

A/23/ ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD

Revista científica de Derecho de la Discapacidad
N.º 8, julio 2023, Año VIII

ESTUDIOS

Aproximación a las labores de interpretación del Comité ONU de la discapacidad: la Observación General n.º 8 y el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo
Gregorio Saravia Méndez

Derechos y discapacidad: nuevas tendencias de la gestión en España
María Vilchez Vivanco

El IVA y la discapacidad, a la luz de los cambios acontecidos en la directiva 2006/112/CE
Miguel Cruz Amorós y Xandra Martínez Gavira

La autocuratela en la Ley 8/2021
Elisa Jiménez Artacho

La eficacia del amparo en revisión 146/2018, tratándose del derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad. Revisión a la actuación institucional reciente
Juana María Peña Lara

Una mirada histórica sobre el concepto de discapacidad
Alberto Bartolomé Aragón

PROPUESTAS NORMATIVAS Y/O JURÍDICAS

¿Sueñan los ciborgs con orejas eléctricas? Propuesta de un nuevo límite en el sistema de excepciones de accesibilidad para personas con discapacidad aplicable a los usuarios de implantes biónicos
Jaime Delgado García-Pomareda

TRABAJO FIN DE MÁSTER

La responsabilidad penal de las personas con discapacidad intelectual desde la perspectiva de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad
Natalia Pérez Fernández

Valor jurídico y aplicabilidad de los dictámenes del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU en el ámbito del ordenamiento legal interno español
Gregorio Saravia Méndez

El acceso a la justicia por parte de las personas sordas en España
José Toribio Gómez

RESEÑAS

Luces y sombras en la aplicación de la Ley 8/2021: "De la sustitución al apoyo. Igual reconocimiento como persona ante la ley", tras un año de aplicación, reacciones
M.ª Mercedes Lizcano Díaz

Informe del CERMI sobre los contenidos en materia de discapacidad y accesibilidad que incorpora la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario
CERMI

Nota sobre la recuperación de la asimilación legal a efectos laborales entre situaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social (y clases pasivas) y grado de discapacidad mínimo del 33 por 100
CERMI

ANEXO



Comité de Dirección de la Revista *Anales de Derecho y Discapacidad*. Revista científica de Derecho de la Discapacidad.

Luis Cayo Pérez Bueno, *Presidente*.

Rafael de Lorenzo García, *Director*.

Beatriz de Miguel Vijandi, *Coordinadora*.

Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *Editor*.

Esperanza Alcaín, *Doctora en Derecho*.

Paula Pérez Sánchez, *Secretaria de Redacción*.

Consejo Editorial de la Revista *Anales de Derecho y Discapacidad*. Revista científica de Derecho de la Discapacidad.

Luis Cayo Pérez Bueno, *Presidente*.

Rafael de Lorenzo García, *Director*.

Beatriz de Miguel Vijandi, *Coordinadora*.

Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *Editor*.

Esperanza Alcaín, *Doctora en Derecho*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Elva Rodríguez, *Doctora en Derecho*.

Patricia Cuenca, *Doctora en Derecho*.

Contacto

Anales de Derecho y Discapacidad. Revista científica de Derecho de la Discapacidad.

Calle Recoletos, 1 Bajo – 28001 Madrid - España

coordinacion@fderechoydiscapacidad.es

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

A/23/

ANALES
DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD

Revista científica de Derecho de la Discapacidad
N.º 8, julio 2023, Año VIII

ANALES DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD
Revista científica de
Derecho de la Discapacidad



Ediciones Cinca

A/23/ ANALES
DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD
Revista científica de Derecho de la Discapacidad
N.º 8, julio 2023, Año VIII

Con el apoyo de:



PRIMERA EDICIÓN: julio, 2023.

© DE ESTA EDICIÓN: Fundación Derecho y Discapacidad y CERMI, 2023.

© DE LOS TEXTOS: Sus autores.

Reservados todos los derechos.

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

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

DISEÑO DE LA COLECCIÓN:

Juan Vidaurre

PRODUCCIÓN EDITORIAL,
COORDINACIÓN TÉCNICA

E IMPRESIÓN:

Grupo Editorial Cinca

c/ General Ibáñez Íbero, 5A

28003 Madrid

Tel.: 91 553 22 72.

gruposeditorial@edicionescinca.com

www.edicionescinca.com

DEPÓSITO LEGAL: M-29016-2016

ISSN: 2530-4011

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



A/23/

ANALES
DE DERECHO
Y DISCAPACIDAD

Revista científica de Derecho de la Discapacidad
N.º 8, julio 2023, Año VIII

ESTUDIOS

Gregorio Saravia Méndez

María Vílchez Vivanco

Miguel Cruz Amorós y Xandra Martínez Gavira

Elisa Jiménez Artacho

Juana María Peña Lara

Alberto Bartolomé Aragón

PROPUESTAS NORMATIVAS Y/O JURÍDICAS

Jaime Delgado García-Pomareda

TRABAJOS FIN DE MÁSTER

Natalia Pérez Fernández

Gregorio Saravia Méndez

José Toribio Gómez

RESEÑAS

M.^a Mercedes Lizcano Díaz

CERMI

CERMI

ÍNDICE

ESTUDIOS

| | |
|--|---|
| APROXIMACIÓN A LAS LABORES DE INTERPRETACIÓN DEL COMITÉ ONU DE LA DISCAPACIDAD: LA OBSERVACIÓN GENERAL N.º 8 Y EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL TRABAJO Y AL EMPLEO Gregorio Saravia Méndez | 9 |
|--|---|

| | |
|---|----|
| DERECHOS Y DISCAPACIDAD: NUEVAS TENDENCIAS DE LA GESTIÓN EN ESPAÑA María Vílchez Vivanco | 27 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| EL IVA Y LA DISCAPACIDAD, A LA LUZ DE LOS CAMBIOS ACONTECIDOS EN LA DIRECTIVA 2006/112/CE Miguel Cruz Amorós y Xandra Martínez Gavira | 51 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| LA AUTOCURATELA EN LA LEY 8/2021 Elisa Jiménez Artacho | 79 |
|---|----|

| | |
|--|-----|
| LA EFICACIA DEL AMPARO EN REVISIÓN 146/2018, TRATÁNDOSE DEL DERECHO AL TRABAJO Y AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. REVISIÓN A LA ACTUACIÓN INSTITUCIONAL RECIENTE Juana María Peña Lara | 107 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| UNA MIRADA HISTÓRICA SOBRE EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Alberto Bartolomé Aragón | 141 |
|--|-----|

PROPUESTAS NORMATIVAS Y/O JURÍDICAS

| | |
|--|-----|
| ¿SUEÑAN LOS CÍBORGS CON OREJAS ELÉCTRICAS? PROPUESTA DE UN NUEVO LÍMITE EN EL SISTEMA DE EXCEPCIONES DE ACCESIBILIDAD PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD APLICABLE A LOS USUARIOS DE IMPLANTES BIÓNICOS Jaime Delgado García-Pomareda | 149 |
|--|-----|

TRABAJOS FIN DE MÁSTER (TFM)

| | |
|---|-----|
| LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Natalia Pérez Fernández | 165 |
| VALOR JURÍDICO Y APLICABILIDAD DE LOS DICTÁMENES DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA ONU EN EL ÁMBITO DEL ORDENAMIENTO LEGAL INTERNO ESPAÑOL Gregorio Saravia Méndez | 197 |
| EL ACCESO A LA JUSTICIA POR PARTE DE LAS PERSONAS SORDAS EN ESPAÑA José Toribio Gómez | 227 |
| RESEÑAS, RECENSIONES Y COMENTARIOS SOBRE PRONUNCIAMIENTOS DE TRIBUNALES, ASÍ COMO DE NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS DE ESPECIAL RELEVANCIA | |
| LUCES Y SOMBRAS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 8/2021: “DE LA SUSTITUCIÓN AL APOYO. IGUAL RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY”. TRAS UN AÑO DE APLICACIÓN, REACCIONES M. ^a Mercedes Lizcano Díaz | 259 |
| INFORME DEL CERMI SOBRE LOS CONTENIDOS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD Y ACCESIBILIDAD QUE INCORPORA LA LEY ORGÁNICA 2/2023, DE 22 DE MARZO, DEL SISTEMA UNIVERSITARIO CERMI | 273 |
| NOTA SOBRE LA RECUPERACIÓN DE LA ASIMILACIÓN LEGAL A EFECTOS LABORALES ENTRE SITUACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Y CLASES PASIVAS) Y GRADO DE DISCAPACIDAD MÍNIMO DEL 33 POR 100 CERMI | 281 |
| ANEXO. LISTADO DE EVALUADORES EXTERNOS CONFIRMADOS PARA EL VII VOLUMEN DE LA REVISTA ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD: REVISTA CIENTÍFICA DEL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD | 289 |

ESTUDIOS

Gregorio Saravia Méndez

Delegado de Derechos Humanos y para la Convención de la ONU

Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)

////////////////////////////////////
APROXIMACIÓN A LAS LABORES DE INTERPRETACIÓN DEL COMITÉ ONU DE LA DISCAPACIDAD: LA OBSERVACIÓN GENERAL N.º 8 Y EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL TRABAJO Y AL EMPLEO*

APPROACH TO THE INTERPRETATION WORK OF THE UN COMMITTEE ON DISABILITIES: GENERAL COMMENT No. 8 AND THE RIGHT OF PERSONS WITH DISABILITIES TO WORK AND EMPLOYMENT

SUMARIO: 1. Introducción a la Observación General n.º 8; 1.2 El contenido normativo del artículo 27. –2. El enfoque de Derechos Humanos como prisma de análisis. –3. El derecho al trabajo en el ámbito internacional. –4. El derecho a un trabajo decente libremente elegido. –5. Las barreras y los problemas en el acceso al mercado laboral abierto para las personas con discapacidad. –6. Algunos apuntes en materia jurisprudencial sobre el derecho al trabajo. –7. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

En este trabajo se ofrece un análisis, en clave española, de los aspectos más relevantes de la Observación General n.º 8 sobre el artículo 27 de la Convención Inter-

* Recibido el 3 de noviembre de 2022. Aprobado el 23 de junio de 2023.

nacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desde una perspectiva de derechos humanos.

ABSTRACT

The content of this work is aimed to analyse from a spanish viewpoint the most relevant aspects of the General Comment No. 8 (2022) on Article 27 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities from a human rights perspective.

Palabras clave: personas con discapacidad, Convención, derecho al trabajo y al empleo, enfoque de derechos humanos.

Keywords: people with disabilities, Convention, right to work and employment, focus on human rights.

1. INTRODUCCIÓN A LA OBSERVACIÓN GENERAL N.º 8

Las Observaciones Generales del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad son una valiosa herramienta para comprender mejor la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que pueden ser tenidas como la interpretación auténtica y fiel de la Convención por el órgano compuesto por personas expertas y creado por ella misma: el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Saravia, 2022)¹. De esta manera, las Observaciones Generales plasman parte del acervo de experiencia del Comité luego de analizar la aplicación de la Convención en los Estados partes de la misma. Mediante ellas, el Comité ofrece directrices de cómo deben interpretarse y aplicarse las normas de la Convención de una forma que resulte acorde con el enfoque de derechos humanos de las personas con discapacidad. En virtud de dicha perspectiva, las personas con discapacidad son concebidas como sujetos de derecho y ocupan un lugar protagónico en toda aquella actividad que está relacionada con el ejercicio y goce de los derechos.

¹“En el momento de entrada en vigor de la CDPD, el Comité estaba conformado por un total de 12 expertos. Este número se incrementó hasta alcanzar un total de 18 una vez se obtuvieron otras 60 ratificaciones o adhesiones de la Convención, tal y como estaba dispuesto en el artículo 34.2 de la Convención. Los miembros del Comité son elegidos por los Estados Parte, que han de tomar en consideración una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad”.

