo cual sólo se puede lograr mediante el deporte activo y cuanto más extendido mejor, es decir, mediante el deporte popular».

⁶ El artículo 43.1 CE «reconoce el derecho a la protección de la salud». El artículo 43.2 CE señala que «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública [...]». Mientras que el artículo 43.3 CE recoge que «Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte [...]». Este último inciso es analizado con detalle por I. Jiménez Soto, «El derecho al deporte y al ocio», en *Comentario a la constitución socio-económica de España* (Coords. C. Molina Navarrete, J.L. Monereo Pérez y M.N. Moreno Vida), Comares, Granada, 2002, pp. 1567-1606.

⁷ El concepto “salud” es un concepto muy amplio en el que cabe incluir, conforme a los parámetros empleados por la OMS, «no sólo la ausencia de dolencias o enfermedades, su tratamiento o la realización de actividades paliativas, sino también el bienestar físico, mental y social». En este mismo sentido se pronuncian los redactores del *Manifiesto de Toronto por la actividad física: un llamamiento global a la acción*. Para quienes «La actividad física genera bienestar, salud física y mental, previene enfermedades, mejora la cohesión social y la calidad de vida». Puede consultarse este Manifiesto en la URL: <http://www.globalpa.org.uk/pdf/torontocharter-spanish-castilian-20may2010.pdf> (con acceso el 15 de marzo de 2017).

⁸ Por ello, son frecuentes las alusiones a la actividad física en los instrumentos de planificación aprobados por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía. Por todos, véase el *IV Plan Andaluz de Salud* o el *Plan de Alimentación Equilibrada y Actividad Física* (PAFAE).

⁹ Ha sido muy tardía la incorporación de la mujer al mundo del deporte y de la actividad física, más aún de las mujeres con algún tipo de discapacidad. Doble discapacidad que analiza M.ª A. Torres López, en *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 246 y ss. El acceso a la práctica deportiva tiene que ser un derecho universal del que la mujer no puede verse privada. Muchos han sido los factores que han generado esta situación, principalmente, por un lado, la falta de tiempo libre, al haber ocupado ésta la mayor parte de su tiempo en hacer posible el de otras personas, y, por otro, las rígidas estructuras que tradicionalmente han caracterizado al mundo del deporte y que han discriminado el acceso y participación de la mujer en todos los niveles deportivos. Por ello, es más que necesaria la incorporación del objetivo de la igualdad real también en el diseño y en la aplicación de las políticas deportivas y de ocio (*mainstreaming*). A este respecto nos pronunciamos, hace ya más de una década, en «La actividad de fomento a favor de la mujer en el ámbito del deporte y el ocio, con especial referencia a la Comunidad Autónoma andaluza», en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 5 (2005), pp. 17-48.

niños, jóvenes, personas mayores¹⁰, a los sectores sociales más desfavorecidos, teniendo especialmente en cuenta aquellas zonas o grupos¹¹ a los que la ayuda en estas actividades pueda suponer un mecanismo de inclusión o una mejora de su bienestar social, así como, por lo que aquí nos afecta, a las personas con discapacidad¹² (sea de corte físico, psíquico, sensorial u orgánico)¹³.

Esto explica que el deporte de ocio o de recreación, regulado por primera vez en Andalucía en la LDA, «como todo tipo de actividad física dirigida a conseguir objetivos no competitivos, relacionados con la mejora de la salud, adquisición de hábitos

¹⁰ Véase Luna Quesada, J. y De La Plata Caballero, N., «Aproximación al marco jurídico de las relaciones entre las personas mayores y el deporte», en *Derecho deportivo*, núm. 3-4 (2003), pp. 139-151.

¹¹ Piénsese en aquellas áreas (municipios pequeños, zonas de difícil acceso o barrios marginales) o aquellos grupos para los que el deporte puede suponer un mecanismo de integración social o una mejora de su bienestar social (tales como inmigrantes, toxicómanos, reclusos...). En relación con los extranjeros, véase Durán Ruiz, F.J., «El derecho al deporte de los extranjeros: una oportunidad para la integración (con especial referencia a la Comunidad Autónoma andaluza)», en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 2 (2002), pp. 39-75. Específicamente por lo que a la población reclusa se refiere, véase Moscova, D., Flores, A., Muñoz, V. y Rodríguez-Morcillo, L., «Deporte y Reinserción Social en la población reclusa andaluza», en *Responsabilidad social ética y deporte. XII Congreso AEISAD 2012*, Ibersaf Industrial, Madrid, 2013, pp. 503-510.

¹² Sobre deporte adaptado (deporte que se realiza por personas con discapacidad con adaptaciones y con apoyos, técnicos y humanos) y deporte inclusivo (deporte que se realiza conjuntamente por personas con y sin discapacidad) son de destacar, entre otros trabajos doctrinales, las contribuciones de: Gómez Vallecillo, J., «El deportista con discapacidad en el proceso de integración del deporte adaptado», en *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 27 (2011), pp. 69-76; Comino Ríos, R., «La integración del deporte adaptado en las estructuras del deporte normalizado», en *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 27 (2011), pp. 55-62; Molina Fernández, C., «Deporte, turismo y discapacidad», en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, núm. 7 (2009), pp. 369-392; o Lazúen Alcón, P. y López Muñoz, R.: «Derecho deportivo y Derecho social: el voluntariado deportivo, la integración social de los marginados, la mujer y los discapacitados en el ámbito del deporte» (Dirs. E. Arana García e I. Jiménez Soto), *El Derecho Deportivo en España 1975-2005*, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.

¹³ Estos mandatos se tratan ahora con especial detalle, y una mejor sistemática que la del artículo 6 de la LDA-98, en los artículos 6 a 9 de la LDA, aunque no han sido todo lo avanzados que se podría esperar por lo que al deporte adaptado e inclusivo se refiere. Un exhaustivo análisis de todos estos preceptos puede encontrarse en los *Comentarios a la nueva Ley del Deporte de Andalucía* (Dir. A. Millán Garrido), Reus, Madrid, 2017, en particular, en el capítulo firmado por G. Real Ferrer, E. de la Iglesia Prados e I. Jiménez Soto, «Principios rectores, grupos de atención especial y actividad deportiva en el medio natural», pp. 127 y ss. La vigente Ley del Deporte estatal [Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (BOE de 17 de octubre de 1990)], por su parte, es en este campo mucho más escueta que nuestra norma autonómica: en su artículo 4, apartado 1, atiende a la promoción de la práctica deportiva realizada por los jóvenes, y en su apartado 2, a la realizada por las personas con *minusvalías* (utilizando una terminología claramente desafortunada y que requiere de actualización), olvidándose, así, de la igualdad entre hombres y mujeres y de las personas mayores. La Administración del Estado, por otra parte, si procurará los medios necesarios que posibiliten a los deportistas residentes en los territorios insulares y de Ceuta y Melilla la participación en competiciones deportivas no profesionales de ámbito estatal en condiciones de igualdad.

deportivos, así como la ocupación activa del tiempo libre» [art. 4.d) PLDA], coincide en esencia con el concepto de «deporte para todos»¹⁴ acuñado en el artículo 9.18 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía¹⁵ (LAULA)¹⁶. Toda la población en su conjunto ha de tener acceso a la práctica deportiva.

Le corresponde al Poder autonómico –y, en particular aquí, al andaluz, que tiene competencia “exclusiva” tanto en materia de deporte como de salud¹⁷– desarrollar, completar y, en su caso, crear normas para la promoción de la actividad física y el deporte, incluyendo en sus textos normativos todos aquellos aspectos que se estimen necesarios para incentivar el desarrollo por la población de actividades asociadas al deporte de ocio saludable y que faciliten, por ello, la incorporación del conjunto de la población a una práctica deportiva real, cotidiana y, por ende, saludable¹⁸.

Nosotros en esta breve contribución nos ceñiremos, principalmente, a las personas con discapacidad visual, sin obviamente desconocer el crisol de problemáticas que afecta a otras discapacidades, así como a otros colectivos, en el acceso a la práctica

¹⁴ A través de la Declaración Programática del Deporte, de septiembre de 1979, la Junta de Andalucía ya reconoció «el derecho de los ciudadanos a la educación física y el deporte como medios de promoción humana». Mientras que la Resolución de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, de 15 de noviembre, modificada por la Orden de 31 de enero de 1986, puso en marcha la Campaña Municipal de Deporte para Todos.

¹⁵ *BOJA* núm. 122, de 23 de junio de 2010.

¹⁶ En el marco del artículo 92.2.m) del Estatuto de Autonomía de Andalucía, la LAULA, en su artículo 9.18, reconoce a los Ayuntamientos andaluces competencias para la promoción del deporte base y deporte para todos. A este precepto remite el artículo 12.1 de la LDA. En consecuencia, se reserva a los Ayuntamientos andaluces la competencia de promocionar el deporte –y, en especial, el deporte para todos– en sus respectivos ámbitos territoriales de competencia.

¹⁷ El artículo 72 del Estatuto de Autonomía para Andalucía asigna, de forma exclusiva, a esta Comunidad Autónoma la ordenación de las materias relacionadas con el deporte. Por su parte, el artículo 55.1 le otorga a ésta competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros y servicios sanitarios, sin perjuicio de las competencias estatales en este campo; mientras que el artículo 55.2 establece la competencia compartida con el Estado de esta Comunidad en materia de sanidad interior y, en particular, sobre la ordenación y ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos.

¹⁸ La protección de la salud pública ha de jugarse en todos los planos, con una perspectiva transversal. En esta línea, precisamente, se mueven las recientes Leyes en materia de salud pública: estatal [Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (*BOE* núm. 240, de 5 de octubre de 2011)] y autonómica [Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía (*BOJA* núm. 255, de 31 de diciembre de 2011)]. En definitiva, la actividad física está ligada a la salud integral de la sociedad. De ahí que el *Plan Estratégico General del Deporte andaluz* se propusiera incrementar los niveles de práctica deportiva de los ciudadanos andaluces, y especialmente la actividad asociada al deporte de ocio saludable, acuñando un eslogan, muy ilustrativo y acertado: «Deporte, Medicamento genérico Universal».

deportiva. Del mismo modo, nos centraremos en estas líneas en la faceta saludable o recreativa del deporte, dejando de lado su vertiente agonística¹⁹.

Llama la atención, y este es uno de los fines principales que justifican esta breve contribución, que el legislador andaluz, indiscutiblemente avanzado en otros campos ligados a la igualdad y las políticas sociales, no haya adaptado aún a los dictados de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad²⁰ el marco normativo que rige en esta Comunidad Autónoma el uso de perros guías para acceder a instalaciones deportivas y otros establecimientos públicos. Este desfase es la causa de que el legislador andaluz siga hablando de «disfunciones visuales» o de que se obvie por completo en el Ordenamiento andaluz vigente (la futura Ley de Discapacidad de Andalucía, ahora en tramitación parlamentaria, enmendará esta incomprensible situación) la existencia de otros perros de asistencia, ampliamente contemplados y regulados por las Comunidades Autónomas de nuestro entorno.

El propio artículo 30, apartado quinto, de esta Convención contempla que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a participar, en igualdad de condiciones, en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas, alentando y promoviendo la participación, en la mayor medida posible, de las personas con discapacidad en las actividades deportivas generales a todos los niveles, asegurándoles, en igualdad de condiciones, instrucción, formación y recursos adecuados, así como acceso a instalaciones deportivas, recreativas y turísticas.

En consecuencia, los programas públicos de fomento del deporte, como no podía ser de otro modo, han de defender también aquí la *inclusión*, promoviendo las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas también en este terreno, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando la participación de todas las personas

¹⁹ Sobre la organización del deporte para personas con discapacidad a través de las Federaciones polideportivas, el Comité Paralímpico Español y el Plan de Apoyo al Deporte Objetivo Paralímpico, así como sobre los deportistas de alto nivel con discapacidad, véase TORRES LÓPEZ, M.^a A., *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, *op. cit.*, pp. 257 y ss.

²⁰ La Unión Europea es miembro de esta Convención, que fue aprobada oficialmente por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, 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 (*DOUE* L 23, 27 de enero de 2010). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por su parte, prohíbe cualquier forma de discriminación por motivos de discapacidad (art. 21). Asimismo, 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 (art. 26).

en la práctica deportiva, como parte de la vida política, económica, cultural y social en comunidad, en cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas, de los artículos 9.2 y 49 de nuestra Carta Magna y del resto de normas europeas, estatales²¹ y autonómicas dictadas con el fin de amparar a las personas con discapacidad en el completo ejercicio de todos sus derechos constitucionales²².

Pilares sobre los que se asienta el artículo 45 de la aún vigente Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía²³, y demás normas concordantes, que proclamó que las Administraciones públicas establecerán los cauces normativos y las medidas de fomento adecuadas para facilitar el acceso de las personas con discapacidad²⁴ a las actividades deportivas²⁵. Lo que implica, entre otras cuestiones, huelga decirlo, que las instalaciones deportivas sean accesibles. La accesibilidad universal, reconocida como principio en la referida Convención de las Naciones Unidas, no puede quedar excluida de este terreno.

Las entidades responsables de esta oferta contarán con los profesionales adecuados en las actuaciones que desarrollen, y prestarán una especial atención a la incorporación en este ámbito de las nuevas tecnologías, pues éstas permiten y mejoran el uso y disfrute de estos recursos por parte de este colectivo.

Partiendo de la premisa de que el deporte es un factor de cohesión e inclusión social, de corrección de desequilibrios sociales, un instrumento favorecedor de la igualdad, así como a la luz de los efectos beneficiosos que la actividad física y el deporte generan para la salud (por ejemplo, de las personas que padecen esquizofrenia²⁶), desde aquí

²¹ Por todas, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (*BOE* núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).

²² El hecho de que la protección de este principio rector quede al albur de su desarrollo legal no puede llevarnos a considerar que su reconocimiento como derecho carece de contenido o valor real. El propio Tribunal Supremo (en Sentencia de 9 de mayo de 1986) dijo que este tipo de principios no son meras normas programáticas (un brindis al sol, en definitiva), y que «su eficacia no se circunscribe al campo de la retórica política o de la estéril semántica de una declaración demagógica. Las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo; ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación».

²³ *BOJA* núm. 45, de 17 de abril de 1999.

²⁴ En conexión con el artículo 8 de la LDA.

²⁵ De acuerdo con el artículo 44 de este mismo texto, las iniciativas relacionadas con estas actividades se llevarán a cabo atendiendo a las características individuales de las personas con discapacidad, procurando su incorporación en las actuaciones destinadas a toda la población.