A través de las Observaciones Generales, el público interesado, proveniente de los poderes públicos o como parte de la sociedad civil, tienen a su disposición una suerte de guía práctica para hacer efectiva la inclusión de las personas con discapacidad en la comunicad, con pleno respeto de su diversidad y en igualdad de condiciones con las demás personas.

A la hora de aproximarnos a la definición acerca de qué es una Observación General, debemos tener en cuenta que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad contempla en sus Métodos de Trabajo la facultad de realizar Observaciones Generales (apartados 54 a 57). Según el apartado 54 de los Métodos: *“El Comité podrá formular observaciones generales con respecto a artículos, observaciones y temas concretos relativos a la Convención a fin de prestar asistencia a los Estados partes en la aplicación de la Convención y de alentar a las organizaciones internacionales y las ONG a promover de manera eficaz el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención”*. Es decir, con estos escritos el Comité orienta a los Estados Parte acerca de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, con el objetivo de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Los Métodos contemplan todo el procedimiento de formulación de las Observaciones Generales. Este consta de tres etapas:

- a. Consultas con organismos especializados, ONG, círculos académicos y organismos de derechos humanos en el curso de un día de debate general o temático;
- b. Elaboración de un proyecto de observación general a cargo de un miembro del Comité, sobre la base de consultas;
- c. Aprobación del proyecto por parte del Comité.

Una vez ha finalizado este proceso y la Observación General ha sido aprobada, será objeto de una amplia distribución en los medios de difusión y en el sitio web del Comité. Además, en el momento en el que se encuentra en fase de proyecto, se contempla la posibilidad de que se realice su distribución a un número reducido de expertos con el fin de recabar su opinión.

En el año 2022, el Comité ha elaborado la Observación General N.º 8 relativa al artículo 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Seguramente atendiendo a que, en el ámbito del reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a trabajar, siguen existiendo graves barreras y pro-

blemas en la accesibilidad al mercado laboral abierto. Dicha exclusión responde, principalmente, a la discriminación sufrida por este grupo, además del alto nivel de desempleo y la falta de cualificación adecuada de las propias personas con discapacidad.

Las personas con discapacidad son víctimas de discriminación provocada por la segregación, la falta de igualdad de remuneración por un trabajo del mismo valor y las situaciones que limitan el acceso a un trabajo pleno, productivo y libremente elegido. Por lo tanto, el objetivo principal de esta Observación General es arrojar luz sobre las obligaciones de los Estados Parte ante las desigualdades en relación con el trabajo y el empleo.

La Convención expone los principios y normas del derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad, que deben respetar los Estados Parte para garantizar el acceso a un trabajo decente para todos con igual remuneración por igual trabajo y refleja la voluntad de asegurar, en condiciones iguales, justas y favorables para todos, un acceso al mercado, así como la exigencia de un trabajo libremente elegido y aceptado en un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible para todos.

Así, la Observación General n.º 8 pone de manifiesto que los Estados deben garantizar el derecho al trabajo y al empleo a escalal nacional. Además, exige a los Estados Parte que realicen un estudio exhaustivo para determinar los efectos del capacitismo en el derecho al trabajo y al empleo libremente elegido y en igualdad de condiciones con los demás. Del mismo modo, deben llevar a cabo estudios sobre las barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad para acceder al empleo, con el fin de identificar los retos y poner de relieve prácticas y soluciones innovadoras que aseguren el acceso al empleo. En el caso de España, esto supone un cambio de las políticas de empleo para las personas con discapacidad e introducir más apoyos, evitando los empleos segregados, o revisarlos para asegurar que cumplan con los criterios identificados en esta Observación General.

1.2. El contenido normativo del artículo 27

Los Estados Parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Así, el artículo 27 establece la importancia de la obligación de los Estados Parte de eliminar las barreras de acceso a este entorno de trabajo, y de eliminar gradualmente cualquier empleo que segregue a las personas con discapacidad del empleo abierto e inclusivo. El empleo segregado, como los talleres protegidos para per-

sonas con discapacidad no debe considerarse como una medida de la realización progresiva del derecho al trabajo, que se manifiesta únicamente mediante un empleo libremente elegido o aceptado en un mercado laboral abierto e inclusivo. Y este empleo segregado, en el que se incluyen los talleres protegidos, es definido ampliamente por el CDPD en una lista no exhaustiva de elementos que caracterizan las prácticas y experiencias de un empleo segregado. Estas supuestas prácticas se establecen en la segregación, se organizan en torno a determinadas actividades específicas que se considera que las personas con discapacidad pueden realizar, se centran en los enfoques médicos y de rehabilitación de la discapacidad, no promueven efectivamente la transición al mercado laboral abierto ni remuneran igualmente por un trabajo de igual valor y en igual condiciones con los demás. Tampoco les ofrecen contratos de trabajo regulares o cubiertas por los regímenes de seguridad social. Por otro lado, cambia puntos clave sobre este tipo de empleo en su Observación General en comparación con el primer borrador que preparaba esta Observación. De hecho, algunas empresas específicas no pueden considerarse como empleo segregado cuando promueven condiciones de trabajo justas, favorables e iguales para todos. Estas denominadas empresas administradas y dirigidas por personas con discapacidad, incluso cuando son de propiedad conjunta o están controladas democráticamente, son legales cuando cumplen los criterios mencionados de condiciones de trabajo.

En el primer párrafo del artículo 27, apartado A), se prohíbe cualquier tipo de discriminación por motivos de discapacidad. Esta Observación General busca prohibir aquellas manifestaciones de discriminación laboral por motivos de discapacidad que la práctica internacional de los derechos humanos identifica a través de cinco principales formas. La discriminación directa se produce cuando las personas con discapacidad reciben un trato desfavorable por cualquier motivo relacionado con su discapacidad por parte, por ejemplo, de un empleado del sector público que prohíbe el acceso a una persona con discapacidad porque no puede realizar el trabajo. Por otro lado, la discriminación indirecta implica que las personas con discapacidad se ven indirectamente perjudicadas por leyes, políticas o prácticas que les afectan negativamente y les impiden acceder a las oportunidades. La denegación de ajustes razonables es la tercera forma de discriminación que se produce cuando no se realizan las modificaciones, ajustes y apoyos individuales necesarios y adecuados. El acoso es una conducta no deseada que afecta a la dignidad de la persona creando un entorno degradante, humillante u ofensivo. Por último, las formas de discriminación también son aplicables en el caso de los familiares o personas asociadas a una persona con discapacidad.

El Comité ha abordado diferentes situaciones de discriminación múltiple e interseccional, como por ejemplo las mujeres con discapacidad. Ellas se enfrentan a una multiplicidad de barreras relacionadas con el género. La variedad de situaciones dis-

criminatorias limita las oportunidades laborales, afecta al derecho a la igualdad salarial y aumenta el riesgo de violencia o acoso en el trabajo.

En el primer párrafo del artículo 27, apartado B), se refiere a la protección de los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias es un derecho de todos los trabajadores con discapacidad en todos los entornos, independientemente de su discapacidad, género, edad, antecedentes culturales o lingüísticos. Los trabajadores con discapacidad tienen derecho a recibir la misma remuneración que los trabajadores sin discapacidad por el mismo trabajo o por un trabajo de igual valor. Los Estados Parte deben garantizar una política sanitaria que cubra a todos los trabajadores, incluidos aquellos que tienen discapacidad. Por último, debe garantizarse la protección de todas las personas contra el acoso en el trabajo y el empleo, mediante la promulgación de un marco jurídico completo.

En el primer párrafo del artículo 27, apartado C), la Observación General señala que los derechos sindicales, la libertad de asociación y el derecho de huelga son medios cruciales para introducir, mantener y defender condiciones de trabajo justas y favorables. Los sindicatos deben garantizar la participación de las personas con discapacidad en las mismas condiciones que los demás. Del mismo modo, la promoción del empleo para las personas con discapacidad requiere la participación efectiva de los sindicatos u otras asociaciones que protegen y promueven los derechos de los trabajadores con discapacidad. El Comité expresa su voluntad de que las leyes y los códigos generales del trabajo incluyan la responsabilidad de cada uno de los actores del mercado laboral de ser conscientes de la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad dentro del ámbito laboral.

En el primer párrafo del artículo 27, apartado D), se sostiene que para hacer efectivo el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, se requiere un acceso no discriminatorio a los servicios generales de orientación, formación y colocación técnica y profesional, públicos y privados, en igualdad de condiciones con los demás.

Desde el apartado G) se señala que cuando el Estado es el empleador, debe adoptar un enfoque muy riguroso de inclusión. Debe introducir normas para la contratación y la promoción de personas con discapacidad basadas en el mérito, así como comprometerse a aumentar el número de personas con discapacidad en el sector público. El Comité pide a los Estados Parte que también aumenten el número de empleos de personas con discapacidad en el sector público.

Mientras que en el apartado H), el Comité también recomienda, con el mismo espíritu que para el sector público, el aumento de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en el sector privado y la introducción de medidas de acción positiva como cuotas o medidas de contratación pública, así como la asignación de fondos para promover el empleo de estas personas. Estas medidas de acción afirmativa garantizan que los empleados no restrinjan las oportunidades y el desarrollo profesional a las personas con discapacidad o eviten falsos empleos que impliquen que las personas con discapacidad no realicen en última instancia un trabajo en igualdad de condiciones con los demás. Sin embargo, hay que controlar estas medidas de acción positiva como las cuotas, ya que no se trata de dar un trabajo a las personas con discapacidad que no sea un trabajo efectivo, ni de darles un "falso" trabajo para cumplir con el sistema de cuotas.

Los últimos tres apartados del párrafo primero se encargan de puntualizar, respectivamente, como una parte del deber de asegurar la accesibilidad consiste en que los empleadores públicos y privados se aseguren de contar con un proceso claro, accesible y oportuno para tratar la necesidad de introducir ajustes razonables. Luego, se afirma que la promoción de la experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto puede hacerse a través de pasantías, planes de aprendizaje en el lugar de trabajo, becas, subvenciones e incentivos financieros para las empresas. Los Estados Parte deben regular y supervisar la situación de las personas con discapacidad en todas estas situaciones.

Para finalizar el párrafo primero, el Comité destaca que todos los trabajadores pueden necesitar volver a capacitarse, cambiar de profesión o desarrollar nuevas competencias. Los Estados deben ocuparse de las personas con discapacidad tanto para que sigan trabajando como para que asuman nuevas funciones.

Por su parte, en el párrafo segundo del artículo 27 se recuerda que la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio constituyen el núcleo del derecho internacional de los derechos humanos y que, en virtud de ello, los Estados Parte deben desarrollar medidas integrales para prevenir e investigar los casos de trabajos que no respetan a la dignidad de las personas y a los derechos fundamentales. El objetivo es proporcionar un apoyo suficiente y unas condiciones de trabajo justas y favorables, así como una protección social significativa, para garantizar que las personas no se vean obligadas a trabajar en contra de su voluntad. El consentimiento de una persona no es condición suficiente para evitar que alguien se encuentre en una situación de esclavitud, servidumbre o trabajo forzado.

2. EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS COMO PRISMA DE ANÁLISIS

El derecho al trabajo del artículo 27 de la Convención es un derecho fundamental y un elemento integrante y esencial de la dignidad humana, tal y como lo expone la Observación General que estamos comentando. El derecho al trabajo es un derecho humano que confiere a todos los individuos el mismo derecho a elegir y realizar un trabajo en condiciones justas y favorables, sin discriminación. Según este derecho, todo trabajador debe recibir una remuneración digna de su esfuerzo y trabajo, una protección social justa y el derecho a organizarse.

Hay que recordar la definición del trabajo en el sentido económico del término, se trata de la realización de una actividad económica real y efectiva que es remunerada y que permite la producción de bienes y servicios. La Convención trata como sinónimos los términos de trabajo y empleo, es decir, un trabajador ocupa un puesto para producir y, por tanto, para recibir una remuneración.

El derecho al trabajo es un factor clave para la inclusión social. Es esencial para la realización de otros derechos y de la dignidad. Sin este derecho, las personas con discapacidad pierden su autonomía e independencia, que forman parte de la dignidad humana (Pérez Bueno y De Lorenzo, 2021).

Para que se cumpla el derecho al trabajo, el entorno laboral debe adaptarse a las personas con discapacidad, y no lo contrario. Con el fin de que las personas con discapacidad estén incluidas en el mercado laboral abierto e inclusivo que supone el derecho al trabajo, es obligatorio garantizar la accesibilidad en el empleo y la adaptación de los puestos de trabajo según las necesidades de cada situación, independientemente de si la empresa es de origen privado o público (Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2015). Esto implica que los puestos de trabajo puedan ser accesibles para todos mediante ajustes razonables, además de tener en cuenta las necesidades, el potencial y las capacidades de cada persona (Fernández, 2017).

El trabajo es uno de los ámbitos jurídicos más afectados por la discriminación y barreras que impiden que las personas con discapacidad puedan ejercer ese derecho plenamente. Debido a estas numerosas barreras, la discapacidad se percibe en el mercado laboral como un factor de exclusión y, por tanto, no permite el acceso a las oportunidades en igualdad de condiciones. La discapacidad no debe verse como una incapacidad, o como una imposibilidad de trabajar, porque todo el mundo tiene capacidades (Chica y Villanueva, 2017).

3. EL DERECHO AL TRABAJO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El Derecho al Trabajo apareció en un contexto económico y social marcado por la explotación abusiva de los trabajadores durante la época de la Primera Guerra Mundial, plasmado en la creación de la primera Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919.

Sin embargo, uno de los primeros reconocimientos internacionales del derecho al trabajo de las personas con discapacidad fue en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el año 1944. La OIT afirmó que, independientemente de la discapacidad, el trabajador con discapacidad debe disponer de *amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación y reeducación profesionales y de colocación en un empleo útil*. En este sentido, la OIT fomenta el empleo de las personas con discapacidad y el derecho al trabajo inclusivo y para todos (O'Reilly, 2017).

En 1948, el derecho al trabajo fue declarado como uno de los derechos humanos en la Declaración de las Naciones Unidas. Proclamado en el artículo 23 de la propia Declaración, implica que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho a la igualdad de salario por un trabajo igual sin discriminación y a una remuneración justa y favorable para un nivel de vida adecuado. Por último, toda persona tiene derecho a formar o afiliarse a sindicatos para defender sus intereses. Sin embargo, cada vez se criticó más, desde las organizaciones de representación de las personas con discapacidad, la ausencia de mención de las mismas como categorías protegidas en dicha Declaración de 1948 (O'Reilly, 2007).

El derecho al trabajo fue consagrado después en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, que obliga a los Estados firmantes a comprometerse con las disposiciones mencionadas anteriormente en el artículo 23 de la Declaración. El PIDESC hace referencia al *derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado*. En el ámbito de discapacidad, la Declaración de 1975 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad afirma en su introducción que las personas con discapacidad tienen *los mismos derechos civiles y políticos que los demás* (Asamblea General de Naciones Unidas, 1975), incluido el derecho a mantener un empleo o a participar en un empleo significativo, productivo y remunerado.

Los jefes de Estado y de Gobierno se reunieron en 1995 en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social para desarrollar compromisos y programas de acción sobre

los derechos fundamentales de los trabajadores, incluyendo la libertad de asociación o negociación colectiva, la prohibición del trabajo forzoso o infantil y la igualdad de remuneración y no discriminación en el empleo. El objetivo era también situar el empleo, justamente remunerado, y la reducción del desempleo en el centro de las políticas, respetando los derechos de los trabajadores.

Fue en 1996, durante la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio, cuando los Estados renovaron su compromiso y recordaron que la OIT (1997) es el organismo competente para establecer las normas laborales y velar por su aplicación.

Estos fueron los primeros pasos que condujeron a la redacción de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en la que se incluyen los derechos y aboliciones mencionadas anteriormente. De tal manera, el concepto de *derechos fundamentales* aplicado al derecho al trabajo se consagra por primera vez en esta Declaración.

Todas las iniciativas puestas en marcha en los últimos años llevaron a la Asamblea General de la ONU a adoptar, en diciembre de 2006, la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que pretende facilitar el acceso a un trabajo decente en condiciones de libertad y dignidad para las personas con discapacidad, así como la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad en el mercado laboral.

4. EL DERECHO A UN TRABAJO DECENTE LIBREMENTE ELEGIDO

El derecho al trabajo supone el derecho a acceder a un trabajo decente y libremente elegido. Tal y como lo describe CERMI, el empleo decente y de calidad es un factor que se presenta como esencial para garantizar la igualdad de oportunidades de todas las personas y que contribuye, de manera decisiva, a la plena participación de la ciudadanía en la vida económica, social y cultural. El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que el trabajo debe ser decente, es decir que todo trabajo debe desarrollarse con respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. En concreto, todo trabajador debe desempeñar su labor en condiciones seguras en el lugar de trabajo, con una remuneración que le permita mantenerse a sí mismo y a su familia. Además, la OIT afirma que el trabajo decente significa tener oportunidades de acceder a un empleo productivo que origine una remuneración decente, seguridad en el lugar de trabajo y protección social. También, significa mejores perspectivas de integración en la sociedad, acceso a la libertad de opinión y participación, e igualdad de oportunidades y trato para todos.

Sin embargo, el Comité redactor hace especial referencia al trabajo y al empleo *significativo*, es decir, al trabajo y al empleo con valor. El trabajo en sí mismo no es una condición suficiente para la inclusión social efectiva, sino que tiene que ser importante y tener valor para la persona que lo realiza. Así, la Observación va más allá en su concepción del trabajo significativo que lo que dice la Convención respecto al trabajo decente, que no se utilizaba anteriormente o dentro de la propia Convención.

En algunas perspectivas de doctrina, hay varias dimensiones que pueden explicar un trabajo significativo. En el ámbito doctrinal, se hizo una posible una descripción de lo que es un *trabajo significativo*, proponiendo tres posibles definiciones (Martela y Passi, 2018).

En primer lugar, se destaca las dimensiones de valor intrínseco que se le da al trabajo y de “propósito mayor” como la intención de una persona de conseguir algo más que una remuneración, algo que beneficie a la sociedad. Por último, también se destaca la dimensión de la autorrealización en el trabajo, que se explica por la autonomía en el trabajo, la autenticidad y la autoexpresión durante el trabajo. Sin embargo, estos conceptos no llegan a ser definidos por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

5. LAS BARRERAS Y LOS PROBLEMAS EN EL ACCESO AL MERCADO LABORAL ABIERTO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A pesar del reconocimiento internacional del derecho al trabajo, las personas más vulnerables, como las personas con discapacidad y, particularmente, las mujeres con discapacidad siguen siendo objeto de importantes vulneraciones en el ejercicio del mismo. Es notable que todavía vivamos en una sociedad en la que la concepción de la discapacidad se basa en un modelo médico que no considera a las personas con discapacidad como personas capaces de trabajar, sino como *minusválidas* (Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2015). Este modelo se centra en una visión de las personas con discapacidad que sitúa la discapacidad en las limitaciones de la persona, y describe la discapacidad como una anomalía de carácter patológico, cuya intensidad lo comprueba el médico (Pérez Bueno, 2016).

Al colocar a la dignidad humana en el centro, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se convirtió en el factor decisivo que nos permiten pasar del modelo médico-rehabilitador al modelo de los derechos humanos. Es importante ser conscientes de que todas las dificultades que enfrentan las personas con discapacidad para encontrar y mantener un empleo están relacionadas con la forma en que se estructura y organiza el trabajo, y no con la discapacidad en sí (Palacios, 2008).

En muchas estadísticas queda claro que la tasa de desempleo de los trabajadores con discapacidad, en España, sigue siendo superior a la de los trabajadores sin discapacidad. En 2019, solo una de cada cuatro personas con discapacidad tenía empleo, y más de la mitad de las personas con discapacidad encuestadas de entre 16 y 24 años estaban desempleadas (FONCE, 2021). El acceso al lugar de trabajo y los prejuicios persistentes agravan la situación.

Además, aunque el derecho al trabajo se conceda a todos sin discriminación, los hombres con discapacidad tienen más posibilidades de encontrar un empleo que las mujeres con discapacidad. Cuando éstas están empleadas, las dificultades continúan, ya que a menudo no reciben la misma remuneración por un trabajo de igual valor o tienen menos posibilidades de formarse o reciclarse. Las mujeres son las más olvidadas en el proceso de inclusión laboral, y son los más propensas a la exclusión laboral (Pérez Bueno y De Lorenzo, 2021).

La accesibilidad al lugar de empleo también sigue siendo una barrera importante para encontrar un empleo o una formación. Por accesibilidad, se entiende el acceso al lugar de trabajo o de formación, al transporte al lugar de trabajo o de formación y a todo el entorno de la persona con discapacidad para llevar a cabo su vida laboral en igualdad de condiciones. Las administraciones no sólo deben facilitar la accesibilidad, sino también el diseño de los puestos de trabajo y modalidades de formación y empleo ajustadas a las personas con discapacidad.

Por todo ello, la referencia a la discriminación múltiple e interseccional es importante en la introducción de esta Observación General n.º 8, ya que no se mencionó en la Convención en estos términos, debido a que es un concepto que ha ido evolucionado en los últimos años. Se debe tener en cuenta que las barreras a las que enfrentan las personas con discapacidad no son homogéneas. No todas ellas se enfrentan a los mismos factores de discriminación en el trabajo. Esta discriminación dentro del mercado laboral es múltiple y se agrava por diversos factores, por ejemplo, según el género (mujeres con discapacidad) o el lugar de residencia (zonas rurales). La Convención prohíbe estas formas de discriminación, sin embargo, todavía existen en el ordenamiento jurídico español normas y ofertas de empleo que excluyen a las personas con discapacidad y las privan de la posibilidad de concurrir. Así, *cuando los requisitos no son justificados, adecuados y proporcionales, constituyen una discriminación por razón de discapacidad* (Barranco y Cuenca, 2015).

En consecuencia, puede decirse que el Comité aspira a una Observación un tanto idealista del entorno laboral. Se debe tener en cuenta que las realidades difieren de

un Estado Parte a otro. Se trata de un mercado laboral muy excluyente que selecciona a las personas según diversos criterios y que tiene sus propias características.

El mercado laboral abierto e inclusivo que defiende la Observación se choca contra una serie de factores estructurales de marcada tendencia discriminatoria. La mera idea de un empleo libremente elegido se parece bastante a una quimera. Todavía hoy existen puestos de trabajo "reservados" para personas con discapacidad que ya no deberían existir, porque el derecho al trabajo implica un trabajo digno y libremente elegido.

Para que se dé la inclusión en el entorno laboral, y, en consecuencia, el acceso al trabajo decente libremente elegido para las personas con discapacidad, los Estados Parte deben eliminar todas estas *barreras que les impiden o dificultan*, y esto supone hacer la sociedad y el entorno universalmente accesibles (Barranco y Cuenca, 2015). Mientras no hayan desaparecido la discriminación, la denegación de ajustes, los lugares de trabajo inaccesibles y el acoso, es probable que las personas con discapacidad no puedan elegir libremente un trabajo.

6. ALGUNOS APUNTES EN MATERIA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DERECHO AL TRABAJO

Tal como ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, entre otras sentencias, las Sentencias 41/1999, de 22 de marzo y 173/1994, de 7 de junio, el principio de igualdad y no discriminación no solo debe reducirse a la fase en la que la persona ha sido contratada y está empleada, sino también se extiende a las fases previas al contrato de trabajo y, en concreto, al momento de la selección de personal. Así, la autonomía de la voluntad y la libertad de contratar presuponen de por sí una cierta discrecionalidad del empresario en la elección de las personas trabajadoras, con un límite extraordinario, el de la prohibición de discriminar “que no pretende anular dicha libertad sino únicamente limitar el uso ilegítimo de la misma” (CERMI, 2022).