²⁶ A modo de muestra, véase a este respecto: Burgos-Garrido, E., Gurpegui, M. y Jurado, D., «Personality traits and adherence to physical activity in patients attending a primary health centre», *Clinical and*

defendemos que se cumpla la obligación constitucional de los Poderes públicos de fomentar prácticas deportivas saludables para todas las personas, incluidas las que padecen algún tipo de discapacidad, reforzando su independencia, seguridad y autonomía en el acceso a la práctica deportiva. Obviamente, bajo la guía de profesionales cualificados, que garanticen servicios de calidad que no pongan en peligro la seguridad y salud²⁷ de estas personas usuarias.

La calidad en este tipo de servicios se consigue con la información y el asesoramiento adecuados, llevados a cabo por profesionales con titulación suficiente y, además, especialmente cualificados. De ahí que la LDA, en su Título VII, regule el ejercicio profesional del personal que participa en el proceso de provisión de los servicios deportivos, garantizando con ello una atención profesional y adecuada para prevenir problemas de salud, pues sólo será saludable la práctica deportiva si se realiza de forma apropiada, de lo contrario ésta puede incluso llegar a resultar perjudicial para la salud del practicante²⁸.

A estos efectos, el artículo 93.8 de la LDA contempla que para el ejercicio de la profesión de monitor deportivo en actividades deportivas con personas que requieran especial atención en razón a la edad, capacidad física y psíquica (lo que deja fuera a personas con otro tipo de discapacidad, sensorial u orgánica), circunstancias sociales o vinculadas a la salud, se exigirán los títulos de Grado en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte (o Grado en Educación Primaria con mención en Educación Física cuando se trate deportistas en edad escolar), ambos con formación complementaria o experiencia adecuada a las necesidades específicas de los deportistas en cuestión.

Health Psychology, vol. 11, núm. 3 (2011), pp. 539-547; así como Burgos Garrido, E.: *Estilo de vida y salud en pacientes con esquizofrenia y en población no psiquiátrica*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, Granada, 2011.

²⁷ El artículo 2 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva obliga a los Poderes públicos «en el ámbito de sus respectivas competencias y teniendo en cuenta el tipo de práctica deportiva de que se trate y de las personas que participen en la misma, medidas sanitarias tendentes a prevenir el deterioro de la salud con ocasión de la práctica deportiva, la prevención de lesiones y las consecuencias perjudiciales para la salud que se deriven de una práctica deportiva realizada en condiciones no idóneas». No olvidemos, por otra parte, que la LSPA proclama el derecho de la ciudadanía andaluza «a la información adecuada sobre la importancia de la actividad física y cómo llevarla a cabo sin riesgos y con el mejor aprovechamiento, y a disponer de planes de promoción de actividades físicas saludables» [art. 12.i)]. De todo ello se hace eco la propia LDA, entre otros, en sus artículos 43.1 y 36.1.f).

²⁸ Véase el magnífico trabajo de I. Jiménez Soto a este respecto: «El ejercicio profesional del deporte (2): prestación de servicios (arts. 96 a 101)», en *Comentarios a la nueva Ley del Deporte de Andalucía*, *op. cit.*, pp. 657 y ss.

2. EL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LAS INSTALACIONES DEPORTIVAS EN ANDALUCÍA

Este deporte que se predica inclusivo, para todos, exige a los Poderes públicos, en conexión con lo establecido en el artículo 28 de la LDA, la puesta a disposición de la ciudadanía de equipamientos e infraestructuras deportivas suficientes y accesibles, que permitan que toda la población en su conjunto pueda disfrutar de la práctica deportiva. Recordemos que el artículo 28.2 de la LDA proclama que «se promoverá el acceso y uso de las instalaciones deportivas públicas, convencionales o no, para la práctica deportiva de ocio». Instalaciones que han de ser adecuadas para la práctica deportiva, bajo estándares de calidad y excelencia (*ex art.* 28.1 LDA). En consecuencia, para posibilitar que el proclamado deporte para todos sea una realidad es necesario contar con instalaciones adecuadas, de calidad y excelencia²⁹.

Instalaciones que, como es obvio, han de ser accesibles para toda la población, en línea con los postulados de la Convención de las Naciones Unidas y demás normativa de desarrollo y, en particular, con lo previsto en el Decreto 293/2009, de 7 de julio, por el que se aprueba el reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía³⁰ o, antes, en el ya derogado Decreto 72/1992, de 5 de mayo, que establece las normas técnicas para la accesibilidad y la eliminación de barreras arquitectónicas, urbanísticas y en el transporte de personas discapacitadas en Andalucía³¹.

Por lo que al deporte se refiere, el Decreto 183/2006, de 17 de octubre, por el que se regula la acreditación de centros deportivos y se crea y regula el Registro Andaluz de Acreditación de Centros Deportivos³², dispone, en su artículo 13 (relativo a la accesibilidad), apartado primero, que «Los centros deportivos deberán ser accesibles,

²⁹ Es por ello que el *Plan Director de Instalaciones Deportivas de Andalucía* tiene como misión impulsar y generalizar la práctica del deporte a través de la creación de infraestructuras deportivas en Andalucía adecuadas a las necesidades de la población. Es obvio que la existencia de estas instalaciones contribuirá de manera decidida a la factibilidad y accesibilidad a la práctica deportiva.

³⁰ *BOJA* núm. 140, de 21 de julio de 2009.

³¹ *BOJA* núm. 44, de 23 de mayo de 1992. A la luz de esta última norma, y por lo que a las personas con discapacidad visual se refiere, se establece, en su artículo 31, que en las aulas, salas de reunión, locales de espectáculos y otros análogos, con asientos en graderío, se dispondrán, próximos a los accesos, espacios destinados a ser ocupados por personas con discapacidad visual y auditiva. Del mismo modo, para facilitar la suficiente información gráfica a las personas con capacidad visual reducida, dispone el artículo 33 que se complementarán las informaciones visuales con un sistema táctil o sonoro, utilizándose caracteres de gran tamaño, contorno nítidos y colores contrastados.

³² *BOJA* núm. 221, de 15 de noviembre de 2006.

sin barreras ni obstáculos que imposibiliten la libre circulación de personas discapacitadas, de edad avanzada o que sufran de limitaciones en su normal desarrollo», de conformidad con lo previsto en la referida Ley 1/1999, de 31 de marzo, el meritado Decreto 72/1992, de 5 de mayo, y demás disposiciones de aplicación.

Otro interesante mandato en este campo se recoge en el artículo 10, letra d), de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que –cito textualmente– se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas³³. Se proclama aquí, en relación con la cultura, el deporte y el ocio, que las Administraciones Públicas competentes promoverán la prestación de servicios de intérpretes en lenguas de signos españolas, en el caso de que así se solicite previamente, en aquellas actividades culturales, deportivas, de esparcimiento y de ocio que se determinen³⁴, en las que participen personas con discapacidad auditiva o sordoceguera.

Sin desconocer la importancia de las medidas que estos textos articulan, con mejor o peor fortuna, para evitar que se generen nuevas barreras arquitectónicas, urbanísticas y en el transporte, así como para eliminar progresivamente las ya existentes, en esta contribución voy a centrar mi análisis, en exclusiva, en el estatuto jurídico de los perros guía de las personas con discapacidad visual³⁵, así como otros perros de asistencia (aún sin regulación específica en Andalucía), prestando una particular atención a su uso de cara a acceder a instalaciones deportivas.

El propio Decreto 183/2006, de 17 de octubre, en el apartado segundo de su artículo 13, proclama, con el oportuno reenvío a la Ley 5/1998, de 23 de noviembre, de uso de perros guía por personas con disfunciones visuales³⁶ (en adelante, LPGA), hilo conductor de esta contribución, que «Todas las personas con disfunción visual, total o severa, que vayan acompañadas de perros guía podrán acceder y permanecer en los centros deportivos en condiciones de igualdad con el resto de personas usuarias».

La LPGA, objeto de este análisis, impide que se dificulte en modo alguno, y en cualquier tipo de establecimiento público (incluidas las instalaciones deportivas), el acceso de usuarios con discapacidad visual que vayan acompañados de su perro guía.

³³ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2007. Sobre ello se pronuncia M.^a A. Torres López, en *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 261 y 262.

³⁴ Tales como cines, teatros y museos nacionales, monumentos histórico-artísticos del Patrimonio del Estado y visitas guiadas, según apunta este precepto.

³⁵ En la actualidad, se computan alrededor de 1030 usuarios de perros guía en España.

³⁶ BOJA núm. 141, de 12 de diciembre de 1998.

Este mandato del legislador andaluz, recogido de forma prácticamente idéntica por parte de las diferentes leyes autonómicas que abordan la accesibilidad de personas con discapacidad (aunque superando el concepto de perro guía, propio de hace casi dos décadas, y apostando por el de perro de asistencia³⁷, como expondremos más adelante), se ha visto reforzado en su aplicación a nivel jurisprudencial, entre otras, por la STSJ de Castilla-La Mancha, de 21 de enero de 2002, en cuyo Fundamento Jurídico 3º se indica: «Cuando se trata de personas invidentes que van acompañados de su perro como una prolongación de sí mismos no pueden tenerse presente los derechos de otras personas a no ser molestadas o los de los dueños o responsables de los establecimientos públicos a los que se garantiza el acceso pleno los cuales no pueden oponer directa o indirectamente el derecho de admisión».

Aunque en las próximas líneas vamos a centrar nuestro análisis, exclusivamente, en el dictado a este respecto de los preceptos de la LPGA, los mandatos que se recogen en la misma, con las matizaciones que se apuntarán, son compartidos, en lo sustancial, por la legislación que impera en este terreno en el resto de Comunidades Autónomas.

3. USO DE PERROS GUÍA POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD VISUAL EN ANDALUCÍA. ESPECIAL REFERENCIA AL ACCESO A INSTALACIONES DEPORTIVAS

La LPGA proclama, en su artículo 1, apartado primero, que tiene por objeto garantizar el ejercicio del derecho al libre acceso (limitando, en consecuencia, el derecho de admisión de los titulares de establecimientos públicos³⁸), deambulación y

³⁷ Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar a este respecto las normas dictadas por las Comunidades Autónomas de Valencia, Ley 12/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre Perros de Asistencia para Personas con Discapacidad (*DOGV* núm. 4479, de 11 de abril de 2003); Galicia, Ley 10/2003, de 26 de diciembre, sobre el acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia (*DOG* núm. 253, de 31 de diciembre de 2003); País Vasco, Ley 10/2007, de 29 de junio, sobre Perros de Asistencia para la Atención a Personas con Discapacidad (*BOPV* núm. 140, de 20 de julio de 2007); Cataluña, Ley 19/2009, de 26 de noviembre, del acceso al entorno de las personas acompañadas de perros de asistencia (*BOE* núm. 309, de 24 de diciembre de 2009); Islas Baleares, Ley 1/2014, de 21 de febrero, de perros de asistencia (*BOIB* núm. 29, de 1 de marzo de 2014); Navarra, Ley Foral 3/2015, de 2 de febrero, reguladora de la libertad de acceso al entorno, de deambulación y permanencia en espacios abiertos y otros delimitados, de personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia (*BON* núm. 32, de 17 de febrero de 2015); Murcia, Ley 4/2015, de 3 de marzo, de perros de asistencia para personas con discapacidad (*BORM* núm. 53, de 5 de marzo de 2015); o Madrid, Ley 2/2015, de 10 de marzo, de Acceso al Entorno de Personas con Discapacidad que Precisan el Acompañamiento de Perros de Asistencia (*BOCM* núm. 61, de 13 de marzo de 2015).

³⁸ El ejercicio del derecho de admisión queda limitado por las prescripciones de la LPGA. El derecho de admisión se regula en Andalucía por el Decreto 10/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el

permanencia en lugares públicos o de uso público de las personas con discapacidad visual que vayan acompañadas de perros guía³⁹.

Los perros guía se definen en el artículo 2 de la LPGA como «aquellos que, tras haber superado el proceso de selección genética y sanitaria, hayan sido adiestrados⁴⁰ en centros oficialmente homologados al efecto para el acompañamiento, la conducción y la ayuda de las personas con disfunción visual, habiendo adquirido las aptitudes precisas para tal fin⁴¹».

La identificación de los perros guía debe hacerse mediante un distintivo de carácter oficial, con validez para toda Andalucía, que llevará el perro en lugar visible⁴². También deberán ser identificados permanentemente mediante microchips.

Todas las personas con discapacidad visual, total o severa, que vayan acompañadas de perros guía pueden acceder (sin que ello pueda conllevar ningún sobrecoste económico⁴³), así como deambular y permanecer de acuerdo con lo establecido en

Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (*BOJA* núm. 36, de 21 de febrero de 2003).

³⁹ Se ocupa de desarrollar el cumplimiento de esta normativa en el municipio de Granada la Ordenanza reguladora de la tenencia de animales, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Granada (*BOP* núm. 151, de 11 de agosto de 2014).

⁴⁰ Los educadores de estos centros homologados de adiestramiento, cuando realicen ejercicios de adiestramiento previo, de adaptación final individual o reeducación de perros guía serán sujetos de los mismos derechos y obligaciones que los establecidos para sus propietarios o poseedores (art. 5 LPGA).

⁴¹ Esta condición se mantendrá a lo largo de toda la vida del perro, al margen de cualquier disfunción posterior del propio animal y en consideración exclusiva al lazo ya establecido para con la persona a la que prestó sus servicios, salvo prescripción sanitaria (art. 2.2 LPGA).

⁴² Lo que viene disciplinado por el Decreto 32/2005, 8 febrero, por el que se regula el distintivo de perro guía y el procedimiento para su concesión y se crea el Registro de perros guía de la Comunidad Autónoma de Andalucía (*BOJA* núm. 37, de 22 febrero de 2005). El artículo 2 de esta norma dispone que el distintivo de perro guía será una placa metálica, que lleve grabada, en su anverso, el grafismo cuyas características figuran en el Anexo 1 de este Decreto, y, en su reverso, el nombre del perro, número del Registro de perros guía, así como la identificación del usuario. El distintivo se situará en el cuello del perro, de forma que permita visualizar tanto su anverso como su reverso.

⁴³ El acceso de los perros guía no puede conllevar, en ningún caso, gasto alguno por este concepto para la persona con discapacidad (art. 7 LPGA). A este respecto, por todos es conocida la denuncia ante los medios de comunicación realizada por una persona con discapacidad visual, en noviembre de 2016, al que la aerolínea de bajo coste Ryanair quiso cobrar por su perro guía en concepto de *equipaje*.

Sobre el incumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo y el transporte de perros guía reconocidos en cabina, véase la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 11, de 10 de junio de 2015. La compañía aérea (Air Europa) exigía, sin excepción, la tramitación telefónica para la aceptación del transporte de perros guía

esta Ley (art. 1.2 LPGA), en condiciones de igualdad con el resto de la ciudadanía, a los siguientes lugares públicos o de uso público, relacionados en el artículo 8 (que expresamente incluye aquí las instalaciones deportivas):

1. Los definidos por la legislación urbanística vial aplicables en cada momento, como paso de peatones, peatonales o de disfrute peatonal exclusivo.