Una de las sentencias relativa a la discriminación laboral más importantes es la Sentencia de 2008 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C303/2006, o caso *S. Coleman vs Attridge Law*. Por primera vez, el Tribunal reconoce la discriminación por asociación en el trabajo. En este caso, la Sra. Coleman trabajó como secretaria jurídica para una empresa y tuvo un hijo en 2002 con una enfermedad que requería cuidados especializados. En 2005 se le concedió un desempleo voluntario. Sin embargo, se quejó de su empleador ya que era tratada de forma menos favorable que otros empleados debido a la discapacidad de su hijo, de la que era responsable y que requería un trato especial.

En la resolución de la Sentencia, en 2008, el Tribunal afirmó el principio de discriminación por asociación: *“cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a cómo trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a)”*. De este modo, la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad no se limita a los empleados con discapacidad, sino que también protege a las familias de personas con discapacidad como la Sra. Coleman. En particular, esta discriminación por asociación es una discriminación directa, como cuando un empleado trata a otro de forma menos favorable por la enfermedad de su hijo.

Por otro lado, CERMI celebró la resolución del caso Vicenç Flores del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) por la que el Ayuntamiento de Barcelona deberá cumplir con un dictamen del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (cermi.es semanal, 2021).

El caso se remonta al año 2009, cuando un agente de la Guardia Urbana de Barcelona, Vicenç Flores, sufrió un accidente profesional por el cual le fue reconocida la incapacidad laboral permanente total. Flores solicitó entonces pasar a segunda actividad, pero el Ayuntamiento rechazó esta petición por no ser compatible con la incapacidad reconocida. TSJC ratifica la sentencia estimatoria del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 4 de Barcelona, que ya resolvió que el Ayuntamiento vulneró el derecho a la igualdad en el acceso al trabajo. Además, el consistorio deberá indemnizar a Flores con 6.251 euros. La sentencia, contra la que cabe recurso en el Tribunal Supremo, llega después de que Flores elevara su petición al Comité de la ONU sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que declaró la vulneración del derecho a la igualdad en su dictamen. Según el CERMI, esta sentencia supone un reconocimiento “importante” de los derechos de las personas con discapacidad y, además, sentará un precedente en lo que respecta al cumplimiento de los dictámenes de los comités de Derechos Humanos en España, aunque no sean vinculantes.

CERMI también ha saludado la Sentencia 51/2021, de 15 de marzo de 2021, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional (TC) que declara la discriminación por motivos de discapacidad la no realización de ajustes razonables solicitados por un empleado público con discapacidad (en concreto, con síndrome de Asperger). El TC concede así amparo al trabajador con discapacidad y declara que el trato que ha reci-

bido por el empleador (el Ministerio de Justicia) ha sido discriminatorio por razones de discapacidad al no haber sido atendida la petición de llevar a cabo ajustes razonables en su puesto y entorno laborales con el fin de poder desarrollar regularmente su cometido profesional.

El pronunciamiento del tribunal de garantías constitucionales es categórico en la apreciación de la discriminación y el trato desigual asociado a una situación de discapacidad, y acoge y respalda plenamente la institución de los ajustes razonables, como obligación del empleador y como violación del derecho fundamental a la igualdad cuando no se realizan, siendo procedentes. La sentencia introduce de modo claro en el acervo de la jurisprudencia constitucional los ajustes razonables, lo que proporcionará herramientas de defensa contra la discriminación para futuras situaciones en las que puedan encontrarse empleados con discapacidad cuando pidan la realización de ajustes razonables.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros, revistas y otras publicaciones

- CHICA, P. L. & VILLANUEVA FLORES, M., La integración laboral de las personas con discapacidad: un estudio de caso: *Gestión Joven Revista de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas (AJOICA)*. N.º 16, 2017, pp. 98-108.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 195, febrero de 2017, pp. 63-94.
- MARTELA, F. & PASSI, A. B., *Significant Work Is About Self-Realization and Broader Purpose: Defining the Key Dimensions of Meaningful Work*. Front. Psychol. Sec. Organizational Psychology. Faculty of Theology, University of Helsinki, Helsinki, Finland, marzo de 2018.
- O'REILLY, A., *El Derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*. International Labour Organization, Trabajo, O. I., International Labour Organization & Oficina Internacional del Trabajo. 2007. OIT: Ginebra.
- PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. En Colección CERMI.es, n.º 36, 2008, pp. 138-331.
- PÉREZ BUENO, L. C. & DE LORENZO GARCÍA, R., *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*. Aranzadi, 2020.

SARAVIA MÉNDEZ, G. (2022), *Las Observaciones Generales del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas*. Explicadas y comentadas, CERMI-Ediciones Cinca, Madrid, p. 16.

Congresos

BARRANCO AVILÉS, M. C. & CUENCA GÓMEZ, P., Congreso Nacional sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad, “Hacia la Plena Inclusión Laboral”, 2015.

Artículos web/prensa

cermi.es semanal. El CERMI celebra que el Ayuntamiento de Barcelona deba cumplir con un dictamen de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, CERMI, 2021:

<http://semanal.cermi.es/noticia/Cermi-celebra-Ayuntamiento-Barcelona-deba-cumplir-dictamen-ONU-derechos-discapacidad.aspx>

Informes

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Impacto de la aplicación de la Convención de ONU para los Derechos de las Personas con Discapacidad en la regulación de los centros especiales de empleo, diciembre de 2015.

Observatorio sobre discapacidad y Mercado de trabajo en España. Informe General 6, principales resultados. Fundación La Once, 2021.

Documentación de Organismos internacionales

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General núm. 8 (2022) sobre el Derecho al Trabajo y Empleo. CRPD/C/GC/8.

OIT. Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, 1998

OIT. Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz). R071, n.º 71, 1944.

Legislación

España. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255.

Nueva York. Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas, 13 de diciembre de 2006.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966. Asamblea General de las Naciones Unidas.

París. Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

Jurisprudencia

STJUE de 17 de julio de 2008, *Coleman contra Attridge Law*, C-303/06.

TC, Sala Primera, Sentencia 173/1994, de 7 de junio de 1994.

TC, Sala Primera, Sentencia 41/1999, de 22 de marzo de 1999, BOE-T-1999-9285.

TC, Sala Primera, Sentencia 51/2021, de 15 de marzo de 2021.

María Vílchez Vivanco

Profesora del Departamento de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad de Granada, Profesora Sustituta Interina

DERECHOS Y DISCAPACIDAD: NUEVAS TENDENCIAS DE LA GESTIÓN EN ESPAÑA *

RIGHTS AND DISABILITY: NEW TRENDS IN THE MANAGEMENT IN SPAIN

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Método. –3. Contextualización teórica; 3.1. La Convención de Nueva York; 3.2. Los cambios en el concepto de “discapacidad” en España; 3.3. La reforma en el Código Civil catalán sobre discapacidad. –4. Un nuevo espacio para el trabajador social. –5. Conclusiones. –6. Referencias Bibliográficas.

RESUMEN

En la presente investigación se realiza un análisis sobre cuál es papel del trabajo social en la adaptación del Código Civil Catalán y la normativa en discapacidad española al marco internacional sobre discapacidad. Tras la Convención de Nueva York en 2006 se establece una nueva idea con un proceso diferente en la gestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La capacidad jurídica antes se

* Recibido el 28 de noviembre de 2022. Aprobado el 23 de junio de 2023.

tenía completa o se perdía, ahora tanto el proceso como el ejercicio aspira al reconocimiento de la voluntad de los individuos.

En el Código Civil Catalán se han producido reformas para adaptarlo a las nuevas exigencias sobre capacidad jurídica de los convenios internacionales por medio del Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto y en el caso español por medio de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Todo esto ha supuesto un escenario con nuevos roles, una acción judicial diferente y una nueva visión en discapacidad. Se pretende establecer un sistema en el que la intervención sobre las decisiones del ciudadano sea mínima.

ABSTRACT

In the present investigation, an analysis is carried out on the role of social work in the adaptation of the Catalan Civil Code and the Spanish disability regulations to the international framework on disability. After the New York Convention in 2006, a new idea was established with a different process in the management of the legal capacity of people with disabilities. Legal capacity before was complete or lost, now both the process and the exercise aspire to the recognition of the will of individuals.

In the Catalan Civil Code, reforms have been produced to adapt it to the new requirements regarding legal capacity of international agreements through Decree Law 19/2021, of August 31, and in the Spanish case through Law 8/2021, of June 2, which reforms the civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. All this has meant a scenario with new roles, a different legal action and a new vision of disability. It is intended to establish a system in which the intervention on the decisions of the citizen is minimal.

Palabras clave: Trabajo Social, discapacidad, capacidad jurídica, Convención de Nueva York de 2008.

Keywords: Social work, disability, juridical capacity, New York Convention 2008.

1. INTRODUCCIÓN

El mundo va cambiando y se van creando estructuras para gestionar esos cambios que se producen buscando el equilibrio. Es el cambio de la realidad social. La inves-

tigación en temas de capacidad jurídica es algo que siempre ha estado presente ya que afecta al desarrollo de los derechos del ciudadano. No podemos perder de vista que la legislación se adapta a la realidad del individuo que en su interacción con otros como él y con las instituciones, genera desajustes de adaptación que el derecho regula.

La capacidad jurídica se puede entender como la aptitud que poseen las personas físicas y las personas jurídicas para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad jurídica es un elemento esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales y para el goce de los mismos. Hablamos de sociedad civil y derechos como diría Fernández Santillán (2001).

Lo tratado en esta materia, no ya solo a su desarrollo legal, sino a su desarrollo práctico, al desarrollo real de esos derechos, es algo que siempre ha estado presente. Tener o no tener esa capacidad jurídica implica tener o no tener esa capacidad de ejecución de los derechos en su versión más amplia. Los cambios sociales son muchos y las demandas que se realizan diferentes, haciendo que cuestiones como la capacidad jurídica sean cada vez tratada en la legislación con una mayor delicadeza y desarrollo, tomando una posición más relevante.

La verdadera revolución en relación a las cuestiones de capacidad sucede tras la llamada Convención de Nueva York de 2009 (la Convención en adelante). Tras este encuentro nace un nuevo concepto de capacidad jurídica. Esta nueva definición afecta a la aplicación jurídica del concepto y a las condiciones de muchas personas con discapacidad en el mundo. Estos cambios se han ido integrando en el desarrollo de la normativa civil de muchos Estados, realizando las adaptaciones necesarias para el reconocimiento de una in/capacidad y las condiciones de esta. Estos cambios se han ido produciendo con mayor o menor éxito en diferentes ordenamientos jurídicos y el caso que se va a tratar aquí será el caso español.

La capacidad jurídica es la capacidad de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. En España, la capacidad jurídica se rige por el Código Civil y por la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en la práctica del ejercicio de su capacidad jurídica, de 2 de junio¹, de capacidad civil y su regulación. Según esta ley, todas las personas tienen capacidad jurídica, aunque pueden limitarse algunos derechos y obligaciones en función de la edad, la discapacidad o el estado.

¹ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233

En España se han ido produciendo cambios en normativas y reglamentos para las adaptaciones que la Convención ha ido indicando, pero uno de los ejemplos de adaptación legal más reciente en esta materia ha sido el acometido en el llamado Código Civil Catalán y más adelante el de la Ley 8/2021. La adecuación se realiza por medio del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto² en el caso catalán, por el que se adapta la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad en Cataluña, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 265, de 5 de noviembre de 2021³.