2. Los espacios y dependencias, exteriores e interiores, de utilización colectiva de los edificios, establecimientos e instalaciones que se destinen a un uso que implique concurrencia de público, tales como:

- a) Centros de recreo, ocio y tiempo libre⁴⁴.
- b) Centros oficiales de toda índole y titularidad.
- c) Centros de enseñanza a todos los niveles, colegios y academias, tanto públicos como privados.
- d) Centros hospitalarios, sanitarios y asistenciales, ya sean de titularidad pública o privada.
- e) Centros religiosos.
- f) Museos y salas de exposiciones o conferencias.
- g) Edificios y locales de uso público o de atención al público.

reconocidos en cabina, así como de equipos de movilidad, a través de una línea de tarificación especial (esto es, no gratuita), imponiendo con ello una carga económica adicional para el pasajero en cuestión.

⁴⁴ Aquí puede incluirse, por ejemplo, una sala de bingo. Para el Tribunal Superior de Justicia de Galicia: «Carece de toda justificación el motivo de impugnación fundamentado en que los locales de juego no están incluidos expresamente en la Ley 5/96 y al no existir expresa provisión de los mismos, ya que resulta indiscutible que una Sala de bingo es un lugar o establecimiento de uso público, a que se refiere el artículo 1 de dicha Ley y está comprendido claramente en el artículo 6, bien como centro de ocio y tiempo libre, local de uso público o lugar abierto al público en que se prestan servicios de distraimiento relacionados con el turismo». STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), núm. 1261/2002 de 25 de octubre. Los titulares del bingo alegaron, en un razonamiento que, por razones obvias, carecía de toda base jurídica, que «el servicio de admisión actuó con un criterio de razonabilidad en la denegación al acceso ante la posibilidad de un trastorno en el desarrollo del juego por la presencia de un perro [que cumplía con todas las condiciones, probadas documentalmente, exigidas por la normativa para actuar como perro guía] en el local (situación insólita) no siendo por tanto arbitraria o discriminatoria su actitud» (Fundamento Jurídico 4º).

- h) Almacenes y establecimientos mercantiles.
- i) Oficinas y despachos de profesionales liberales a los que se haya de acudir por concretas razones de igual índole.
- j) Espacios de uso público general de las estaciones de autobuses, ferrocarril, aeropuertos, puertos y paradas de vehículos ligeros de transporte público.
- k) Instalaciones deportivas.

3. Los establecimientos hoteleros y de restauración⁴⁵ de toda categoría y clase, tales como albergues, campamentos, bungalós, apartamentos, lugares de acampada, balnearios, parques de recreo, acuáticos, de atracciones, temáticos y zoológicos y los establecimientos turísticos en general, de acuerdo con la normativa vigente.

4. Todo medio de transporte colectivo, de titularidad pública o de uso público, y los servicios urbanos e interurbanos de transportes de viajeros por carretera, taxi, tren, barco o avión, sometidos a la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

5. En general, cualquier otro lugar, local o establecimiento de uso público o de atención al público.

A pesar de la claridad con la que se expresa este contundente precepto, lo cierto es que aún hoy siguen produciéndose incumplimientos en este terreno. De ellos doy cuenta en algunas de las sentencias que he referenciado en esta contribución a pie de página. Es muy ilustrativa en este sentido la STSJ de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 92/2006, de 26 de julio de 2006, donde se enjuicia la negativa de un conductor de autobús de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid a que continuase su viaje en este medio de transporte público una persona con discapacidad visual acompañada de su perro guía, dando lugar con su comportamiento a una retención del viaje de veinte minutos, que obligó a los demás viajeros a cambiarse de autobús y a requerir la presencia de un inspector. Esta actitud, como es obvio, es contraria a la normativa⁴⁶ que disciplinaba en el

⁴⁵ A este respecto, véase la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), núm. 1015/2003, de 31 de octubre. El Tribunal indica, en el Fundamento Jurídico 5º, que para incurrir en la conducta infractora «basta con negar el acceso al local de esas personas acompañadas de su perro lazarillo, sin que se requiera ninguna intención especial».

⁴⁶ Entonces regía la Ley 23/1998, de 21 de diciembre, sobre el acceso de las personas ciegas o con deficiencia visual usuarias de perro guía al entorno. Vigente hasta el 14 de marzo de 2015.

momento de producirse los hechos esta cuestión en Madrid, redactada en los mismos términos que la andaluza. La Sala reprueba el comportamiento de este conductor⁴⁷ y le informa de que si tenía dudas sobre la condición de perro guía del can que acompañaba a esta persona (atendiendo a la circunstancia que no estaba identificado externamente como perro guía y llevaba correa flexible en lugar de arnés), podía haberle pedido a su propietario la referida documentación que –en Madrid igual que en Andalucía– debe acompañar su utilización.

En definitiva, no cabe que se dificulte en modo alguno, y en cualquier tipo de establecimiento o transporte de uso público (sea una instalación deportiva, un restaurante, una sala de bingo, un local de tatuajes, un taxi o un avión), el acceso de usuarios con discapacidad visual que vayan acompañados de su perro guía, siempre que se articule el mismo dentro de los parámetros que marca la legislación vigente.

Es más, por si cabía alguna duda a este respecto, en Andalucía, como en otras Comunidades Autónomas, a nivel reglamentario se han desarrollado y concretado de forma prolija estos mandatos legales⁴⁸, con disposiciones específicas que

⁴⁷ Al hilo de esta cuestión, es también de interés sacar aquí a colación la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), núm. 1094/2000, de 18 de octubre. El conductor de un taxi se niega a transportar en su vehículo a una persona con discapacidad visual acompañada de su perro guía por problemas alérgicos con los perros, pero avisa a otro profesional para que realice el servicio en su lugar. Para el TSJ catalán: «No hay incumplimiento del derecho de acceso a un taxi porque no se impide con carácter absoluto el ejercicio de ese derecho toda vez que el imputado se cuida de avisar a otro profesional para que realice el servicio solicitado, y éste se lleva a cabo poco tiempo después» (Fundamento Jurídico 5º). Ahora bien, aunque no aprecie la comisión de una infracción grave, entiende este Tribunal que «la conducta enjuiciada no deja de ser reprochable ya que el denunciado no había avisado con antelación a los organismos competentes sobre la alergia que sufría», lo que podría calificarse como una infracción leve, en cuanto que con su acción dificultó el ejercicio del derecho de acceso de la persona con discapacidad. Finalmente, lo cierto es que no se sancionó esta conducta porque ya había prescrito cuando se incoó el oportuno expediente sancionador.

⁴⁸ Entre ellas, sin ánimo de exhaustividad y junto a otras ya reseñadas en otros apartados de esta contribución, podemos citar aquí las siguientes disposiciones: Decreto 35/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público de Viajeros y Viajeras en Automóviles de Turismo (*BOJA* núm. 49, de 12 de marzo de 2012), Decreto 47/2004, de 10 de febrero, de establecimientos hoteleros (*BOJA* núm. 42, de 02 de marzo de 2004), Decreto 164/2003, de 17 de junio de 2003, de Ordenación de Campamentos de Turismo (*BOJA* núm. 122, de 27 de junio de 2003), Decreto 286/2002, de 26 de noviembre, por el que se regulan las actividades relativas a la aplicación de técnicas de tatuaje y perforación cutánea (piercing) (*BOJA* núm. 144, de 07 de diciembre de 2002), Decreto 20/2002, de 29 de enero, de Turismo en el Medio Rural y Turismo Activo (*BOJA* núm. 14, de 2 de febrero de 2002), Decreto 8/1995, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Desinfección, Desinsectación y Desratización Sanitarias (*BOJA* núm. 26, de 16 de febrero de 1995) o Resolución de 26 de septiembre de 2016, del Patronato de la Alhambra y Generalife, por la que se publica la normativa de visita, co-

afectan, entre otros, además de a la ya referida acreditación de centros deportivos, a los propios servicios de transporte público de viajeros en automóviles de turismo, a los espectáculos y actividades recreativas, a los establecimientos y alojamientos turísticos (hoteles, campamentos turísticos, casas rurales...) y hasta al área de trabajo destinado a la aplicación de técnicas de tatuaje y perforación cutánea (*piercing*).

En particular, por lo que afecta propiamente a las instalaciones deportivas⁴⁹, otras Comunidades Autónomas (como es el caso de Cataluña⁵⁰, Baleares⁵¹, Murcia⁵² o Madrid⁵³) apostillan en sus respectivas y recientes leyes sobre la materia, que aquí también quedarían «incluidas las piscinas hasta el margen de la zona de agua». Esto es, la única limitación para estos canes sería que no entrasen en el agua de las piscinas⁵⁴. Andalucía, cuya ley es anterior a esta nueva generación de leyes en materia de accesibilidad, recoge esta disposición a nivel reglamentario, en el Reglamento Sanitario de las Piscinas de Uso Colectivo⁵⁵, como excepción a la prohibición de entrar en piscinas con animales (art. 27 *in fine*). Mandato que, a su vez, han hecho propio algunas Corporaciones municipales a través de sus ordenanzas, como es el caso del Ayuntamiento de Granada⁵⁶.

mercialización y otros usos públicos del conjunto Monumental de la Alhambra y el Generalife y en sus bienes adscritos (*BOJA* núm. 192, de 5 de octubre de 2016).

⁴⁹ No podemos olvidarnos aquí del juego de los ya referidos Decreto 293/2009, de 7 de julio, por el que se aprueba el reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía, así como del Decreto 183/2006, de 17 de octubre, por el que se regula la acreditación de centros deportivos y se crea y regula el Registro Andaluz de Acreditación de Centros Deportivos.

⁵⁰ Artículo 12 de la Ley 19/2009, de 26 de noviembre.

⁵¹ Artículo 7. h) de la Ley 1/2014, de 21 de febrero.

⁵² Artículo 8.i) de la Ley 4/2015, de 3 de marzo.

⁵³ Artículo 12.c).10 de la Ley 2/2015, de 10 de marzo.

⁵⁴ El acceso de los perros de asistencia al agua se registrará por lo establecido en las correspondientes ordenanzas municipales sobre animales de compañía, dispone en Cataluña el artículo 15.4 de la Ley 19/2009, de 26 de noviembre.

⁵⁵ Decreto 23/1999, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Sanitario de las Piscinas de Uso Colectivo (*BOJA* núm. 36, de 25 de marzo de 1999).

⁵⁶ Véase el artículo 129.2.1, en conexión con el 151.3.2.2 y el 151.3.3.6, de la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Granada (*BOP* núm. 202, de 21 de octubre de 2009). Ese precepto también se refiere a los locales destinados a la fabricación, almacenamiento, transporte, manipulación o venta de alimentos. Otras referencias a los perros guía en esta Ordenanza se encuentran en los artículos 129.2.2 (establecimientos de concurrencia pública recreativos), 131.3 (transportes públicos urbanos) y 136.1.3 (interior de las instalaciones y edificios públicos, especialmente en las áreas de juegos infantiles y zonas de plantación).

De la lectura de la normativa aquí sujeta a análisis, en otro orden de cosas, no se desprende que el gerente de la instalación deportiva en cuestión tenga que dar ningún tipo de autorización o visto bueno a este respecto, al ser un derecho reconocido por ley a toda persona con discapacidad visual⁵⁷.

Este derecho de acceso, deambulación y permanencia se entenderá integrado por la constante permanencia del perro guía junto a su dueño⁵⁸, sin traba que pueda llegar a producir interrupción en la permanencia o distancia en la asistencia. Se exceptúan los supuestos de grave peligro inminente para cualquier otra tercera persona, para la propia persona ayudada por el perro guía o para la integridad del propio perro guía (art. 1.3 LPGA). Sería el caso del *Caminito del Rey*⁵⁹, que expresamente indica en su página web: «¿Se permite el acceso con animales? No, el acceso con animales está terminantemente prohibido por motivos de seguridad, incluido los perros guías. El arnés para perro de ciego es un obstáculo que puede resultar un peligro en caso de evacuación para el resto de visitantes, dado lo estrecho que es el paso en muchas zonas de las pasarelas. Los invidentes podrán recorrer el Caminito en compañía de otra persona».

A esta excepción habría que añadir, como se contempla explícitamente en la nueva generación de leyes autonómicas en materia de accesibilidad (el caso catalán⁶⁰, balear⁶¹, vasco⁶², murciano⁶³ o madrileño⁶⁴), no así en Andalucía por ser nuestra Ley anterior, el hecho de que el perro muestre signos evidentes de enfermedad (tales

⁵⁷ Llama la atención, por ello, que el Reglamento de Normas de Uso de las Instalaciones Deportivas de Berja (Almería), a modo de muestra, exija para permitir el acceso a estos perros guía que éstos hayan sido autorizados previamente por la Gerencia del Patronato. Consúltese este reglamento en la web: [http://www.dipalme.org/Servicios/Anexos/Anexos.nsf/VAnexos/029-AX-OR-RR-14/\\$file/Reglamento_instalaciones_deportivas.pdf](http://www.dipalme.org/Servicios/Anexos/Anexos.nsf/VAnexos/029-AX-OR-RR-14/$file/Reglamento_instalaciones_deportivas.pdf) (con acceso el 15 de marzo de 2017).

⁵⁸ Los derechos y facultades recogidos en la LPGA «se entenderán establecidos en consideración de la persona afectada por disfunciones visuales, por lo que el perro guía que ayuda a ésta detentará la cualidad de su asistente de por vida».

⁵⁹ De enorme atractivo turístico, el *Caminito del Rey* transcurre por los municipios de Álora, Antequera y Ardales de la provincia de Málaga. Recién recuperado para el turismo con gran éxito, gracias al esfuerzo de las diferentes Administraciones públicas, este pequeño sendero de servicio de principios del siglo XX, visitado en 1921 por el Rey Alfonso XIII (de ahí su denominación) cuando acudió a inaugurar la presa del Conde de Guadalhorce, fue ideado para hacer posible, recorriendo el desfiladero de Los Gaitanes, el paso de los operarios de mantenimiento, transporte de materiales y vigilancia de la Sociedad Hidroeléctrica del Chorro, propietaria de los Saltos del Gaitanejo y del Chorro. Para más información, véase su URL: <http://www.caminitodelrey.info> (con acceso el 15 de marzo de 2017).

⁶⁰ Artículo 15 de la Ley 19/2009, de 26 de noviembre.

⁶¹ Artículo 9 de la Ley 1/2014, de 21 de febrero.

⁶² Artículo 9 de la Ley Foral 3/2015, de 2 de febrero.

⁶³ Artículo 13 de la Ley 4/2015, de 3 de marzo.