Los estudiosos que se han detenido a conocer sobre la situación de la capacidad jurídica son muchos y aquellos que se han centrado en la trascendencia de lo aportado por la Convención, son especialmente relevantes. Entre lo publicado se hace importante destacar la obra del Boletín del Ministerio de Justicia de 2011, elaborado por el Fiscal David Mayor Fernández en el que se realiza un repaso de los acuerdos de la Convención en relación a su consideración en el sistema normativo español. Tras el análisis, el Fiscal Mayor indica que:

(...) la Convención exige una interpretación y probablemente una futura reforma parcial de nuestra legislación conforme a sus principios y su articulado. No son pocos los debates y trabajos doctrinales que ha generado la entrada en vigor de la Convención y los mismos no son en absoluto pacíficos, sino que por el contrario, enarbolando la bandera del texto internacional se han defendido posiciones contrapuestas y extremas. (Mayor, 2011, p. 5)

Se ha hecho difícil el adaptar los acuerdos tomados en las normativas internas por parte de los firmantes del acuerdo. Se pueden encontrar situaciones de adhesión total a los principios y otras situaciones de dejadez, apatía e incluso situaciones contrarias a lo firmado por parte de los Estados. Cuando se plantea la situación de la necesaria adaptación de la normativa y seguir los principios del Convenio, ese debate ya plantea en si una adaptación al cambio y un reconocimiento de derechos. En esa misma línea García Pons (2013) hace referencia a la necesidad de esa adaptación por los Estados firmantes, si hay debate, hay planteamiento de cambio al menos, hay preocupación en cuestiones de discapacidad. Seoane (2011) indica la importancia de la postura filosófica que hay detrás de cualquier reforma jurídica, de destacar cual es la posición del individuo y destaca como en este caso, se trata de la aplicación de derechos fundamentales, que puede llevar al desencuentro de posturas en cuestiones sustanciales de derechos, cuestión delicada.

² Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto por el que se adapta a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad en Cataluña. <https://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/8493/1868924.pdf>

³ Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-18037>

La obra de Lledó (2019) abunda en la necesidad de la adaptación de las legislaciones, al igual que lo hacía Marín (2020), Cabra de Luna (2021) o García Rubio (2018), o como lo indicaba tiempo atrás Varela (2013). González ya en 2008 habló de la importancia y la trascendencia que iba a tener este tipo de encuentro en lo que suponía un reconocimiento en derechos para personas con discapacidad al igual que lo hizo Palacios (2008).

Son muchas y diferentes las investigaciones que ponen de relieve el cambio y la necesidad de adaptación de las legislaciones nacionales en cuestiones relacionadas con la capacidad jurídica. Se hace importante traer aquí muchas cuestiones tratadas que son situaciones derivadas de la aplicación de la Convención. Uno de las más importantes es el proceso judicial sobre la capacidad jurídica como indica Campos (2014) o Calzada (2015). Relacionado con esto encontramos la tutela y la curatela sobre las que escribe Pallarés (2016). Resulta especialmente llamativas este tipo de cuestiones, ya que atañen a la aplicación real, al contacto con el ciudadano, al despliegue de cómo se entienden unos derechos y deberes.

Hay derechos que se podrán ejecutar si se tiene la capacidad jurídica plena, muchos dependen de esta condición. Así en la relación entre capacidad y ejecución de derechos hay diferentes investigaciones en materias, como las del matrimonio de Guilarte (2018) o las de López (2020) sobre la voluntad del individuo con discapacidad, muy en relación con el internamiento forzoso del que habla Beloki (2010) o Montoyo (2020), que reflexiona sobre la capacidad de voto de las personas con discapacidad y limitación, o Crespo (2021) en la línea de las esterilizaciones forzosas a poblaciones con unas determinadas características.

En el repaso a las diferentes investigaciones es notable el desarrollo que se ha realizado en materia de reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad, pero es mayor aún lo que queda por desarrollar en este ámbito. Los conceptos de capacidad jurídica y de discapacidad son esenciales en esta investigación que se realiza y presenta, por esto se hace necesario establecer la definición conceptual con la que trabajamos.

Por parte de la Organización Mundial de la Salud se define y entiende la discapacidad como: “Cualquier restricción o impedimento de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano”⁴.

⁴ Se puede consultar el resultado de la búsqueda de la definición de discapacidad que da la OMS en <https://www.who.int/es/home/search?indexCatalogue=genericsearchindex1&searchQuery=discapacidad&wordsMode=AnyWord>

Esta definición se puede entender como abierta y poco concreta. Se puede entender como discapacidad muchas cuestiones. España establece una reglamentación sobre la regulación de los aspectos relacionados con la discapacidad según el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre⁵, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, donde se define en el art. 2 aprt. a) que se entiende por discapacidad:

“Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En esta definición, también se realiza una aproximación poco concreta al concepto. Se establece que será aquella condición con carácter permanente que limite la participación en igualdad del individuo. Dentro de la propia definición se pueden encontrar términos que no acotan de manera clara y definitiva la situación, como es el caso del término igualdad. Se hace por tanto referencia a cualquier capacidad de desarrollo de una actividad que se vea limitada.

El concepto de capacidad, jurídicamente, es uno sobre los que más se ha trabajado debido a las transformaciones que desde lo social se han sucedido. Hasta 1983 la capacidad era entendida como una sola, se tenía o no se tenía la capacidad. Así en el momento en que se producía la incapacitación de la persona esta entraba en una incapacitación absoluta. Se le negaba la posibilidad de actuación de sus derechos. En la reforma de 1983 de 24 de octubre⁶ se introduce el que se le exija al juez que en la sentencia deba de graduar la capacidad y establecer el organismo tutelar de esa capacidad.

Con esta reforma son dos cuestiones importantes las que se introducen y que se deben de destacar. Por un lado, que la capacidad ya es gradual y no total y por otra el que esta cuenta con una tutela. El que se establezca un sistema de control y tutela para garantizar los derechos de quien se ve afectado por la pérdida total o parcial de la capacidad resulta una garantía de derechos. Este cambio en la legislación implica un

⁵ 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.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632>

⁶ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-28123>

cambio de perspectiva y de concepción de la capacidad. Ahora no se pierde de manera total, puede ser de manera parcial, para aquellos aspectos en los que el individuo no tenga capacidad de control y aparece una cuestión relevante como es el establecimiento de un sistema de guarda de carácter representativo como es la tutela.

La tutela implicaba asumir la voluntad de la persona con discapacidad en nombre de esta o podía ser también una figura complementaria que le apoyaba en el ejercicio de sus derechos. El sentido de capacidad sufrió un cambio conceptual profundo a partir de lo acordado en la Convención de Nueva York como se ha indicado unas líneas más arriba.

En lo referente a la definición de lo que se entiende por capacidad jurídica, según se configura en el ordenamiento, podemos encontrar su definición general en el Código Civil en el art. 255 que refiere lo siguiente:

“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249.

Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante.

Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”.

Este artículo se vio actualizado el 3 de junio de 2021 y entró en vigor el 3 de octubre de ese mismo año, donde se modifica por el artículo 2.23 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Anteriormente, indicaba lo siguiente “Si la causa de excusa fuera sobrevenida, podrá ser alegada en cualquier momento”.

Las reformas que se han ido produciendo en la línea de buscar establecer un sistema de protección de la discapacidad, más cercano a lo acordado en la Convención. Se ha

pretendido aspirar a un sistema más flexible, donde se consideren los derechos de la persona, la tutela y el que la discapacidad tenga un carácter temporal. El desarrollo normativo busca la protección de los derechos de la persona y la menor intromisión en la ejecución de estos.

2. MÉTODO

En cualquier trabajo de investigación establecer una metodología es fundamental. En la investigación el proceso es tan importante como los resultados, ya que un buen proceso indica que los resultados de la investigación son los adecuados. Esto es seguir el rigor científico.

En esta investigación se ha recopilado investigaciones en la materia que estamos trabajando, la capacidad de las personas con discapacidad. Se ha realizado una búsqueda sistemática en buscadores generalistas y especializados.

En este proceso se han seguido unos criterios con carácter general, antes de realizar las búsquedas específicas. Con los resultados que han arrojado este tipo de búsquedas, se han ido perfilando los criterios de investigación y los criterios de búsqueda en cada uno de los buscadores específicos.

El carácter de la investigación es descriptivo.

3. CONTEXTUALIZACIÓN TEÓRICA

3.1. La Convención de Nueva York

Dentro de lo que se ha llamado el sistema de Naciones Unidas se encuentra la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se entiende como parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sobre el reconocimiento de derechos y deberes que se hace al individuo.

La Convención nació de unas negociaciones que buscaban proteger los derechos, la dignidad y la igualdad de las personas con discapacidad. Su fin viene establecido en el preámbulo del propio texto legal. La Convención como todo el derecho internacional público, es de obligado cumplimiento para las partes firmantes, los Estados. Los representantes de los Estados acuden y aceptan libremente el acuerdo que se establece en este convenio. Una vez que firman, se encuentran obligados a cumplir lo acordado, llevando a cabo las acciones necesarias en su ordenamiento para que así sea posible cumplir eso a lo que se comprometen.

La Convención de Nueva York sobre Discapacidad es un importante tratado internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. La Convención establece un marco normativo para la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad, y se centra en la idea de que todas las personas tienen derecho a vivir de manera independiente y autónoma. La Convención también reconoce que las personas con discapacidad deben tener acceso a la justicia y a los servicios de salud, educación y empleo. En palabras de Benavides (2015, p. 40) representa la reacción de la comunidad internacional ante el largo historial de discriminación, exclusión y deshumanización de las personas en tal condición. Algo que también reflejan Palacios (2013) y Bariffi (2013) en estudios previos a que se celebrara la Convención.

Así, en el sistema español se han producido las reformas necesarias para ir adaptando el modelo de derechos civiles de las personas con discapacidad según lo acordado en la Convención. En lo que se refiere al Código Civil Catalán y a la normativa española relativa a la materia, era necesaria una adecuación, una reforma para que se siguieran los principios de protección, en concreto los relacionados con la capacidad jurídica. Adecuar los fundamentos y el proceder a lo normativa internacional.

El texto de la Convención es el fruto del debate en el órgano plenario de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 diciembre de 2006 llegando a su firma en Nueva York el 30 de marzo de 2007⁷. Esta convención se realiza entre los países que llevaron a cabo las negociaciones y que entendieron que era necesario adherirse a estas conclusiones comunes, pero no se puede perder de vista que está abierta a todos los Estados miembros de Naciones Unidas para su ratificación y aplicación nacional. Puede que en el momento de las negociaciones las situaciones propias de cada uno de los Estados no fuera la idónea para poder sumarse, pero pasado el tiempo si se pueden dar las condiciones y así firmar, esa puerta queda abierta.

Esta Convención supuso un cambio en la percepción de la libertad y derechos de las personas con discapacidad, valorando la situación y tomando un enfoque diferente al que se tenía hasta el momento. La situación de reivindicación de las personas con discapacidad organizadas en colectivos o de manera individual que, en muchos Estados, solicitaron un reconocimiento de derechos y una tutela efectiva de estos fueron escuchados y desarrollaron un movimiento que movió a llevar acciones a nivel estatal.

⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo.
<https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

Entrando en la normativa propia que articula la Convención, el art. 12 promulga el principio de igualdad de reconocimiento como persona ante la ley. Se reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; obsérvese que los Estados «reafirman» ese derecho de las personas con discapacidad, no es que nazca con la Convención: ya existía antes de ella, y ahora se reafirma (García, 2013, p. 66).

El art. 12 desarrolla también los principios trascendentales que se le reconocen a las personas con discapacidad, se realiza un compendio del fin con el que se deben de desarrollar las normativas en relación a los derechos de estos ciudadanos. Así la continuación del artículo 12 indica:

“Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

De este modo, a continuación de la categórica afirmación de igualdad de condiciones con los demás en lo que se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida, el precepto establece en su párrafo tercero el paradigma de los apoyos. Esto es lo fundamental del sistema, es el motivo central del cambio legislativo que se avecina: el tradicional modelo de la discapacidad, basado en la sustitución y en la menor capacidad, deberá ser reemplazado por otro cuyo centro neurálgico resida en los apoyos a la capacidad de la persona y a sus potencialidades (García, 2013, p. 66).