⁶⁴ Artículo 18 de la Ley 2/2015, de 10 de marzo.

como deposiciones diarreicas, secreciones anormales o heridas abiertas) o de falta de higiene. La norma vasca considera también, por ejemplo, como signos de enfermedad: los signos de fiebre y parasitosis cutánea, así como la alopecia anormal; y contempla que el can podrá perder la condición de perro de asistencia si manifiesta algún tipo de comportamiento agresivo⁶⁵ (algo que habrá que interpretar con cautela⁶⁶).

No en vano, volviendo a Andalucía, los perros guía cumplirán las medidas higiénico-sanitarias vigentes⁶⁷ a que están sometidos los animales domésticos en general⁶⁸ y los de sus características en particular. Los propietarios o poseedores de estos animales quedan obligados al cumplimiento de estas normas (art. 4.1 LPGA).

Para obtener la condición de perro guía, es indispensable acreditar que el animal no padece ninguna enfermedad transmisible al hombre, entendiendo por tales las incluidas en el cuadro de antropozoonosis vigente en cada momento⁶⁹ (art. 4.2 LPGA), así como proceder a su esterilización (art. 4.3 LPGA). Todo usuario de un perro guía deberá llevar consigo, en todo momento, la documentación oficial acreditativa del cumplimiento de las condiciones higiénico-sanitarias exigidas en materia de sanidad canina. Ahora bien, por el hecho de ser un perro guía no se le exigirán de forma irrazonada o arbitraria condiciones sanitarias complementarias a las establecidas para cualquier otro perro (art. 4.4 LPGA).

⁶⁵ Artículo 6, apartados 3 y 4, de la Ley 10/2007, de 29 de junio.

⁶⁶ La SAP de Cantabria (Sección 4ª), núm. 114/2001, de 30 octubre, no consideró como animal feroz o dañino a un perro guía que corriendo arrojó por detrás repentinamente a una persona. Para la Audiencia: «no puede predicarse de un perro-guía, al servicio de invidentes, ni la ferocidad, ni el carácter dañino; y el suceso más parece el lesivo resultado de las expansiones del propio animal cuando fue, en un determinado momento, desprendido del sistema de sujeción, que el acometimiento normal, y previsible, de un animal feroz, peligroso, o dañino» (Fundamento Jurídico 4º). En consecuencia, absolvió al acusado (el dueño del can) de la falta contra los intereses generales que se le imputaba.

⁶⁷ Me remito a la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de Protección de los Animales (*BOJA* núm. 237, de 10 de diciembre de 2003), el Decreto 92/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la identificación y los registros de determinados animales de compañía en la Comunidad Autónoma de Andalucía (*BOJA* núm. 77, de 21 de abril de 2005) y el Decreto 133/2005, de 24 de mayo, de distribución de las competencias establecidas en la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales, entre las Consejerías de Gobernación y de Agricultura y Pesca (*BOJA* núm. 111, de 9 de junio de 2005).

⁶⁸ Por todos es conocida la destacada producción científica de J. M.ª Pérez Monguió a este respecto, desde su imprescindible monografía *Animales de compañía: régimen jurídico en el Derecho Administrativo*, Editorial Bosch, 2005.

⁶⁹ Dispone este precepto que el perro guía deberá estar vacunado de rabia, con tratamiento periódico de equinocosis, exento de parásitos externos y de haber dado resultado negativo a las pruebas de leishmaniosis, leptospirosis y brucelosis. Para acreditar la carencia de estas enfermedades, será preciso el reconocimiento del perro guía por veterinarios en ejercicio, que expedirán la certificación correspondiente. Para mantener la condición de perro guía será preciso un reconocimiento periódico cada seis meses, con resultado negativo, sobre estos parásitos y enfermedades.

Toda persona afecta por una discapacidad visual, total o parcial, que disponga de perro guía, es responsable del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la LPGA y estará obligada, especialmente, a (art. 6 LPGA):

- a) Exhibir, en cada ocasión que así le sea requerida, y con motivo del ejercicio de los derechos reconocidos en esta Ley, la cartilla sanitaria en vigor del propio animal.
- b) Emplear en exclusiva al perro guía para las funciones propias de la específica misión para la que fue adiestrado.
- c) Cumplir y respetar las normas de higiene y seguridad en vías y lugares públicos, teniéndose en cuenta la discapacidad visual del usuario del perro guía.
- d) Cuidar con diligencia extremada la higiene y sanidad del perro guía.
- e) Garantizar el adecuado nivel de protección y bienestar del perro, cumpliendo para ello los requisitos de trato, manejo y etológicos que les proporcionen una adecuada calidad de vida.
- f) Disponer de un seguro de responsabilidad civil que cubra cualquier contingencia derivada del uso del perro guía.

El incumplimiento o inobservancia de lo dispuesto en la LPGA constituye infracción administrativa (según los casos, leve⁷⁰, grave⁷¹ o muy grave)^{72, 73} y debe

⁷⁰ Artículo 11.2 LPGA. Se tipifican como infracciones leves: a) La simple inobservancia de las disposiciones contenidas en la LPGA y en la normativa de desarrollo que no cause perjuicio grave y que no estén tipificadas como falta grave o muy grave. b) Todas aquellas conductas que sin impedir el ejercicio de los derechos reconocidos en la LPGA, lo dificulten. c) La exigencia de forma arbitraria o irrazonada de la presentación de la documentación acreditativa de la condición de perro guía, así como la exigencia de condiciones adicionales a las señaladas en la LPGA. d) El cobro de gastos derivados del acceso de perros guía en los términos establecidos en la LPGA. e) El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el artículo 6 de la LPGA. Las infracciones leves se sancionan con una multa de hasta 500.000 pesetas (art. 12.1 LPGA). Estas infracciones prescriben al mes de haberse cometido [art. 15.a) LPGA]; a los seis meses las sanciones [art. 16.a) LPGA].

⁷¹ Artículo 11.3 LPGA. Se tipifican como infracciones graves: impedir el acceso, deambulación y permanencia a las personas con discapacidad visual acompañadas de perro guía en cualquier lugar público o de uso público del artículo 8 de la LPGA, cuando éstos sean de titularidad privada. Las infracciones graves se sancionan con una multa de 500.001 hasta 1.000.000 de pesetas (art. 12.2 LPGA). Prescriben a los seis meses de haberse cometido [art. 15.a) LPGA]; al año las sanciones [art. 16.b) LPGA].

⁷² Artículo 11.4 LPGA. Se tipifican como infracciones muy graves: impedir el acceso, deambulación y permanencia a las personas con discapacidad visual acompañadas de perro guía en cualquier lugar público o de uso público del artículo 8 de la LPGA, cuando estos sean de titularidad pública. Las infracciones muy graves se sancionan con una multa de 1.000.001 hasta 2.000.000 de pesetas (art. 12.3 LPGA); a los dos años las sanciones [art. 16.c) LPGA].

⁷³ Para la graduación de las sanciones se tendrán en cuenta, además del principio de proporcionalidad, los requisitos que cita el artículo 13.2 LPGA, a saber: a) La existencia de intencionalidad. b) La naturaleza de los perjuicios causados. c) La reincidencia o reiteración. d) La trascendencia social de la infracción.

sancionarse⁷⁴ de acuerdo con lo establecido en el capítulo II (arts. 11 y ss.) de esta norma. La imposición de una sanción no excluye la responsabilidad civil ni la eventual indemnización por daños y perjuicios que pueda derivarse (art. 13.1 LPGA).

Son sujetos responsables de estas infracciones administrativas las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como tales en la LPGA y solidariamente las personas que organicen o exploten realmente las actividades o los establecimientos y las personas titulares de la correspondiente licencia o, en su caso, la entidad pública o privada titular del servicio o responsable del mismo, cuando las mismas incumplan el deber de prevenir la comisión por otra de las infracciones tipificadas en la LPGA (art. 10 LPGA).

4. EL SILENCIO DE LA LEGISLACIÓN ANDALUZA EN RELACIÓN CON OTROS PERROS DE ASISTENCIA

Siguiendo a otros autores, como es el caso de María Luisa Roca, «la prohibición de impedir el acceso debe hacerse extensiva a los demás canes que acompañan a personas con otro tipo de discapacidad auditiva o física, o que padezcan determinados tipos de enfermedades para las que pueda estar prevista la ayuda de estos animales»⁷⁵.

Nos referimos a los perros *señal*, adiestrados para acompañar a personas con discapacidad auditiva; a los *de servicio*, que ayudan en actividades de la vida diaria a personas con discapacidad física; a los *de aviso* o *alerta médica*, entrenados para avisar de una alerta médica a personas que padecen discapacidad y crisis recurrentes de desconexión sensorial derivadas de una enfermedad específica como diabetes o epilepsia; o a los que apoyan a personas con trastornos del espectro autista, de acuerdo con las definiciones que a estos efectos recoge el artículo 3 de la Ley madrileña, que equipara el régimen jurídico de todos estos canes al de los perros guía.

Y ello en línea con lo dispuesto en una nueva generación de leyes en materia de accesibilidad en otras Comunidades Autónomas como Valencia y Galicia (2003),

⁷⁴ Son órganos competentes para resolver el procedimiento sancionador e imponer las sanciones (art. 14 LPGA): a) El Director General correspondiente, en las infracciones leves y graves. b) El titular de la Consejería, en las infracciones muy graves.

⁷⁵ Roca Fernández-Castany, M.^a L., «Régimen jurídico-administrativo del derecho de admisión en establecimientos públicos. Especial referencia al caso andaluz», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 36, 2010, pp. 313 a 358, en esp., pp. 341 y siguientes.

País Vasco (2007), Cataluña (2009) o Islas Baleares, Navarra y Murcia (2015). Incomprendiblemente, Andalucía no ha seguido esta senda.

La legislación andaluza vigente es excesivamente rígida y restrictiva al no contemplar estos nuevos escenarios en materia de discapacidad y pensar sólo en los perros guía de las personas con discapacidad visual.

Esto nos lleva a plantear que es preciso superar nuestro actual marco normativo autonómico, redefinir el concepto de perro guía, acogiendo a todos aquellos canes que puedan servir de apoyo a las personas con discapacidad, no sólo de corte visual (también sensorial, física, psíquica u orgánica), para que puedan mejorar su autonomía personal y participar más activamente en la sociedad, también en el terreno de la práctica deportiva. Este no puede ser un campo vedado a la inclusión.

Son cada vez más las Comunidades Autónomas que han legislado sobre estos perros de asistencia (de hecho, esa es la denominación que dan a su norma de cabecera a este respecto, superando la de perro guía). Sin demora, Andalucía ha de poner al día su legislación sobre esta particular y dar cobijo también en su Ordenamiento jurídico interno a todos aquellos canes adiestrados por centros especializados y oficialmente reconocidos, para facilitar la movilidad y autonomía de las personas con discapacidad.

En esa dirección parece encaminarse ya, por fin, el legislador andaluz. En el momento de redactar estas líneas conocemos que el artículo 45 del Proyecto de ley de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía⁷⁶ hace expresa mención a los perros de asistencia: «La Administración de la Junta de Andalucía promoverá la utilización de perros de asistencia para facilitar la movilidad y autonomía de las personas con discapacidad que requieran este tipo de apoyo, garantizando que se permita su libre acceso, en la forma que se determine, a todos los lugares, alojamientos, establecimientos, locales, transportes y demás espacios de uso público sin que ello conlleve gasto adicional alguno para dichas personas». Es un paso en la buena dirección, pero no es suficiente. Esperamos que en breve se articule el correspondiente desarrollo legal y reglamentario que desbanque a la actual LPGA y se ponga al día el marco jurídico que ha de regir el uso de perros guía y otros perros de asistencia en el acceso a instalaciones deportivas y otros establecimientos, locales, transportes y espacios de uso público.

⁷⁶ Proyecto de Ley 10-16/PL-000003. Aún en plena tramitación parlamentaria, fue aprobado por el Consejo de Gobierno andaluz el 26 de agosto de 2016, entró en el Registro del Parlamento de Andalucía el 31 de agosto de 2016 y fue objeto de un debate de totalidad el 23 de noviembre de 2016.

5. COROLARIO

El deporte es un factor de inclusión social, de corrección de desequilibrios sociales, un instrumento favorecedor de la igualdad, que genera grandes beneficios para la salud, por ello, la accesibilidad universal tiene que ser también aquí una realidad, amparando que las personas con discapacidad puedan acceder a la práctica deportiva –lo que lleva implícito el poder acceder a instalaciones deportivas y demás centros de recreo, ocio y tiempo libre– en igualdad de condiciones, reforzando su independencia, seguridad y autonomía.

Por lo que a las personas con discapacidad visual, total o severa, se refiere, se ha probado que es una herramienta útil para posibilitar esta inclusión, y así lo ampara el *corpus* normativo aquí esgrimido, que vayan acompañadas de perros guía para acceder, deambular y permanecer, en condiciones de igualdad, en estos lugares públicos o de uso público. Ahora bien, creemos que no sólo deben disfrutar de este amparo normativo las personas con discapacidad visual. La legislación andaluza ha de tomar nota de los nuevos escenarios y necesidades de las personas con discapacidad e incorporar también aquí a otros perros de asistencia (a los perros señal, a los de servicio, a los entrenados para avisar de una alerta médica o a los que apoyan a personas con trastornos del espectro autista).

En consecuencia, es preciso superar el vigente marco normativo autonómico andaluz a este respecto y proceder a redefinir el concepto de perro guía. Para esta necesaria actualización, afortunadamente, ya se han sentado las bases en el Ordenamiento Jurídico andaluz a través del Proyecto de ley de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía, pero se requiere aún de un sólido y decidido desarrollo legal y reglamentario que garantice plenamente los derechos de todas las personas con discapacidad que quieran acceder a instalaciones deportivas y otros establecimientos, locales, transportes y espacios de uso público.

JURISPRUDENCIA

**SENTENCIA 18/2017, DE 2 DE FEBRERO DE 2017.
CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA 2113-2015,
PLANTEADO POR EL GOBIERNO VASCO EN RELACIÓN
CON DIVERSOS PRECEPTOS DEL REAL DECRETO
1056/2014, DE 12 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE
REGULAN LAS CONDICIONES BÁSICAS DE EMISIÓN
Y USO DE LA TARJETA DE ESTACIONAMIENTO PARA
PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Vicente Mora González

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Dr. Miguel Ángel Cabra de Luna

Director de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos
de Fundación ONCE

Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad

////////////////////////////////////

El Gobierno Vasco planteó conflicto positivo de competencias contra la totalidad del articulado del Real Decreto 1056/2014, de 12 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de emisión y uso de la tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad. Recordemos que esta norma responde a una vieja aspiración del movimiento social de las personas con discapacidad. Su objeto es el establecimiento, desde el más absoluto respeto a las competencias autonómicas y municipales, de unas condiciones básicas que garanticen la igualdad en todo el territorio para la utilización de la tarjeta de estacionamiento, con una regulación que garantice la seguridad jurídica de cualquier ciudadano con discapacidad que presenta movilidad reducida, y que se desplace por cualquier lugar del territorio nacional.