El párrafo 4 del art. 12 de la Convención, supone un cierto contrapeso a lo que disponen los párrafos anteriores, pero contrapeso necesario al establecer las salvaguardias o garantías que deberán respetarse en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad, con el fin de impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardas o garantías asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial (García, 2013, p. 66).

En el último apartado, el quinto del art. 12 de la Convención, se puede extraer la idea de cómo está la situación en determinados países respecto a los derechos de las personas con discapacidad. Esto se observa en cómo los redactores de la Convención vieron conveniente consignar algo que parece obvio, pero que no lo es tanto a la vista de que hay que enfatizarlo en un convenio internacional sobre derechos humanos de ámbito mundial: el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero.

A este respecto, y sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores del propio artículo, se dispone que los Estados Partes tomen todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar esos derechos, y velen por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria (García, 2013, p. 66).

En conclusión, sobre el artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se puede decir que establece el derecho de las personas con discapacidad a ser tratadas de manera equitativa y no discriminatoria. Asimismo, este artículo señala que las personas con discapacidad deben tener acceso a la justicia y a los procedimientos administrativos de forma equitativa.

Los cambios en el concepto de “discapacidad” en España

Discapacidad puede referirse a una afección física o mental que impide que una persona realice una actividad de manera habitual o que le dificulta hacerla. También puede referirse al hecho de que una persona no pueda llevar a cabo una actividad de manera tan eficiente o efectiva como otra persona. Sumar a esto que esta discapacidad puede ser congénita o sobrevenida, y además que puede tener carácter temporal o permanente.

Algunas personas con discapacidad pueden necesitar ayuda para llevar a cabo actividades básicas, como vestirse, bañarse o cocinar. Otras pueden requerir asistencia para hacer frente a las actividades de la vida diaria, como ir al baño, caminar o comer. Algunas personas pueden necesitar ayuda para llevar a cabo actividades más avanzadas, como conducir un vehículo, usar un ordenador o cuidar de sí mismas. Es habitual el encontrar la típica división entre el carácter físico o mental al que afecta la discapacidad, lo que podemos extraer de todo esto es la importancia de la variabilidad de condiciones y condicionantes cuando se habla de discapacidad.

La discapacidad mental es un término general que se usa para describir a una persona con un funcionamiento intelectual y/o de habilidades sociales reducido en comparación con personas de su misma edad y grupo social. Las personas con discapacidad mental pueden tener problemas para aprender, comprender conceptos abstractos, tomar decisiones, resolver problemas o controlar sus impulsos. También pueden tener dificultades para socializar, para comunicarse o para manejar las relaciones interpersonales.

La discapacidad física es una condición que impide que una persona pueda realizar las actividades físicas de forma normal. Puede estar causada por una lesión o enfermedad que afecte a los huesos, músculos, o nervios, o por un defecto congénito. Las personas con discapacidad física pueden tener dificultades para caminar, correr, o realizar otras actividades físicas. Pueden necesitar ayuda para hacer las tareas cotidianas, como bañarse, vestirse, o comer. La discapacidad física puede ser leve, moderada, o grave, y puede variar con el tiempo al igual que le sucede a la mental.

En la idea de discapacidad se entiende implícito el concepto de merma, de falta, es lo que subyace en la idea cuando se utiliza el término. Si hay algo que limita y que se le presupone limitante a la persona, se entiende que configura lo que es la capacidad de esta. Las cuestiones de capacidad se leen en negativo, como “falta de”. Bajo estas condiciones y dependiendo de la limitación que le suponga para el desarrollo de las actividades básicas de la vida diaria, se puede llegar a perder la capacidad para referirnos a una persona completamente autónoma, es decir, perder la capacidad de actuación de manera total o parcial.

El disfrutar de manera completa o no de esta capacidad es una cuestión fundamental en la vida de la persona, es lo que la posibilita en la autonomía de sus decisiones, por cómo afecta y determina.

La capacidad jurídica se puede perder por diversos motivos, entre los que se encuentran la muerte, la declaración de fallecimiento, la incapacidad civil, la anulación o revocación de la capacidad jurídica y la pérdida de la nacionalidad. En España, la incapacitación judicial ha sido sustituida por medidas de apoyo para personas con discapacidad, para asegurar la igualdad de derechos y capacidades jurídicas. Esta normativa, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, también supone la sustitución de la tutela por la curatela con el fin de mejorar la defensa de los intereses de las personas dependientes. Los casos anteriores de incapacidad judicial serán analizados individualmente para su adaptación al nuevo sistema.

La Convención reconoce la autonomía individual y la independencia de las personas con discapacidad como el primero de sus principios rectores de acuerdo con la no-

ción de que la autonomía individual es la condición previa para el ejercicio de derechos, un derecho universal inalienable que no puede restringirse por motivos de discapacidad (Fernández, 2017, p. 14).

La última reforma legal en España modificó la incapacitación judicial, que previamente restringía el ejercicio de sus derechos y obligaciones por parte de las personas con discapacidad. Esto está en línea con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, que busca promover el reconocimiento de los mismos. Por lo tanto, la reforma establece medidas de apoyo que permiten a las personas con discapacidad ejercer plenamente sus capacidades jurídicas.

La Ley 8/2021 pretende garantizar la igualdad de derechos y de protección para las personas con discapacidad, según los principios establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La ley prevé medidas de apoyo para garantizar que su voluntad e intereses se respeten, sin excluir su capacidad jurídica. Para lograrlo, la legislación contempla mecanismos que van desde la prevención de abusos hasta la provisión de un profesional especializado en la materia.

El cambio esencial de la ley es la eliminación de la figura de incapacidad judicial, por lo que todas las personas tienen capacidad jurídica. Esta reforma legal también anula la prohibición de derechos a las personas con discapacidad, así como también la figura del tutor que antes actuaba en nombre de ellos.

En lugar de eso, se introducen nuevos apoyos encaminados a fomentar la autonomía de la persona con discapacidad. La guarda de hecho es una medida informal de apoyo, mientras que el defensor judicial ofrece ayuda ocasional en casos más complejos. Si el juez determina necesidad de curatela, también se disponen de medidas de control para quien ejerza la función de curador.

La solicitud de medidas especiales para personas con discapacidad se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia de la localidad en que resida la persona con discapacidad. En la solicitud es necesario incluir documentos que acrediten la situación de la persona con discapacidad, además de informes profesionales con las medidas que resultan pertinentes.

Una vez presentada la solicitud, el juez decidirá si corresponden medidas y citará a los implicados para que pueda escuchar sus argumentos y recabar información adicional. Una vez oídos todos los interesados, el juez determinará las medidas concretas que se han de adoptar.

Perder la autonomía es perder la capacidad en el ejercicio de derechos y deberes como persona y como ciudadano. Es llegar a ser pasivo, sin capacidad de decisión, sobre la propia vida en muchos aspectos. Debemos tener presente que la limitación a las actividades no es algo permanente, que tiene un carácter temporal, además de poder ser declarado incapaz en cuestiones concretas, como puede ser el de la administración de sus bienes económicos, pero sin afectar al resto de capacidad como puede ser el de decidir dónde vivir. Las reformas han ido en la línea de cambiar esta situación dando mayor reconocimiento al individuo y a sus decisiones.

La declaración de incapacidad deriva de un prejuicio arraigado que tiende a asociar la discapacidad con la carencia de capacidad para el ejercicio de la libertad, individual y moral (Fernández, 2017, p. 15). Se tiende a pensar cuando se habla de incapacidad que se habla de una incapacidad total, y la realidad hoy es como se indica más arriba, más flexible y alejada de esa incapacidad total. La idea de incapacidad se encuentra acompañada de una concepción limitante.

La Convención adopta el “modelo social de discapacidad”, que sustituye al “modelo médico o rehabilitador”, actualmente vigente en buena parte del derecho español. En consecuencia, se veda el modelo de sustitución en la toma de decisiones y se establece el “apoyo o asistencia” (López, 2020, p. 114).

La idea de discapacidad no se entiende ahora como una persona incapaz, tras las reformas vertidas por la Convención y adaptadas en las distintas normativas, lo que se demanda es un apoyo para conseguir paliar esa falta de autonomía de la persona para que llegue a ser completamente capaz. Se ha dejado de lado el ser una persona sin capacidad, anulada o marginada del sistema de derechos. Lo que entiende es la necesidad de un sistema de apoyos para la plenitud del disfrute de derechos y obligaciones como ciudadano. Lo que se pretende es el desarrollo para hacer de ese ciudadano un ciudadano capacitado para el desarrollo de la actividad.

Manejar un enfoque de derechos humanos importa tomarse en serio la idea de que las personas en situación de discapacidad son sujetos que poseen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos, garantizando la igualdad y la no discriminación de este colectivo en su titularidad, disfrute, protección y ejercicio (Benavides, 2015, p. 40).

3.2. La reforma en el código civil catalán sobre capacidad

El Código Civil de Cataluña es un conjunto de normas de carácter civil que se aplican en esta comunidad autónoma. Se puede decir que este Código está formado por 6 libros y cada uno de los libros se compone de distintos títulos, capítulo y secciones.

Esta compilación normativa recoge regulaciones en materia de derechos de la persona, derechos de familia, sucesiones o derechos reales.

El Código Civil catalán es un sistema legal que regula las relaciones entre las personas y los bienes en Cataluña, España. Se basa en el sistema de derecho civil romano, donde para esta materia destacan tres libros: el Libro Primero, que regula las relaciones personales; el Libro Segundo, que regula las relaciones familiares; y el Libro Tercero, que regula las relaciones patrimoniales.

El primer Código Civil en España que se hizo a la luz de la Convención de Nueva York fue este Código porque ya en la exposición de motivos del mismo se establecía que la incapacitación era un recurso drástico y en ocasiones poco respetuoso con la capacidad natural de las personas, estableciéndose unas figuras de protección que precisaban de la declaración judicial de incapacidad tutela/curatela y otras que no la necesitaban cómo era la asistencia. La asistencia era la figura clave de la reforma del Código Civil de Cataluña.

Por medio del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, se realiza una reforma al sistema civil catalán de capacidad jurídica. En esta reforma se alude a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 con motivo de la reforma necesaria a nivel civil de establecimiento de la capacidad jurídica.

Se da con esta reforma un paso adelante muy importante con la nueva Ley 8/21 de 2 de junio por lo que se reforma la legislación civil y procesal en esta materia a escala estatal. La capacidad jurídica es un derecho fundamental de la persona inherente a su personalidad y que por ello no puede ser modificado.

En la reforma se modifica el capítulo VI del título II del libro segundo del Código Civil de Cataluña. La reforma va en la línea de todo lo expuesto anteriormente, del reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad y de la necesidad de apoyos para el ejercicio de esos derechos. Esto queda reflejado en el art. 226-1:

“La persona mayor de edad puede solicitar la designación de una o más personas que la asistan de acuerdo con lo que se establece en este capítulo, si la necesita para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad”.

Se hace patente el reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad con apoyo. Si ese apoyo le es prestado, la persona no pierde esa capacidad

que le es propia. En el mismo artículo en el apartado 4 se reafirma la idea de dar dignidad a la persona, un apoyo para mantener esa autonomía de la persona “El ejercicio de las funciones de asistencia se debe corresponder con la dignidad de la persona y tiene que respetar sus derechos, voluntad y preferencias.

La persona que presta el apoyo será designada judicialmente o de manera notarial por designación de la persona a la que representa. Como se indica en el art. 226.5 ninguno de los actos que el representante haga sin autorización del representado serán nulos. El art. 226.8 en el apartado 1 dice:

“1. La asistencia se extingue por las causas siguientes:

- a) Por la muerte o la declaración de muerte o de ausencia de la persona asistida.
- b) Por la desaparición de las circunstancias que la determinaron”.