El conflicto planteado por el Gobierno Vasco sitúa la regulación estatal objeto de disputa en la materia de asistencia social, en la cual el Estado carece de compe-

tencias propias, pues el artículo 148.1.20 de la Constitución Española (CE) permite a las Comunidades Autónomas incorporar ese título con carácter exclusivo, y así lo han hecho todos los Estatutos de Autonomía. A partir de ahí, el escrito por el que se formula el conflicto positivo de competencia analiza otros posibles títulos que pudieran justificar una intervención normativa impugnada, como la competencia exclusiva del Estado en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor (art. 149.1.21 CE) y el artículo 149.1.1 CE, concluyendo que todos ellos no son título que permitan el dictado de condiciones básicas.

La Abogacía del Estado defendió la competencia estatal exclusiva recogida en el artículo 149.1.1 CE, que estaría vinculada con la garantía de la igualdad en el ejercicio del derecho a la libre circulación de los españoles (art. 19 CE), pero también derivaría el mandato del artículo 49 CE de protección de las personas con discapacidad, dirigido a todos los poderes públicos, y que en el caso del Estado tendría el matiz finalista de garantizar la igualdad de los derechos de esas personas.

La respuesta del Tribunal analiza la acomodación de la norma estatal impugnada con otras normas autonómicas dictadas en la materia. Señala, como cuestión previa que “no se trata de una regulación nueva, en la que se discuta la legitimidad competencial de quien ha adoptado tal iniciativa, sino de una alteración normativa que procede de una Administración distinta de la que venía regulando con normalidad una materia, con el consiguiente mandato de acomodación de las disposiciones anteriores en el tiempo a las nuevas prescripciones, que pretenden homogeneizar las distintas regulaciones territoriales”.

También enjuicia el encaje de la norma en la competencia de “asistencia social”, que es la que defendía el Gobierno Vasco. Y aquí el Tribunal hace unas consideraciones que resultan especialmente clarificadoras y aplicables a muchos otros casos: “el establecimiento de un sistema de autorizaciones especiales para el estacionamiento de los vehículos de personas con limitaciones físicas para desplazarse constituye una medida de protección social, porque les proporciona un beneficio (fundamentalmente poder estacionar en las plazas reservadas para ello) en atención a sus circunstancias personales de desventaja respecto al resto de la colectividad. Ahora bien, no toda medida pública de contenido social o protectora de grupos desfavorecidos constituye de por sí asistencia social en sentido competencial. En otras palabras, no solo las Administraciones públicas con competencias formales de asistencia social pueden adoptar medidas sociales o beneficiosas de colectivos desfavorecidos, dado que la cláusula del Estado social y su corolario en el artículo 9.2 son transversales y precisamente deben proyectarse en todos los ámbitos de la sociedad y del ordenamiento jurídico por voluntad del constituyente. Por tanto, las Comunidades Autónomas,

que son las que ostentan en España las competencias formales de asistencia social, tal como habilita el artículo 148.1.20 CE y han plasmado los distintos Estatutos de Autonomía, no tienen el patrimonio exclusivo y excluyente de las acciones de índole social, sino que más bien todos los poderes públicos han de ejercer sus diferentes funciones con sentido social, siendo receptivos a las necesidades de los colectivos más necesitados de apoyo por su situación de vulnerabilidad”.

En cuanto a la relación con otras competencias, para la cobertura de la posible intervención normativa estatal en relación con las tarjetas de estacionamiento de personas con discapacidad, el Tribunal se pronuncia claramente a favor de la puesta en juego del título competencial basado en el artículo 149.1.1 CE, es decir la competencia estatal para el establecimiento de condiciones básicas de ejercicio de derechos y deberes constitucionales, “que presta sustento a la introducción de algunos requisitos y condiciones de acceso al derecho de uso de estas tarjetas, los cuales se introducen como garantía de la igualdad básica de los beneficiarios de estas autorizaciones en todo el territorio del Estado”. El Alto Tribunal señala también con acierto, en relación a su engarce con la libertad de circulación (art. 19 CE) que “la Constitución garantiza a todos los españoles el derecho a circular con libertad por todo el territorio del Estado, y es evidente que una buena parte de esa circulación se realiza mediante vehículos a motor y a través de las vías públicas. En ese entorno, las personas con discapacidad encuentran especiales dificultades para ejercer ese derecho por sus limitaciones físicas de movilidad por lo que, como ya hemos destacado, los poderes públicos –cada uno en el ámbito de sus competencias– deben promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los miembros de ese colectivo sean reales y efectivas, y para que se remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE)”. Y en el mismo sentido, y de manera más específica para las personas con discapacidad, el artículo 49 CE exige también a los poderes públicos que les ampare “especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. De tal forma que “en cumplimiento de ese doble mandato constitucional, tanto general como específico (arts. 9.2 y 49 CE), es indudable que el Estado cuenta con cobertura para establecer una serie de condiciones *ex* artículo 149.1.1 CE, que aseguren la libre circulación por todo nuestro territorio de personas que padecen algún tipo de discapacidad (art. 19 CE), en términos de igualdad sustancial”.

Así pues, al comprobar en concreto si las distintas prescripciones cuestionadas del Real Decreto 1056/2014 encuentran justificación de acuerdo con la doctrina expuesta como “condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles” en el ejercicio de su derecho a la libre circulación, se acepta la constitucionalidad de todos los artículos del Real Decreto, salvo dos, que considera nulos, que son en concreto:

– El artículo 8.1 del Real Decreto, que establece la obligación de colaborar con los agentes de tráfico, que al Tribunal le parece genérica, y el modo de colocar y exhibir la tarjeta en el vehículo.

– El artículo 10 del reglamento, por cuanto solo establece dos reglas muy concretas para facilitar a los usuarios el tránsito de una tarjeta de estacionamiento a la siguiente.

EL PLAZO DE SETENTA Y DOS HORAS DEL ARTÍCULO 763.1 LEC SEGÚN RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Emilio Cerezuela del Castillo

Abogado

////////////////////////////////////
El artículo 763 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en su párrafo primero establece que el internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, requerirá autorización judicial, y una vez internado y comunicado al Juzgado, establece un plazo máximo de setenta y dos horas para que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida.

“La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En éste caso, el responsable del Centro en que se hubiera producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible, y en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del Tribunal”.

El Tribunal Constitucional, en los últimos años, ha venido haciendo referencia en distintas sentencias a dicho plazo. En concreto, y al margen de que en otras también lo haga, las nº 141/2012, 182/2015 y 13/2016, están resultando fundamentales en la interpretación del mismo.

Sentencia nº 141/2012, resolviendo Recurso de Amparo nº 5070-2009, promovida por particular contra el Auto de 21/5/2007 del Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de

Granada y contra el Auto de la Sección 5ª de la AP de Granada que desestimó el Recurso de Apelación interpuesto contra aquel.

Sentencia nº 182/2015, de 7/9/15, de la Sala Segunda, resolviendo Recurso de Amparo nº 5924-2014, promovido por el Fiscal contra el auto de 28/7/2014, dictado por la Sección 3ª de la AP de Las Palmas, que a su vez desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 18/6/2014, del Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de las Palmas de Gran Canaria.

Sentencia nº 13/2016, de 1/2/2016, Recurso de Amparo nº 6167-2014, dictada por la Sala Primera, promovido por particular contra el Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 30 de Madrid, de 25/2/2014, que confirmaba medida de internamiento por trastorno psíquico de la recurrente, y contra el auto de la Sección Vigésimosegunda de la AP de Madrid, de 22/7/2014 que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la anterior resolución y contra el Auto de la misma sección de la Audiencia, de 31/7/ 2014 que acordó no haber lugar a la aclaración solicitada contra el Auto de 22 de julio de 2014.

En la primera de ellas, 141/2012, admitido a trámite el Recurso de Amparo, el Fiscal interesó su estimación citando *“la STC 112/1988, los Derechos previstos en los artículo 5.1.e) y 5.4 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, recogiendo así la Jurisprudencia del TEDH a partir del caso Winterwerp contra Países Bajos de 24/10/79, recalcando la necesaria observancia de los plazos indicados en el artículo 763 de la LEC, sosteniendo que ha existido la conculcación del derecho a la libertad personal al haber transcurrido 17 días desde la recepción por el Juzgado a quo de la comunicación del Centro hasta que se dictó el auto confirmatorio de la medida, “sobrepasando con creces el plazo legal de las 72 horas” y que dicho incumplimiento “desnaturaliza la función garantista de la intervención judicial...”*.

Por la Sala del Tribunal Constitucional se dictó sentencia, cuyo fallo fue el de “Otorgar el amparo solicitado por don F.J.G.F, y en consecuencia: 1º Declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 de CE) del recurrente. 2º Restablecerlo en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos del Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Granada de 21/5/2007 y de la Sección 5ª de la AP de Granada de 1/4/2009.

Por lo que respecta al razonamiento de la Sala acerca de la cuestión del plazo de las setenta y dos horas, en su FJ 1, ya hace constar que el recurrente funda su recurso en tres aspectos distintos, siendo el primero de ellos “la superación con exceso del

plazo de 72 horas para que el Juez resolviera el internamiento”. En el FJ 6, queda fijado el plazo de 72 horas para que el Juzgado practique las pruebas y ratifique el internamiento o, en caso contrario, ordene su cesación... sin duda una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone el Juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la Ley 1/2000. La base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, no reside en el artículo 17.2 CE, sino en el artículo 17.1 CE. *El plazo ha de considerarse improrrogable por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el auto y este resulte confirmatorio.* Como consecuencia, la superación del plazo de 72 horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del artículo 17.1 CE.

Y es por ello, que al FJ 7, la Sala establece que se produjo la lesión del derecho a la libertad personal del recurrente en amparo. El Juzgado incurrió en un exceso de catorce días respecto a la fecha legal...lejos de censurarse este hecho, la AP califica este exceso como “leve y razonable demora”. Todo ello determina que el recurrente estuvo, en todo caso, privado ilegalmente de su libertad entre el 7 y el 16 de mayo de 2007.

En el FJ 8 entiende que “procede por tanto el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) del demandante y la declaración de nulidad de los dos autos impugnados”.

En la segunda Sentencia, nº 182/2015, el fallo decide “*estimar el recurso de amparo promovido por el Fiscal, acordando reconocer el derecho a la libertad personal a la persona internada, así como declarar la nulidad, sin retroacción de actuaciones de los autos de fecha 28/7/2014 y de 18 de junio de 2014 de la Sección Tercera de la AP y del Juzgado de 1º Instancia nº 15 de Las Palmas.*”

En cuanto a los razonamientos, la sentencia establece que “*El Alto Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse (STC 141/2012) sobre la vinculación de los plazos establecidos en el mencionado precepto con la garantía derivada del derecho a la libertad personal, sin embargo esta es la primera ocasión –y en ello radica la especial trascendencia constitucional del presente recurso– en que se demanda un pronunciamiento sobre la eventual lesión del indicado derecho fundamental, a causa de una errónea interpretación sobre el “dies a quo” del límite máximo del que dispone la autoridad judicial para ratificar o revocar el internamiento psiquiátrico acordado extrajudicialmente*”.

Continúa con las ocasiones en las que ya se ha pronunciado sobre las exigencias básicas derivadas del derecho fundamental a la libertad personal en relación con los plazos fijados en el artículo 763.1 de la LEC, haciendo expresa referencia al apartado d) del FJ 5, de referida sentencia, y dejar constancia de que “desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a afectos legales a disposición del Órgano Judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del Juez”, traslado que además, al tratarse de un internamiento psiquiátrico, contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal sea que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario. El plazo ha de considerarse improrrogable y no puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte auto y este resulte confirmatorio.

La argumentación jurídica que ofrecieron los órganos judiciales consistieron en que hasta que no llega la comunicación del Centro Médico al Órgano que ha de resolver, no comienza a transcurrir el plazo de las setenta y dos horas. En las demarcaciones judiciales que cuentan con un sólo órgano no se suscita ningún problema interpretativo, puesto que no hay necesidad de efectuar reparto alguno para determinar el concreto juzgado que deba resolver. Sin embargo, el problema surge en aquellas demarcaciones con varios órganos judiciales, pues es perfectamente factible que la determinación del “tribunal competente” se produzca tras la recepción de la comunicación en el Decanato y el asunto sea turnado a un determinado juzgado.

Eso es, precisamente, lo que aconteció en el supuesto concernido por el presente recurso, en que tras ser comunicado vía fax el ingreso involuntario de la enferma con fecha 13/6/2013 por el jefe del servicio de psiquiatría del complejo hospitalario de Las Palmas al Decanato de los Juzgados de Primera Instancia, y aunque el asunto fue repartido el mismo día 13 de junio, sin embargo, no tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Las Palmas hasta el día 16 del citado mes y año.

En consecuencia, al plazo de 24 horas con que cuenta el centro psiquiátrico para notificar el internamiento no voluntario y al de 72 horas del que dispone el juez para ratificar la medida privativa de libertad, se sumaría un nuevo término cuya duración viene determinada por el tiempo que el Decanato tarde en remitir el asunto al órgano judicial que corresponda por reparto, si bien ese lapso no podrá exceder de 72 horas a contar desde que se produjo el internamiento involuntario. Pues bien, en su FJ 6, ya adelanta el TC que esa interpretación no merece favorable acogida, dado que la doctrina asentada en la STC 141/2012 no auspicia tales conclusiones, ni faculta al intérprete judicial de la legalidad a extender el referido plazo sin el oportuno soporte legal habilitante, como que se sostuvo sin ambages que desde que tiene lugar la comunicación por el Centro, la persona ingresada pasa a disposición judicial, por lo

que no queda patrocinado en absoluto la prolongación de la “detención gubernativa” en los términos señalados por la Audiencia Provincial.

En suma, concluye el Alto Tribunal afirmamos que la interpretación constitucionalmente adecuada del segundo párrafo del artículo 763.1 LEC no admite solución de continuidad entre la comunicación del internamiento involuntario, por parte de la autoridad médica, y el inicio del plazo de 72 horas establecido para la ratificación judicial de esa medida, ni permite intercalar plazos implícitos entre esos dos acontecimientos procesales.

En la tercera de las sentencias referidas, Sentencia nº 13/2016, de 1/2/2016, la importancia radica en el fallo, en el que el TC acuerda *estimar el recurso de amparo presentado y en consecuencia, declarar que se había vulnerado el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE); restablecerla en la integridad de su derecho, y a tal fin declarar la nulidad tanto del Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 30 de Madrid como de los Autos de la Sección Vigésimosegunda de la AP de Madrid que resolvieron el Recurso de Apelación*, y acordar la inmediata puesta en libertad de la recurrente.

Esto último, el acordar la inmediata puesta en libertad de la recurrente, llama la atención por su claridad y contundencia, al considerar el Tribunal que se le había privado de su libertad.

Concluyendo, el plazo de setenta y dos horas es improrrogable, y ha de comenzar su cómputo en el momento en el que el Centro Médico lo comunica no ya al Juzgado competente, sino al Decanato donde los haya.

NOTAS

NOVEDAD NORMATIVA: EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Miguel Loya

Socio de J&A Garrigues, S.L.P.

Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad

Mariana Samaniego

Asociada Senior en J&A Garrigues, S.L.P.

SUMARIO: 1. El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. –2. Previsiones relevantes en materia de discapacidad. –3. Conclusión.

1. EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Una de las novedades normativas más relevantes de este año es la tramitación del Proyecto de Ley 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, el “Proyecto”), cuyo texto se publicó el 2 de diciembre de 2016 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y está previsto que se apruebe con competencia legislativa plena, y por el procedimiento de urgencia, por la Comisión de Hacienda y Función Pública¹.

Como adelanta su título, mediante el Proyecto se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014, relativa a la

¹ A fecha de cierre del presente artículo, el Proyecto se encuentra en fase de Informe de la mencionada Comisión de Hacienda y Función Pública del Congreso de los Diputados.

adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. No obstante, según se señala en su Exposición de Motivos, sin perjuicio de dicha transposición, son objetivos que inspiran la regulación contenida en el Proyecto, entre otros, lograr una mayor transparencia en la contratación pública y conseguir una mejor relación calidad-precio, para lo cual se introducen nuevas consideraciones en la contratación pública para que dar prioridad, entre otros, a los aspectos sociales. También se pretende la simplificación de los trámites y la reducción de las cargas administrativas, así como endurecer las disposiciones en las denominadas ofertas “anormalmente bajas” por incumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.

En dicho contexto, el Proyecto 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 del Proyecto en materia de discapacidad:

a) En el artículo 71 del Proyecto 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 previsto 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).

Esta segunda previsión se había introducido en la norma de contratos vigente mediante la Ley 40/2015, en la que ya se prevé, como propone el Proyecto, el condicionamiento de su aplicabilidad a la aprobación de un desarrollo reglamentario. Así se especifica también en la Disposición adicional decimoctava, que señala que tal prohibición de contratar no será efectiva en tanto no se apruebe dicho desarrollo reglamentario que establezca qué ha de entenderse por el cumplimiento de dicho requisito y su forma de acreditación. Se contempla también que, entre tanto, los órganos de contratación “ponderarán”, en los supuestos en que sea obligatorio, el cumplimiento por los licitadores de la reserva comentada, pudiendo incorporarse en la cláusula de los pliegos relativa a la documentación a aportar la acreditación de este extremo. En el mismo sentido se contempla en la Disposición final séptima, al señalar que dicha regulación del artículo 71.1.d) sobre la reserva para personas con

discapacidad no entrará en vigor hasta que no lo haga la disposición reglamentaria de desarrollo.

Esta previsión ha sido objeto de varias enmiendas², todas ellas coincidentes en proponer la supresión del condicionamiento de su aplicabilidad a la aprobación de un desarrollo reglamentario y, en algunos casos, en dar autonomía propia a dicha prohibición en un apartado independiente del artículo 71.1³.

b) En el artículo 126 del Proyecto 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, aquellas se redactarán de manera que se tengan en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, además de los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, debiendo motivarse suficientemente la imposibilidad de hacerlo (en línea con lo previsto en la norma vigente).

Esta previsión no ha suscitado la formulación de enmiendas en lo que aquí nos ocupa.

c) En el artículo 145, sobre los **criterios de adjudicación** del contrato, se contempla en su apartado 9 que los órganos de contratación puedan establecer en los pliegos criterios de adjudicación específicos para el caso de producirse empate entre varias ofertas, que deberán estar vinculados al objeto del contrato y se referirán, entre otros aspectos sociales, a las proposiciones presentadas por empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 %. Además, en defecto de previsión en los pliegos, en caso de empate, se resolverá mediante la aplicación de criterios sociales, previéndose, en primer lugar, el del mayor número de trabajadores con discapacidad en plantilla (apartado 10).

En relación con este precepto (que sigue la línea de la regulación vigente), en sede de enmiendas se ha propuesto su modificación para que la preferencia en la

² Por los Grupos Parlamentarios Ciudadanos, Partido Socialista, Esquerra Republicana y Grupo Parlamentario Mixto.

³ En la misma línea, las enmiendas presentadas en relación con la Disposición adicional decimoctava por los Grupos Parlamentarios Ciudadanos, Mixto, Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y Socialista (419, 958, 196 y 777) que proponen bien suprimirla, bien modificar su redacción de forma que contemple la aplicación inmediata de la prohibición de contratar, sin perjuicio de la clarificación mediante desarrollo reglamentario de los aspectos imprescindibles. Se ha propuesto igualmente suprimir de la Disposición final séptima la referencia al artículo 71.1.d) (Grupo Parlamentario Esquerra Republicana –328–).

adjudicación con base en la reserva de trabajadores con discapacidad tenga en cuenta todo tipo de empresas, de forma que la ventaja se obtenga si el porcentaje de personas con discapacidad en plantilla supera aquél al que estén obligadas legalmente⁴, así como para que se prevea en el apartado 9 la obligatoriedad del establecimiento en los pliegos de los criterios sociales de desempate (en lugar de su carácter potestativo). Asimismo, se propone en ocasiones incorporar la referencia a trabajadores en situación de exclusión social⁵.

d) En el artículo 200 se contempla que los órganos de contratación puedan establecer condiciones especiales de tipo social en relación con la ejecución del contrato, que podrán tener por finalidad, en concreto, hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En relación con este precepto, cabe destacar las enmiendas dirigidas a incidir en la referencia a las personas con discapacidad y a empresas de inserción, así como a la contratación de un número de personas con discapacidad superior al normativamente exigido⁶.

e) La Disposición adicional cuarta, 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 %.

De las múltiples enmiendas presentadas a este precepto cabe destacar la propuesta de trasladar su contenido al articulado⁷, así como las de modificación de su texto, bien para mejorar la redacción, bien para incorporar elementos adicionales, como

⁴ En este sentido, las enmiendas propuestas por los Grupos Parlamentarios Mixto (896) y Esquerra Republicana (270).

⁵ Así, las enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios Esquerra Republicana (270), Mixto (896), Socialista (629) o Ciudadanos (368).

⁶ Así, las enmiendas de los Grupos Parlamentarios Esquerra Republicana, Ciudadanos, Socialista y Mixto (293, 670, 671 y 911).

⁷ En este sentido, las enmiendas de los Grupos Parlamentarios Esquerra Republicana (320), Ciudadanos (418), Socialista (773) o Mixto (955).

la limitación en su aplicación a las entidades sin ánimo de lucro⁸, la supresión de la exigencia de garantías⁹, o la clarificación de su aplicabilidad a todo el sector público¹⁰.

f) La Disposición adicional decimonovena 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.

Este aspecto está contemplado en la norma vigente y no ha sido objeto de enmiendas.

3. CONCLUSIÓN

En definitiva, el Proyecto incluye varias previsiones en materia de discapacidad que pretenden profundizar en la regulación prevista en la normativa existente, sin incorporar, sin embargo, en nuestra opinión, modificaciones que supongan una diferencia particularmente sustancial respecto del marco normativo actual. No obstante, a la luz de las numerosas enmiendas presentadas al Proyecto y de las propuestas de regulación más ambiciosas en los aspectos comentados (algunas veces, con base en las Directivas que se trasponen), es esperable que el texto finalmente aprobado diste del Proyecto y que se pueda aprovechar la oportunidad de seguir avanzando en la integración de las personas con discapacidad, también desde la perspectiva de la contratación pública.

⁸ Es el caso de la enmienda del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana (320).

⁹ En este sentido, las enmiendas del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana (320) o del Grupo Mixto (955).

¹⁰ Así, la enmienda del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana (320).

MATERIALES

INSTRUCCIÓN 1/2017, SOBRE LA ACTUACIÓN DEL FISCAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE MENORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

SUMARIO: 1. Ideas generales. –2. Intromisiones que deben considerarse intolerables. –3. La imagen social de las personas con discapacidad. –4. La comunicación del consentimiento proyectado. –5. Algunas cuestiones procesales. –6. Coordinación. –7. Cláusula de vigencia. –8. Conclusiones.

1. IDEAS GENERALES

El Comité de los Derechos del Niño (Observación General nº 9 [2006] sobre los derechos de los niños con discapacidad, apartado 26), ha subrayado la importancia de la utilización de los medios de comunicación para el fomento de actitudes positivas hacia los niños con discapacidad.

Este loable objetivo, en algunas ocasiones, se ha visto truncado por la utilización de imágenes, informaciones o datos de identidad de tales menores en perjuicio de sus derechos e intereses. Advertida la necesidad de una coordinación en esta materia, se firmó el *Convenio de colaboración entre la Fiscalía General del Estado y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad en materia de derecho*

de protección de la imagen de las niñas y niños con discapacidad en los medios de comunicación el 20 de noviembre de 2012.

La Unidad de Menores de la FGE ha impartido directrices a los Fiscales especialistas (Dictamen n° 3/2013, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores) e intervenido activamente en algunos procesos de cierta trascendencia (así, por ejemplo, el examinado por la Sección 3ª de la AP Tarragona, Rollo de Apelación 657/2015, Sentencia de 10 de diciembre de 2015).

La protección reforzada que precisa este colectivo vulnerado exige, además, siguiendo una amplia trayectoria de la FGE (de las que son muestra las Instrucciones 2/1993, de 15 de marzo, *sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito*, y 2/2006, de 15 de marzo, *sobre el Fiscal y la protección del Derecho al Honor, Intimidación y Propia Imagen de los Menores*), emitir unas directrices generales para conocimiento y coordinación de las diversas áreas en que están estructuradas las Fiscalías Provinciales.

2. INTROMISIONES QUE DEBEN CONSIDERARSE INTOLERABLES

Se integra por dos elementos: por un lado, lo constituyen aquellas intromisiones que lo sean con carácter general para los menores de edad; por otro, lo definen también aquellas que constituyan actos de discriminación en el sentido de la actual *Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (RDL 1/2013, de 29 de noviembre, en adelante, LGDPD).

Dentro del primer ámbito, es necesario destacar la vigencia de la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, ya referida, que sigue constituyendo el marco general para el tratamiento de estas cuestiones. Deben añadirse, además, dos circunstancias posteriores dignas de ser citadas: en primer lugar, el desarrollo de principios de autorregulación en las cadenas de televisión y, en segundo, la proliferación de normativa administrativa sancionadora sobre la materia en los ámbitos estatal y autonómico.

El *Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia*, firmado por el Gobierno y los principales operadores de televisión entró en vigor en marzo de 2005. Su apartado II.2 está dedicado a la “Presencia de los menores en la programación televisiva: Programas, informativos y publicidad”, texto que incide especialmente en una serie de contenidos:

- No se emitirán imágenes ni menciones identificativas de menores como autores, testigos o víctimas de actos ilícitos.

- No se utilizarán imágenes ni menciones identificativas de menores con graves patologías o incapacidades con objeto propagandístico o en contra de su dignidad.
- No se mostrará a menores identificados consumiendo alcohol, tabaco o sustancias estupefacientes.
- No se entrevistará a menores identificados en situaciones de crisis (fugados de su casa, que hayan intentado el suicidio, instrumentalizados por adultos para el crimen, involucrados en la prostitución, con sus padres o familiares allegados implicados en procesos judiciales o reclusos en la cárcel, etc.).
- No se permitirá la participación de menores en los programas en los que se discuta sobre el otorgamiento de su tutela a favor de cualquiera de sus progenitores o sobre la conducta de los mismos.
- No se utilizará a los menores en imitaciones de comportamientos adultos que resulten vejatorias.

Desde el plano legislativo estatal, cabe citar el artículo 7 de la Ley 7/2010 *General de la Comunicación Audiovisual* (en adelante, LGCA) que establece que “en todo caso, está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación”. La mención específica a estos dos contextos no significa, naturalmente, que constituyan un “*numerus clausus*” puesto que la protección debe abarcar también cualquier emisión que, por su contenido o la forma de presentación, pueda causar perjuicio para el menor (art. 158 del Código Civil) y, particularmente, afectar a su dignidad. El artículo 57.4 LGCA conceptúa como infracción muy grave “la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o en emisiones que discutan su tutela o filiación” y, como infracción grave, “el incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta”. El catálogo de sanciones se recoge en su artículo 60.

Por otro lado, se encuentran las normas en materia de protección de menores vigentes en las distintas Comunidades Autónomas. En este sentido, el artículo 56 LGCA expresa: “Las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias de supervisión, control y protección activa para garantizar el cumplimiento de lo previsto en esta Ley y, en su caso, la potestad sancionadora en relación con los servicios de comunicación audiovisual cuyo ámbito de cobertura, cualquiera que sea el medio de

transmisión empleado, no sobrepase sus respectivos límites territoriales. También serán competentes en relación con los servicios audiovisuales cuya prestación se realice directamente por ellas o por entidades a las que hayan conferido su gestión dentro del correspondiente ámbito autonómico”. A título de ejemplo podemos citar, en la CCAA de Cataluña, los artículos 64 y 158 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, *de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*; el artículo 108.i de la Ley 3/2011, de 30 de junio, *de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia*, o los artículos 15 y 174.h de la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, *de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana*.

Junto a este marco normativo, debe mencionarse la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (CDPD), no solo como clave de interpretación de la normativa previa, sino porque es directamente aplicable y susceptible de invocar conforme a nuestra CE.

A los efectos de determinar lo intolerable, deben tenerse en cuenta los principios de la misma que, al estar en la parte dispositiva del tratado, son también exigibles. Así, el artículo 3 CDPD consagra, entre sus principios generales, el de no discriminación e igualdad de oportunidades, junto con otros no menos importantes como lo son el respeto de la dignidad, la autonomía individual y la independencia de las personas, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas y la accesibilidad. Estos principios junto a la obligación del artículo 8 relativo a la toma de conciencia son una guía para el análisis de la imagen de los menores. En este sentido el fin último es que la imagen sea coherente con un enfoque de derechos humanos y no con una imagen de beneficencia, de lástima o de conmiseración, lo que obliga a un tratamiento audiovisual de la discapacidad desde la dignidad humana.

Los menores de edad con discapacidad participan de estos principios y, a tal efecto, el artículo 7 –en línea con lo establecido en el artículo 23.1 de la *Convención sobre los derechos del Niño*– establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

En desarrollo del artículo 49 CE y junto con la distinta legislación emanada de las CCAA, destaca la LGDPD cuyo objeto lo constituye, por un lado, “garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal,

de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la CE y a la CDPD y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España” y, por otro, “establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

Por último, también es necesario destacar la existencia de preceptos penales que sancionan conductas discriminatorias como lo constituyen, por ejemplo, los artículos 510 y 515 CP.