Deja patente que esa asistencia por presentar una determinada limitación para una actividad puede ser de carácter permanente o temporal, y en el caso de ser temporal, cuando cesa la circunstancia incapacitante, cesa esa actividad de asistencia. Algo parecido se entendía antes en la normativa anterior sobre la incapacidad y su carácter permanente o temporal, y aquí la asistencia para el ejercicio pleno de derechos se realiza siempre que se tenga esa condición de discapacidad.

Esta figura de la asistencia es la institución que ha elegido el legislador como herramienta para cubrir las necesidades para el pleno ejercicio de las personas con discapacidad. Con la entrada en vigor de la reforma de la Ley 8/2021, los presupuestos de la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada reguladas por el Código civil de Cataluña desaparecen.

4. UN NUEVO ESPACIO PARA EL TRABAJADOR SOCIAL

En la reforma del Código Civil Catalán el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, de la que se ha estado hablando en líneas anteriores, no se hace referencia de manera expresa a la labor o función para el trabajo social. Igual ocurre en la Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, donde tampoco se hace referencia específica.

El trabajo social es una profesión que se dedica a ayudar a las personas y a mejorar la calidad de vida de las mismas, si atendemos a un sentido amplio. Los trabajadores sociales trabajan con individuos, familias, grupos y comunidades, y tratan de mejorar su bienestar social y emocional. También pueden ayudar a las personas a acceder a los servicios sociales y a los recursos que necesitan.

El espacio en el que el trabajo social se sitúa engloba al individuo y a su mundo social con el que está en relación, es decir, al ser humano en relación social, tratando de prevenir o evitar los conflictos, así como de restablecer el equilibrio deteriorado o de su mantenimiento. Por ello, lo específico del trabajo social es su enfoque integral y totalizador de las necesidades de la persona, como ser individual y como ser social, y de los conflictos que se producen en la interacción de la persona y su medio (Gaitán, 1991, p. 99).

| ÁREAS DE INTERVENCIÓN DEL TRABAJO SOCIAL | Área de bienestar social | Área de salud |
|---|-----------------------------|------------------------------|
| | Área de seguridad social | Área de Educación |
| | Área jurídica | Área de docencia |
| | Área empresarial-industrial | Área gremial y de sindicatos |
| | Área de cooperativas | Área de psiquiatría |
| | Área de promoción social | Área de vivienda |

Ilustración 1: *Áreas de intervención de Trabajo Social*. Elaboración propia.

Como se puede observar en la Ilustración 1 las áreas de intervención de la disciplina son muchas. En este caso estaríamos frente al papel en cuestiones jurídicas relativas a la persona.

Al trabajo social como profesión, cuya finalidad gira en torno a la adaptación mutua entre los individuos y su medio social, le corresponde el desarrollo de las capacidades de las personas que les permitan resolver sus necesidades sociales individuales o colectivas, promoviendo su capacidad de autodeterminación, adaptación y desarrollo. De ello, se deriva que la intervención se dirige a tres niveles, el individual, el grupal y el comunitario y, al mismo tiempo, a diferentes colectivos que comparten unas determinadas necesidades. Por otro lado, la intervención se dirige a promover y actuar para el establecimiento de servicios y políticas sociales justas que persigan la creación de los recursos sociales necesarios (Díaz, 2003, p. 4).

De las reformas establecidas en la legislación y con el establecimiento de la figura del asistente en el proceso, se puede sobreentender que esa figura por las demandas que a priori se le pueden plantear, será un espacio a cubrir por trabajadores sociales. La formación en esta disciplina para sus egresados cumple con las necesidades que se puedan producir en la figura del asistente.

Serán así los trabajadores sociales la pieza clave que permite la autonomía de las personas con discapacidad. Desarrollan una labor en el nivel individual que promueve la dignidad, la igualdad y la autonomía en una sociedad más justa.

5. CONCLUSIONES

La última reforma legal pretende garantizar los derechos de la población con discapacidad y ofrece medidas de apoyo para facilitarles el acceso a los recursos que necesiten. Estos apoyos se fundamentan en la premisa de que las personas con discapacidad mantienen plena capacidad jurídica. En este escenario los trabajadores sociales pueden convertirse en un elemento esencial del sistema de apoyos de la voluntad de la persona, cuestión clave en torno a la que giran las reformas.

Como conclusiones de la investigación se pretende dar respuesta a las preguntas de investigación que se plantearon al comienzo de la investigación para poder así conocer esta realidad de la situación de la capacidad jurídica en España.

- ¿Qué se entiende por discapacidad?

La idea de discapacidad es algo que ha ido variando a lo largo del tiempo, pero en todas las acepciones siempre se le supone en términos sociales la falta de unos requisitos al individuo según los criterios de la sociedad en la que se inscribe. Si hablamos de capacidad jurídica hablamos también de las personas en situación de discapacidad. Son cuestiones cercanas que hay que tener presentes en el desarrollo del ejercicio real de unos derechos.

Así la determinación de aquello que entendemos por discapacidad se resuelve como una cuestión fundamental en el desarrollo legal.

- ¿Qué se entiende por capacidad jurídica?

La capacidad jurídica es la capacidad de los individuos en el Estado de Derecho para poder actuar para sí y en su propio nombre. La capacidad jurídica es otro concepto que ha evolucionado mucho y se encuentra ligado al concepto de discapacidad. Según qué tipo de discapacidad se le podía asociar unas sería de carestías al individuo para el ejercicio de esa capacidad jurídica. Las reformas van en línea de dar cada vez más valor a la voluntad de la persona.

A pesar del importante desarrollo y cambio en la visión que sobre esto se ha tenido, hay que destacar que el camino que queda por recorrer, que la desigualdad entre na-

ciones, que la dificultad de un ejercicio real de los derechos, que las situaciones de tutela se encuentran en un alto grado de desigualdad y donde es mucho lo que queda aún mucho camino por recorrer.

- ¿Qué supuso la Convención de Nueva York?

La Convención trae un reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad. La Convención no otorga derechos, reconoce la existencia de estos. Supuso una puesta en valor de la autonomía, de la capacidad y de la igualdad de las personas con algún tipo de capacidad limitada.

Se puso de relieve que las personas con discapacidad, no deben de ser privadas de sus derechos ni de sus capacidad jurídicas, lo que se debe de hacer es promover los medios para el ejercicio de la autonomía de las personas, no ceder su voluntad a otros, deben de seguir decidiendo sobre las cuestiones que les atañen.

La Convención emitió un texto que es de obligado cumplimiento para los Estados Parte, los que son firmantes. En la obligación del cumplimiento deben de realizar las adecuaciones que estimen necesarias para el cumplimiento de los principios que se establecen. En este caso se trata la reforma del Código Civil catalán en materia de la capacidad jurídica que se suma a las diferentes reformas legislativas en el marco legislativo español de adaptación a las directrices del Convenio.

- ¿Cómo es la reforma en el Código Civil Catalán y lo que trae consigo la Ley 8/2021?

Es un cambio no solo de terminología sino de enfoque. Se ha pasado de un sistema paternalista a otro en el que prima la voluntad de la persona, un sistema en lo que lo importante es el apoyo que precisa esa persona con discapacidad para al ejercicio de su voluntad. El nuevo sistema englobará toda una serie de actuaciones que se adoptarán respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que como regla general, en la mayoría de los casos será la encargada en suma de tomar las decisiones. Todo esto sometido a revisiones periódicas, ya que esta situación de ayuda y apoyo que recoge el código no es ni permanente ni estable.

Dentro del procedimiento de apoyo a las apersonas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, hay preferencias en el elenco de apoyos que existen. Son preferentes las medidas voluntarias que toma la propia persona, seguidas de la guarda de hecho y solamente cuando éstas no existan y sean insuficientes podrá la autoridad judicial tomar otras medidas. Por tanto, las medidas judiciales son supletorias,

siempre estarán primero las medidas voluntarias. Esto refleja la voluntad de la persona con discapacidad como tutora de su situación.

- ¿Qué papel juega el trabajador social?

El papel se debe de entender en relación con los nuevos enfoques que se dan en la reforma. El primero que debe tener presente es que la determinación de la capacidad jurídica se concibe como un derecho fundamental de la persona, no se le da, simplemente se le reconoce. El segundo es que se establece el sistema de apoyos, basado en la propia voluntad de la persona con discapacidad. No se sustituye por la voluntad de otros, se tiene en cuenta la propia voluntad y es la persona la que es el centro del procedimiento. En tercer lugar, existe una desjudicialización clara en materia de capacidad. Debido a la primacía de la voluntad de la persona, siendo los apoyos voluntarios la medida preferida, seguido de las guardas de hecho y los apoyos formales establecidos por la autoridad judicial y por último la derivación a la jurisdicción.

En la primacía de tomar aquellas medidas que son de carácter voluntario y demandado por la persona, el trabajo social tiene un área de intervención importante, ya que puede ser (y parece ser) ese apoyo que la persona discapacitada demande de manera voluntaria en el sistema judicial. Las informes que generen por su especial formación, serán trascendentes, ya que cuestiones de carácter social tendrán un peso relevante en la valoración de las situaciones.

- ¿Qué desafíos hay para el trabajo social en este nuevo contexto?

Este nuevo contexto supone un nuevo escenario donde el trabajo social será el medio por el que la persona con discapacidad podrá llegar a desarrollar todas sus capacidades. Los trabajadores sociales se convertirían en peritos que asistirían al órgano judicial en la toma de su decisión.

Se puede suponer que desde la Administración Pública se demandará la intervención de muchos más trabajadores y trabajadoras sociales para completar esas necesidades de las personas con discapacidad. La formación en trabajo social es la idónea para cubrir esas carencias en el sistema por medio de su intervención.

Los desafíos en este nuevo contexto suponen una intervención muy cercana a las necesidades del individuo, actuando como medio para que este pueda expresar su voluntad con respecto a él mismo y a la sociedad con la que se relaciona.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELOKI, U. (2010). La interpretación del internamiento forzoso de adultos con discapacidad intelectual a la luz de la convención de Nueva York. *Agathos: Atención sociosanitaria y bienestar*, 10(1), 10-19.
- BENAVIDES LÓPEZ, Á. (2015). Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario de Derechos Humanos*, (11), 39-56.
- CABRA DE LUNA, M. Á. (2021). La Reforma del Derecho Civil a la luz de la Convención de Nueva York. *Revista Española de Discapacidad*, 9(2), 179-191.
- CALZADA LÓPEZ, M. S. (2015). Procesos de modificación judicial de la capacidad por causa de discapacidad. *Actualidad civil*, (11), 4-19.
- CAMPO IZQUIERDO, Á. L. (2014). Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, (2), 2-7.
- CRESCO FERNÁNDEZ, R. (2019). La relación entre la sociedad civil y el Derecho Internacional: las esterilizaciones forzadas a mujeres con discapacidad y la Convención de Nueva York de 2006.
- DÍAZ HERRÁIZ, E. (2003). Los Ámbitos Profesionales del Trabajo Social. *Herráiz, Introducción al Trabajo Social*, 1-52.
- FERNÁNDEZ, M. T. (2017). La discapacidad mental o psicosocial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Red Iberoamericana de Expertos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad*.
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, J. (2001). Sociedad civil y derechos ciudadanos. *Letras libres*, 3(26), 14.
- GAITÁN MUÑOZ, L. (1991). El espacio profesional. T. Zamanillo y L. Gaitán, *Para comprender el Trabajo Social, Estella, Navarra: Verbo Divino*, 95-108.
- GARCÍA PONS, A. (2013). El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España. *Anuario de Derecho civil*, 66(1), 59-147.
- GARCÍA RUBIO, P. M. (2018). La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. In *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (Vol. 58, pp. 2017-2018). Editoriales de Derecho Reunidas. EDESA.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. (2008). Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 8, 527-540.