3. LA IMAGEN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El artículo 8.1 CDPD expresa que los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

- a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;
- b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;
- c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

El número 2 del precepto, entre las medidas que incluye, reseña la de “alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención”. Esta última referencia es novedosa en el marco de los tratados de derechos humanos y viene a reconocer la influencia de los medios en el conocimiento social de la realidad y en la creación de estados de opinión, llamándolos a colaborar en la “definición de la discapacidad” y a “participar en la configuración y definición de la identidad social de la discapacidad”.

El movimiento asociativo de las personas con discapacidad ha destacado la importancia de la imagen social de la discapacidad con acciones diversas. En marzo de 2007 se constituyó el *Comité de Apoyo a las Personas con Discapacidad en los*

Medios Audiovisuales, como punto de encuentro, diálogo y compromiso de los medios y el ámbito asociativo y representativo de las personas con discapacidad.

El propio CERMI ha creado una *Comisión de Imagen Social de la Discapacidad y Medios de Comunicación*, que ha elaborado *el Decálogo para un uso apropiado de la imagen social de las personas con discapacidad* como conjunto de buenas pautas a seguir en estos ámbitos, partiendo de la necesidad de reflejar a las personas con discapacidad en los medios, en proporción a su presencia en la sociedad, con normalidad, objetividad, precisión, rigor y lenguaje neutral, de focalizar la atención en la totalidad de la persona y no en la discapacidad, y ofrecer un panorama real de la diversidad dentro de la discapacidad.

Vista la nueva orientación que se desprende del texto de la CDPD así como que uno de sus objetivos es evitar tratamientos interesados, sensacionalistas o instrumentales de la discapacidad, resulta obligado ejercer un control sobre la aparición de menores de edad con discapacidad y el tratamiento de los mismos en los medios de comunicación, analizando con detenimiento y desde la perspectiva de la propia CDPD, el contenido de los programas televisivos.

La idea de “imagen social” es distinta de la representación gráfica de la figura humana que comprende el derecho de imagen y afecta a lo propio del derecho al honor. El artículo 8.5 LGCA contiene, en este sentido y siguiendo el desarrollo expresado en la CDPD, un triple mandato:

- Ofrecer una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de las personas con discapacidad, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana.
- Evitar difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales que pudieran subsistir.
- Procurar que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad. La finalidad de este artículo es doble:
 - Debe visibilizarse la discapacidad, porque es real y existe.
 - Debe visibilizarse desde aquellos enfoques que sean coherentes con la CDPD.

Por ello, tanto el CERMI como la propia FGE coinciden en admitir que una intervención excesiva y desproporcionada puede tener el efecto adverso de desalentar a los medios hacia el objetivo ya reseñado por el Comité de Derechos del Niño de

utilizar a los medios de comunicación para fomentar actitudes positivas hacia las niñas y niños con discapacidad y procurar que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de este colectivo en el conjunto de la sociedad.

La solución no siempre va a ser sencilla pues serán el enfoque de la emisión y el tratamiento de la discapacidad del niño los que darán las claves, con independencia del tipo de formato (serie, concurso, show, programa solidario...).

No debe perderse de vista la conveniencia e incluso necesidad de la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 54.2 LGDPD. Así se ha impuesto, en primer lugar, un proceso de diálogo con el CERMI en su doble condición de principal representante del sector de la discapacidad en España (debe tenerse presente que el art. 4.3 de la CDPD establece un diálogo necesario con las entidades representativas de la discapacidad en lo concerniente a su aplicación), y de mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España de la CDPD, de conformidad con su artículo 33.2 (Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la CDPD).

Ante la emisión de contenidos intolerables descritos en el epígrafe precedente, los Sres. Fiscales procederán al ejercicio de las correspondientes acciones judiciales. Ante la emisión de contenidos no intolerables pero que no respondan inicialmente a la imagen social que exige la CDPD, y por tanto se afecte a los derechos de los niños y niñas con discapacidad por la actuación de los medios de comunicación, los Sres. Fiscales procederán a notificar tales situaciones a la Unidad de Menores de la FGE al objeto de realizar las comunicaciones correspondientes al CERMI con el fin de que, por el mismo, se apliquen las restantes medidas alternativas para la eficacia del derecho fundamental contenidas en el Convenio de colaboración.

4. LA COMUNICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PROYECTADO

El artículo 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de *protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen* se refiere expresamente al consentimiento de los menores y personas con capacidad modificada judicialmente, señalando que puede otorgarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten. Si tal situación no concurre, el consentimiento debe otorgarse por escrito por el representante legal que queda obligado a *poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado*. El artículo concluye expresando que, *si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez*.

La LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* (en adelante, LOPJM) matizó el contenido del derecho en su artículo 4, estableciendo que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar menoscabo de su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

Reitera en otro apartado que la intervención del Ministerio Fiscal se entiende sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales y que, en todo caso, corresponde al Fiscal su ejercicio, bien sea de oficio o bien a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

Se ha considerado siempre que la previa notificación del representante legal al Ministerio Fiscal constituye una *conditio iuris* para la eficacia del consentimiento prestado por representación, y lo mismo puede decirse de la anuencia del Fiscal, que se presume por el mero transcurso del plazo legal de ocho días sin haberse manifestado.

Puesto que los términos legales no exigen más que la comunicación del consentimiento al Ministerio Fiscal y el acuse de recibo por parte de éste, no cabe hablar ni de una censura previa, ni siquiera de una autorización de la emisión, sin perjuicio de que la oposición del Fiscal fuerce la intervención judicial.

Analizando los supuestos concretos de que han dado cuenta las Secciones de Menores de las Fiscalías se comprueba que no son los representantes legales de los niños, para quienes resultaría difícil el conocimiento pormenorizado de las prescripciones legales, sino la productora que realiza el programa quien emite la comunicación previa que prevé el artículo 3 de la LO 1/1982.

En este trance se ha detectado que estas comunicaciones previas frecuentemente adolecen, por error o imprevisión, de presupuestos formales importantes, como son:

La documentación de la conformidad con la emisión, esto es, el escrito firmado por los padres o representantes legales, en el que se describan mínimamente los contenidos aceptados.

La justificación de haberse explicado de forma comprensible (o, al menos, haberse intentado, según la edad, madurez y capacidades cognitivas concretas del niño o la niña) la naturaleza y consecuencias del acto que se va a realizar.

La copia de las imágenes que pretenden emitirse en el programa televisivo o, por lo menos, de tratarse de un programa en directo, la descripción de las preguntas y de la forma en que se va a llevar a cabo el programa.

En tales casos, junto con la incoación del correspondiente expediente de protección, debe solicitarse a la productora que cumplimente tales requisitos que constituyen exigencias mínimas de control en atención a las funciones que han sido encomendadas al Ministerio Público, con una mínima explicación de su soporte legal. En tanto lo anterior no se cumpla, se expresará que concurre causa de oposición al consentimiento proyectado.

5. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES

De forma novedosa, la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, ha introducido un nuevo expediente (arts. 59 y 60) para obtener la aprobación judicial del consentimiento cuando el Fiscal se hubiere opuesto al otorgado por el representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, dando así cumplida satisfacción a la necesidad de dar respuesta procesal a la previsión contenida en el citado artículo 3 de la Ley.

La competencia se otorga al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

Solicitante es el representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, no siendo preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador. La solicitud se ajusta a las normas generales, debiendo incorporar “el documento en que conste la notificación de la oposición del Ministerio Fiscal y los que acrediten su representación legal”.

Interesados lo son el menor o la persona con capacidad modificada judicialmente. Es de reseñar que la norma, a diferencia del artículo 62 del anteproyecto, señala que la audiencia de este último se realizará “si el Juez lo creyera necesario”. El Informe al Anteproyecto del CGPJ (páginas 121 y 122) introdujo esta cuestión al estimar lo siguiente: “Si se ha suscitado este expediente es precisamente por la necesidad de intervención del representante legal, ante la falta de madurez suficiente por parte del menor o incapacitado. Si el Juez considera que el afectado, de cuyo honor, intimidad o imagen se trata, posee condiciones suficientes de madurez como para ser oído en la comparecencia, entonces debería sencillamente admitir que su consentimiento al respecto es lo suficientemente relevante como para excluir que

la intromisión en cuestión deba considerarse ilegítima. En otras palabras, prever la audiencia del menor o del incapaz en la comparecencia encierra una contradicción, pues implica presuponer las condiciones de madurez que harían innecesaria la propia tramitación del expediente. Por ese motivo, se recomienda matizar que la audiencia del menor o incapacitado se efectuará, sólo si el Juez lo creyera necesario, a pesar de no contar con las suficientes condiciones de madurez, o para asegurarse de que en efecto carece de tales condiciones”.

La Ley contempla la existencia de “otros interesados” que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, podrá acordar que se cite a la comparecencia. La presencia del Fiscal en la comparecencia es obligada (art. 60.2).

El régimen del recurso de apelación se separa del general previsto en el artículo 20, otorgando a la misma efecto suspensivo y carácter preferente, lógico teniendo en cuenta de que se trata de derechos fundamentales.

La ley resuelve una cuestión apuntada por el Consejo Fiscal en el informe sobre Anteproyecto de 17 de diciembre de 2013 (página 68) consistente en la ausencia en el artículo 62 (precedente del actual 60) de previsión legislativa alguna a la revocación del consentimiento otorgado –posible en cualquier momento–, conforme al artículo 2.3 de la LO 1/1982. El actual artículo 60.5 dispone, en este sentido, “si los representantes legales del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente quisieran que se revocara el consentimiento otorgado judicialmente, lo pondrán en conocimiento del Juez, quien dictará resolución dejándolo sin efecto”.

Desde otra perspectiva, también es importante reseñar la redacción del artículo 9.2. LO 1/1982, que, tras la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, expresa que “en caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida”. Esta cuestión fue objeto de tratamiento por la STS Sala 1ª, nº 667/2014, de fecha 27 de noviembre, que dejó bien claro que la disposición limita la publicación al caso de intromisión en el derecho al honor (aunque mantiene la aplicación a los derechos a la intimidad e imagen en los casos anteriores a la fecha de entrada en vigor de la reforma).

Como expresa la Instrucción 2/2006, ya citada y cuyos pronunciamientos continúan siendo válidos, la difusión de la sentencia en el medio generalmente no

contribuirá a la reparación del daño, sino que, por el contrario, puede trasladar de nuevo a la opinión pública los hechos que se han considerado perjudiciales para el menor. Dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes los Sres. Fiscales postularán, bien una publicación parcial de la sentencia, evitando perjuicios al menor, bien pura y llanamente, interesarán la no aplicación del artículo 9.2 LO 1/1982 cuando la publicación en sí pueda ser contraria al superior interés del menor. En este sentido se han pronunciado las SSAP Madrid, sec. 13ª, nº 83/2003, de 14 de noviembre; Madrid, sec. 19ª, nº 193/1999, de 11 de marzo y Sevilla, sec. 6ª, nº 99/2004, de 23 de febrero.

6. COORDINACIÓN

La defensa eficaz de los derechos fundamentales de los menores exige la coordinación de los distintos sectores intervinientes. Lo anterior se desenvuelve en un doble sentido: interno (coordinación de las diferentes áreas que integran las Fiscalías provinciales y con los órganos centrales de la FGE, particularmente la Unidad de Menores) y externo (especialmente en el caso de conocimiento de la comisión de infracciones administrativas en las que se lesionen intereses de menores, conforme señala la Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, *sobre la organización de los servicios de protección de las secciones de menores*).

La necesaria cooperación con el CERMI, ya expuesta en estas páginas y desarrollada en el Convenio de 2012, establece, entre otras cuestiones, una serie de mecanismos de colaboración a través de la Unidad de Menores de la FGE entre los que se encuentran:

- El establecimiento de un cauce institucional de comunicación de casos que puedan suponer vulneración de los derechos objeto del convenio a fin de que puedan ejercitarse las acciones correspondientes o, en su caso, la remisión a las autoridades administrativas para el ejercicio de las facultades sancionadoras.
- La posibilidad de requerir a la Comisión de Imagen Social de la Discapacidad y Medios de Comunicación del CERMI su colaboración en el estudio de casos complejos en los que pueda verse afectada la imagen social de los niños y niñas con discapacidad por la actuación de los medios de comunicación, mediación y asesoramiento a las personas afectadas y, en su caso, intervención en los procesos correspondientes al amparo de la legitimación que otorga el actual artículo 76 LGDPD.

- La constitución de una Comisión de Seguimiento, integrada por dos representantes de cada una de las partes, a la que corresponde velar por el correcto desarrollo y ejecución de lo dispuesto, impulsar la adopción de las medidas y acciones necesarias para el eficaz cumplimiento de los objetivos comunes perseguidos por las partes y resolver las controversias que puedan surgir en la interpretación y aplicación del convenio.

7. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La presente Instrucción no afecta a la vigencia de las Circulares e Instrucciones anteriores.

8. CONCLUSIONES

1.º Los Sres. Fiscales analizarán la aparición de niños y niñas con discapacidad en los medios de comunicación audiovisual partiendo de la protección reforzada que ha de dispensarse en tanto menores de edad, por un lado, y personas con discapacidad, por otro. Por ello, aunque generalmente proceda la anuencia a la realización del programa, habrá que ponderar siempre si es necesario un control de su contenido y si el mismo ha de realizarse antes o después de la emisión.

2.º Al valorar este tipo de emisiones, los Sres. Fiscales se ajustarán a las siguientes pautas:

A) Mantiene plena vigencia los criterios contenidos en la Instrucción 2/2006 sobre *el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidación y Propia Imagen de los Menores*. Tales criterios se aplicarán, tras las tareas de comprobación de los contenidos que exigen los artículos 3 LO 1/1982 y 4 LOPJM.

B) La gravedad de las intromisiones en los derechos de los menores con discapacidad debe ponderarse a partir de la evolución producida en el seno de la autorregulación de contenidos televisivos e infancia y del derecho administrativo sancionador de carácter estatal y autonómico.

3.º El marco de los contenidos intolerables que justificaría el ejercicio de acciones judiciales por parte del Fiscal se define desde la doble óptica de:

- Los actos de intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de cualquier persona menor de edad.

- Los actos de discriminación en el tenor de la LGDPD.

4.º En caso de que la emisión (cualquiera que sea su formato) no contemple contenidos intolerables, pero pueda verse afectada la imagen social de los niños y niñas con discapacidad por la actuación de los medios de comunicación por no responder a los criterios que exige la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Sres. Fiscales se abstendrán del ejercicio de acciones judiciales.

No obstante, a través del Fiscal Delegado de Menores, pondrán el caso en conocimiento de la Unidad de Menores de la FGE al objeto de su correspondiente comunicación al CERMI para que, por el mismo, se procuren las restantes medidas alternativas para la plena eficacia del derecho fundamental.

5.º Para facilitar la labor de la Comisión de Seguimiento creada conforme al Convenio de colaboración entre la FGE y el CERMI, los Sres. Fiscales comunicarán a la Unidad de Menores de la FGE los casos relativos a programas cuyos contenidos o formas de presentación revistan características especiales o alguna complejidad.

6.º El despacho de estos asuntos corresponde a las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

Madrid, 27 de marzo de 2017

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
José Manuel Maza Martín

EXCMOS./AS. E ILMOS./AS. SRES./AS. FISCALES DE SALA, FISCALES SUPERIORES, FISCALES JEFES PROVINCIALES Y DE ÁREA.

Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite. Diagnóstico y propuestas. Pamplona, 2017.
Francisco Javier Fernandez Orrico

Antonio-Luis Martínez-Pujalte
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Director de la Cátedra de Discapacidad y Empleabilidad TEMPE-APSA
de la Universidad Miguel Hernández de Elche
Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad

En dos ocasiones sucesivas, se han producido mandatos legislativos que han ordenado al Gobierno la adopción de medidas que promuevan el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite¹. Pero, como ocurre tantas veces con disposiciones legislativas de esta naturaleza, ambos mandatos permanecen incumplidos. Y nos encontramos, sin duda, ante un colectivo particularmente problemático desde el punto de vista de la inserción laboral, pues, teniendo evidentes dificultades

¹ En primer lugar, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, estableció en su Disposición Adicional 24ª que “el Gobierno estudiará, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, las medidas oportunas para mejorar la empleabilidad de las personas con capacidad intelectual límite que no alcancen un grado de discapacidad mínimo del 33 %”. Un año más tarde, la Disposición Adicional 6ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, fue más precisa, fijando un plazo de doce meses para que el Gobierno presentara “medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite, que tengan reconocida oficialmente esta situación, aunque no alcancen un grado de discapacidad del 33 por ciento”.

para acceder al mercado de trabajo, sucede sin embargo con frecuencia que las personas con capacidad intelectual límite ni siquiera se benefician de los incentivos legalmente establecidos para la contratación de personas con discapacidad, al no alcanzar el grado del 33 %.

Esta es la problemática sobre la que incide el libro del profesor Javier Fernández Orrico objeto de este comentario, que se enmarca en el proyecto de investigación sobre “Estrategias para la inserción laboral de personas con capacidad intelectual límite”, promovido y financiado por la Cátedra de Discapacidad y Empleabilidad TEMPE-APSA de la Universidad Miguel Hernández. El propósito del presente estudio era analizar la posible aplicación a las personas con capacidad intelectual límite de las medidas para estimular la contratación de las personas con discapacidad contempladas por la legislación española vigente. Sin embargo, he de decir que la obra supera con mucho sus propios objetivos iniciales. En otras palabras, este no es tan solo un libro sobre capacidad intelectual límite. El autor nos ofrece, por el contrario, un completo análisis del régimen jurídico-laboral de la discapacidad, que además examina su posible extensión a las personas con capacidad intelectual límite. Se trata, pues, de una obra que resultará útil para cualquier profesional del Derecho o de las relaciones laborales, así como para los responsables de Recursos Humanos de empresas y otras organizaciones. El estudio no solo recoge la práctica totalidad de los textos normativos sobre la materia, sino que se enriquece asimismo con el tratamiento de la jurisprudencia, tanto de Tribunales españoles como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y, aunque por supuesto no agota el tratamiento de la problemática abordada —el propio autor nos anuncia estudios posteriores sobre el principio de no discriminación por razón de discapacidad en el ámbito laboral—, se convierte, por su carácter sintético y exhaustivo, en una obra de obligada consulta. En este sentido, resultan también particularmente útiles los apéndices incluidos al final del libro, que recopilan la legislación y documentación más relevante en relación con la inserción laboral de personas con discapacidad.

No es posible resumir en este breve comentario la totalidad de los problemas tratados en el libro ni las conclusiones que alcanza. Sí quisiera, sin embargo, hacer algunas reflexiones sobre tres cuestiones que me parecen de singular interés.

En primer lugar, a lo largo de toda la obra insiste el autor en la necesidad de superar la estrecha definición de la discapacidad que restringe esta calificación, particularmente en el ámbito laboral, a quienes alcanzan el grado del 33 %. El peso de una tradición que, a lo largo de más de 40 años, ha exigido este umbral mínimo para acceder a cualquier beneficio o incentivo para la contratación explica que sea muy difícil prescindir de ese lastre, pero hoy esa restricción no puede mantenerse,

a tenor de lo dispuesto por el artículo 4.1 de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social, que define a las personas con discapacidad, en términos muy similares a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Por tanto, quienes encajen en esta definición –quienes encuentren barreras a su participación social relacionadas con una deficiencia– son personas con discapacidad, al margen del concreto grado que alcancen². Y, por tanto, siempre que las disposiciones legales –en el Derecho del Trabajo o en cualquier otro ámbito– se refieran en términos generales a las personas con discapacidad, sin requerir ningún grado concreto, han de entenderse aplicables a todas las personas con discapacidad, y en consecuencia también a las personas con capacidad intelectual límite, aun cuando no lleguen al umbral del 33 %. Es el caso, por ejemplo, de la cuota de reserva de puestos de trabajo a personas con discapacidad, que se establece hoy en el artículo 42.1 de la Ley General sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social, en el que se habla genéricamente de “trabajadores con discapacidad” sin introducir requisitos adicionales, y para cuyo cumplimiento debe entenderse por tanto que computan los trabajadores con discapacidad reconocida, con independencia del grado que obtengan (pese a lo que sostiene el Criterio Técnico 98/2016 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que en este extremo debe reputarse ilegal). Así pues, existen incentivos legales a la contratación de personas con discapacidad que, como el que se acaba de mencionar, deben entenderse inmediatamente aplicables, sin necesidad de reforma normativa alguna, a las personas con capacidad intelectual límite, o con cualquier otra discapacidad en grado inferior al 33 %.

A la cuota de reserva dedica el autor monográficamente el capítulo VI del libro, y es esta precisamente la segunda de las cuestiones a que quiero referirme. Parece evidente que esta medida, siendo potencialmente muy idónea para estimular la inserción laboral de las personas con discapacidad, ha tenido sin embargo una muy deficiente aplicación práctica. Pero el examen que realiza el profesor Fernández Orrico muestra que el problema no se encuentra solo en el generalizado incumplimiento de esta obligación por las empresas, sino también en las deficiencias de su propia con-

² Hemos analizado el concepto jurídico de discapacidad, a partir de las definiciones de la Convención, y teniendo en cuenta también la definición legal de personas con discapacidad mencionada en el texto, en MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, FERNÁNDEZ ORRICO, Javier, “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, 1 (2016), pp. 9-29.

figuración legal y reglamentaria. El autor plantea fundadas objeciones sobre diversos aspectos de la regulación normativa de la cuota de reserva, entre otros los siguientes: en primer lugar, se aplica únicamente a empresas de más de 50 trabajadores –que son una exigua minoría dentro de nuestro tejido empresarial–, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno; en segundo lugar, el porcentaje del 2 % es también más bajo que en otros países, lo que se ve agravado por el hecho de que la Inspección de Trabajo aplica un criterio de “redondeo por defecto” para determinar el número de trabajadores con discapacidad que deben contratarse, de tal forma que, por ejemplo, no existe la obligación de contratar a un segundo trabajador con discapacidad hasta que la empresa cuente con 100 empleados; en tercer lugar, computa para cumplir la cuota un trabajador a tiempo parcial, con independencia de la duración de su jornada, al igual que un trabajador a tiempo completo; en cuarto lugar, se concede con excesiva facilidad el certificado de excepcionalidad para eludir la cuota de reserva acogiéndose a medidas alternativas, que, además, no siempre se traducen en la generación de empleo para personas con discapacidad. Nos encontramos, pues, ante una figura que muy probablemente exige ser repensada en profundidad, para que sea realmente eficaz en promover la inserción laboral de personas con discapacidad.

Finalmente, quiero llamar la atención sobre la importancia del último capítulo del libro, en el que el autor plantea diversas propuestas de futuro, algunas de ellas de mejora legislativa. Coincido con el autor, en particular, en la importancia de proceder lo antes posible a la revisión del baremo para la determinación del grado de discapacidad, basado hoy únicamente en el modelo médico, y que presta muy escasa atención a los factores sociales, así como en la necesidad de establecer incentivos al empleo específicamente dirigidos al colectivo de personas con capacidad intelectual límite, en cumplimiento de los mandatos legislativos a que me he referido al inicio de esta reseña. Asimismo, el autor apunta una interesante reflexión sobre la necesidad de considerar el mercado ordinario de trabajo como la vía preferente de inserción laboral de las personas con discapacidad, mientras que el empleo protegido habría de permanecer como un mecanismo subsidiario o transitorio. No obstante, no parece fácil que esta preferencia por el empleo ordinario pueda traducirse en medidas normativas eficaces.

Y es que, como también señala el autor de este libro, para lograr el objetivo de mejorar las oportunidades de inserción laboral de las personas con discapacidad no son suficientes los instrumentos jurídicos ni los incentivos económicos. Es preciso que las empresas conozcan las competencias y habilidades de las personas con discapacidad –también con discapacidad intelectual o con capacidad límite–, para que les resulte atractiva su contratación. Y se hace necesario asimismo diseñar adecuados itinerarios formativos para las personas con discapacidad que permitan mejorar su empleabilidad. Pero estas son materias sobre las que habrán de versar otras investigaciones.

Informe sobre violencia de género hacia las mujeres con discapacidad a partir de la macroencuesta 2015. Madrid, 2017.
Ana Peláez Narváez / Pilar Villarino Villarino

Isabel Caballero Pérez
Coordinadora de la Fundación CERMI Mujeres

////////////////////////////////////

A pesar de los indudables avances que se han alcanzado en nuestro país para erradicar la violencia de género y la importante contribución que en su día supuso la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sin embargo, siguen siendo significativos los déficits existentes en su efectiva puesta en marcha. Entre ellos, cabe destacar la falta de datos estadísticos que den cuenta de cómo afecta la violencia de género en grupos de mujeres en minoría, entre los que se encuentran las mujeres con discapacidad.

Ni los informes anuales que elabora el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, ni las diversas macroencuestas que sobre esta cuestión ha publicado la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género arrojan información relevante que permita diseñar y poner en marcha políticas públicas encaminadas a dar respuestas adecuadas a demandas reales y específicas de las mujeres con discapacidad en materia de violencia de género.

De esta manera, el objetivo perseguido con la publicación del *Informe sobre Violencia de Género hacia las Mujeres con Discapacidad* es llenar el vacío de información existente, impulsando, por un lado, la toma de conciencia del conjunto de la población sobre la violencia de género que se ejerce contra las mujeres con discapacidad y, por otro, aportar insumos útiles que faciliten a los poderes públicos responsables en este ámbito desarrollar políticas eficaces.

Para ello se ha realizado una lectura crítica y sistemática de los resultados obtenidos por la *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2015* llevada a cabo por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género con la colaboración del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) (estudio número 3.027), a partir de los datos sobre mujeres con discapacidad residentes en España de 16 años y más.

Este Informe permite a quien se acerque a sus páginas, conocer el marco legislativo nacional e internacional sobre violencia de género, tomando especialmente en consideración a las mujeres con discapacidad, y disponer de un interesante análisis estadístico acerca de la violencia sufrida por las mujeres con discapacidad acreditada del 33 por ciento o superior, a partir de la explotación de los microdatos de la Macroencuesta referida.

Dicha Macroencuesta se realizó sobre una muestra de 10.171 mujeres, de las cuales el 4.5 por ciento reconoció contar con un certificado de discapacidad del 33 por ciento o más. Ciertamente, al tratarse de datos referidos a una población tan reducida podrían, en principio, presentar problemas de representatividad. Sin embargo, los resultados obtenidos son más que elocuentes y muestran que en todos y cada uno de los tipos y manifestaciones se produce una mayor incidencia de la violencia sobre este sector de población.

Otra información relevante plasmada en este estudio hace alusión a la percepción de las víctimas sobre su estado de salud; el tiempo que dedican a su bienestar, autocuidados y si comparten las tareas domésticas con quienes conviven.

Asimismo, se analiza las diferencias que se producen en relación con el proceso de salida de la situación de violencia y la búsqueda de ayuda; las causas por las que estas mujeres no acuden a la policía o retiran la denuncia una vez interpuesta, el primer lugar al que acuden para pedir ayuda y los consejos recibidos por familiares y su círculo de amistades.

La obra también ofrece una reflexión acerca del fenómeno de la discapacidad como construcción social y pone de manifiesto la especial estigmatización que supone

para las mujeres. Por otro lado, se analiza la relación entre discapacidad, y sexismo dejando patente el riesgo que tienen estas mujeres de sufrir violencia por parte de personas de su entorno cercano, y de manera muy especial aquellas que se encuentran bajo la tutela de algún miembro de la familia o institucionalizadas.

Como cierre de la obra se ha incluido una selección de experiencias internacionales sobre estudios centrados en el fenómeno de la violencia contra las mujeres con discapacidad, tanto en el ámbito gubernamental, a partir de la puesta en marcha de políticas públicas específicas y/o transversales, como en el no gubernamental, fundamentalmente a través de la sociedad civil organizada.

También se proponen orientaciones para la realización de un estudio específico sobre la realidad de las mujeres con discapacidad, no como un grupo homogéneo, sino teniendo en cuenta su diversidad.

Así, la persona lectora encontrará en este Informe orientaciones y propuestas de mejora que se consideran necesarias para el diseño metodológico de futuras encuestas sobre violencia de género y discapacidad; sugiriéndose, entre otros aspectos, incorporar la perspectiva de género y discapacidad desde un enfoque de derechos humanos y tomar en consideración algunas premisas tales como tener en cuenta cuestionarios validados o encuestas similares que permitan comparar la situación con otros países. Se recomienda incluir preguntas específicas sobre el tipo y grado de la discapacidad, combinar metodologías cuantitativas con cualitativas y establecer un cuestionario de preguntas abiertas y preguntas específicas de violencia para mujeres con discapacidad.

Con esta explotación de datos se da coherencia a las recomendaciones formuladas por el Comité de seguimiento sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas al estado español en el año 2011 y por las emitidas por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su resolución de marzo de 2013 acerca del “Estudio temático sobre la cuestión de la violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad” (RECOMENDACIÓN 53.a) que establece en su tenor literal:

“Garantizar, de conformidad con el artículo 31 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, la recopilación de información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación sobre todas las formas de violencia que sufren las mujeres y las niñas con discapacidad, desglosada por sexo, edad y tipo de discapacidad”.