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2018). Matrimonio y discapacidad. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Derecho privado y Constitución*, 2018, n.º 32. p. 55-94.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (The Principle of Respect to the Will of the Person With Disabilities in the New York Convention (2006), and Its Reflection in the Draft Bill That Reforms the Civil and Procedural Legislation on Disability). *Indret*, 2, 111-138.
- LLEDÓ YAGÜE, F. (2019). La Convención de Nueva York y la necesaria reformulación de la discapacidad. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, (14), 140-147.
- MARÍN RUBIO DE LA TORRE, Á. (2020). La protección de las personas con discapacidad. El Derecho español ante los retos de su adaptación a la Convención de Naciones Unidas aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- MAYOR FERNÁNDEZ, D. (2011). La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 65(2133), 2.
- MONTOYO GONZÁLEZ, S. (2020). La revocación de la privación del derecho a voto de las personas con discapacidad. El implacable reconocimiento y avance de un derecho propio de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español. *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, (234), 103-140.
- PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CERMI.
- PALACIOS, A., & BARIFFI, F. (2013). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca.
- PALLARÉS NEILA, J. (2016). Tutela versus curatela. *Actualidad civil*, (2), 4-11.
- SEOANE, J. A. (2011). La convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica. *Siglo Cero*, 42(237), 21-32.
- VARELA AUTRÁN, B. (2013). Incapacidad, curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: comentario a la STS (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012. *Diario La Ley*, (8006), 1.

Normativa legal

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.
<https://www.boe.es/eli/es-ct/dl/2021/08/31/19>

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.
<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/03/pdfs/BOE-A-2013-12632.pdf>

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
<https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf>

Código Civil de Cataluña

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=150&modo=2¬a=0&tab=2

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Miguel Cruz Amorós

Abogado, Ex-Director General de Tributos, Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad

Xandra Martínez Gavira

Abogada de Pwc Tax&Legal

EL IVA Y LA DISCAPACIDAD, A LA LUZ DE LOS CAMBIOS ACONTECIDOS EN LA DIRECTIVA 2006/112/CE*

VAT AND DISABILITY, IN LIGHT OF THE CHANGES IN DIRECTIVE 2006/112/EC

SUMARIO: 1. Primacía del Derecho de la Unión Europea: contexto general. –2. Interpretación del Derecho de la Unión Europea: un principio básico. –3. Impuesto sobre el valor añadido: impuesto armonizado en la Unión Europea. Consideración de la discapacidad. –4. Problemática de las personas con discapacidad en materia de gasto. –5. Problemática del escenario actual relativo a la discapacidad en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido. –6. Modificaciones en la Directiva 2006/112/CE en relación con los tipos reducidos del IVA que afectan a la discapacidad. –7. Consideraciones finales. –8. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

Recientemente, se ha modificado la Directiva 2006/112/CE (Directiva del IVA), pretendiendo ofrecer a los gobiernos más flexibilidad en los tipos que pueden aplicar.

* Recibido el 31 de marzo de 2023. Aprobado el 23 de junio de 2023

En este sentido, resulta crucial la nueva redacción del apartado 4 del Anexo III de dicha Directiva –bienes que resulten indispensables para compensar y superar la discapacidad siendo normalmente destinados al uso de las personas con discapacidad– por lo que, a nuestro juicio, con dicha aclaración, queda patente la vocación del legislador comunitario y debería reducirse considerablemente la incertidumbre que se había generado en torno al concepto de “uso personal y exclusivo”.

Además, dichos bienes podrían beneficiarse de una tributación a un tipo mínimo inferior al 5 %, o incluso de una exención con derecho a la deducción del IVA soportado; lo cual supondría un gran avance respecto a la situación actual de los bienes relacionados con la discapacidad.

Y es que no hay que olvidar que las personas con discapacidad y sus familias deben hacer frente a un sobrecoste económico derivado de las situaciones de discapacidad que merma de forma clara su capacidad económica y, por ende, contributiva.

Esencialmente, con bases en dicha actualización de la redacción del Anexo III y teniendo en consideración la primacía del Derecho de la UE y el principio de interpretación conforme, se trata de buscar vías de mejora para algunas situaciones no satisfactorias que se experimentan en la práctica española del IVA, como es la relativa a la discapacidad.

ABSTRACT

Recently, Directive 2006/112/EC (VAT Directive) has been amended, in order to provide governments with more flexibility in the rates they can apply.

In this regard, the new wording of paragraph 4 of Annex III of the Directive –goods that are essential to compensate for and overcome the disability and are normally intended for the use of people with disabilities– is crucial. In our opinion, with this clarification, the vocation of the Community legislator is clear and the uncertainty that had been generated around the concept of “personal and exclusive use” should be considerably reduced.

Furthermore, such goods could benefit from taxation at a minimum rate of less than 5 %, or even from an exemption with the right to deduct input VAT, which would be a great step forward with respect to the current situation of goods related to disability.

It should not be forgotten that people with disabilities and their families have to face an economic cost overrun derived from disability situations that clearly reduces their economic and, therefore, contributive capacity.

Essentially, on the basis of this update of the wording of Annex III and taking into consideration the primacy of EU law and the principle of conforming interpretation, the aim is to seek ways of improving some unsatisfactory situations that are experienced in Spanish VAT practice, such as that relating to disability.

Palabras clave: Primacía del Derecho de la Unión Europea, principio de interpretación conforme, impuesto armonizado, IVA, discapacidad, directiva, capacidad contributiva, gasto, sobrecoste económico, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tipo reducido/superreducido, personal y exclusivo, plazo de transposición.

Keywords: Primacy of European Union Law, principle of conforming interpretation, harmonized tax, vat, disability, directive, contributive capacity, expenditure, economic cost overrun, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, reduced/super-reduced rate, personal and exclusive, transposition deadline.

1. PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: CONTEXTO GENERAL

Como es sabido, el Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE) forma parte del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros, creando dichas normas comunitarias derechos y obligaciones que se incorporan al acervo de garantías de los ciudadanos y que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar, en virtud del principio de aplicabilidad directa establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante), entre otras, en la Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, apartado II.B, en la Sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133, apartados 12 y 13 y en la Sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*, C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110, conclusiones 1), 2), 3) y 4).

Asimismo, y de conformidad con el principio de primacía del Derecho de la UE (STJUE de 15 de julio de 1964, *Asunto 6/64, Costa c. ENEL*), cualquier normativa nacional que pudiera vulnerar, contradecir o desproveer de efecto útil a cualquier disposición jurídica europea, resulta inaplicable, con independencia del rango de la norma nacional.

El TJUE debe, según el actual artículo 19 del Tratado de la Unión Europea, garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados, ya que se configura como intérprete supremo del ordenamiento Comunitario.

Como no puede ser de otra forma, nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado en línea con el TJUE, señalando (FJ 2.º, punto 4 de la Sentencia de 10 de octubre de 2012, municipio de Santa Amalia) que:

“4. (...) todo aplicador de la norma interpretada debe entenderla desde el criterio emitido por el TJUE, por lo que se erige en auténtica interpretación con fuerza obligatoria desde que la norma –en el caso de autos, la Directiva autorización– entró en vigor. Todo lo cual no es ni más ni menos que expresión del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento interno. (...)”

Lógicamente, el Tribunal Supremo reconoce la primacía de la norma comunitaria, que, en su caso, desplaza a la nacional, debiendo esta última quedar inaplicada, salvo que se modifique para adaptarse al Derecho de la UE.

Como ha señalado Añón Calvete (2016):

“(...) desde los primeros pronunciamientos jurisprudenciales, hasta la reforma y la definitiva incorporación de este principio a la LOPJ que obliga a aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, convirtiéndose el principio de primacía en canon de interpretación de la norma nacional, hasta el punto de que la norma interna no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión. (...)”

En la misma línea, Bellido Barrionuevo (2005) manifiesta lo siguiente:

“(...) las directivas del mismo modo que el resto de las fuentes del Derecho comunitario gozan de aplicabilidad inmediata, no necesitan ningún acto para su recepción, sino que la obligación que surge a cargo de los Estados es una obligación de ejecución. Por ello, las autoridades nacionales deben tener en cuenta la directiva comunitaria desde su entrada en vigor, e interpretar, en la medida de lo posible, su Derecho nacional, y muy especialmente las disposiciones de adaptación, de conformidad con la directiva, (...)”

2. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: UN PRINCIPIO BÁSICO

El principio de interpretación de los Derechos nacionales conforme al Derecho comunitario consiste en la obligación de interpretar las normas que integran el ordenamiento interno de los Estados miembros a la luz del Derecho de la Unión.

En este sentido, Bellido Barrionuevo (2005, ya citado) apunta también lo siguiente:

“(...) De conformidad con la sentencia Kolpinguis¹, los Estados miembros están obligados a interpretar el Derecho nacional de conformidad con la directiva antes de que expire el plazo de transposición, y desde la entrada en vigor de la misma.

Esta sentencia, otorga al juez la facultad de utilizar las directivas antes de la expiración del plazo previsto para su transposición como parámetro para interpretar su Derecho nacional. Es decir, la directiva posee un valor interpretativo desde su notificación o publicación y antes de que expire el período de transposición, y puede desplegar un efecto anticipación por la vía interpretativa. (...)

Dicho de otro modo, se aplica el principio de interpretación conforme durante el período de transposición, salvo que dicha aplicación conduzca al establecimiento o agravamiento de la responsabilidad penal de aquellos que la contravengan. El fundamento de esta obligación reside, en que las directivas, del mismo modo que el resto de las fuentes del Derecho comunitario, gozan de aplicabilidad inmediata, no necesitan ningún acto para su recepción sino que la obligación que surge a cargo de los Estados es una obligación de ejecución.

Por ello, las autoridades nacionales deben tener en cuenta la directiva comunitaria desde su entrada en vigor, e interpretar en la medida de lo posible su Derecho nacional, y muy especialmente las disposiciones de adaptación, de conformidad con la directiva, que desplegará toda su eficacia a partir del momento de su transposición. (...)”.

De esta manera, resulta evidente que la norma nacional ha de interpretarse con respeto a y en conformidad con la norma comunitaria.

Asimismo, Añón Calvete (2016, ya citado) señala que:

“(...) En aquellos casos en que la norma nacional resulta contradictoria con la Directiva, la falta de trasposición, o la deficiente o insuficiente trasposición, hace que la norma nacional se interprete de conformidad con las del ordenamiento de la UE directamente aplicable o no, como manifestación del principio de primacía del derecho comunitario sobre el nacional. Los Juzgados y Tribu-

¹ Sentencia de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen BV, Asunto 80/86, ECLI:EU:C:1987:431

nales, órganos del Estado, vienen también obligados a conseguir el resultado previsto por la Directiva mediante una interpretación prevalente de la norma comunitaria frente a la nacional, tanto sea anterior o posterior a la Directiva.(...)”.

En el mismo sentido, Ordoñez Solís (2002) puntualiza lo siguiente:

“(...) Pues bien, en este marco tan particular el Tribunal de Justicia ha desarrollado una jurisprudencia sobre el denominado «principio de interpretación conforme». Este principio o, más propiamente, esta obligación consiste en que el aplicador de los diversos Derechos nacionales, sea un Juez o una Administración, debe hacer todo lo posible para interpretar su Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario. El desarrollo del principio de interpretación conforme está vinculado fundamentalmente a los casos de incumplimientos de Directivas; sin embargo, el objetivo de este trabajo es comprobar que, en realidad, la obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario tiene un alcance y unos efectos mucho mayores. (...)”.

A este respecto, el Tribunal de Justicia, en Sentencia de 22 de junio de 1989, asunto Fratelli Costanzo (C-103/88), apartado 31, declaró que:

“Sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración Pública, las disposiciones de una directiva [...]; y estimar, no obstante, que a la referida Administración Pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que las infrinjan. De lo dicho se desprende que, cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un Municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones.”

Más recientemente, el Tribunal de Justicia (Sala Primera), en Sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto Walter Larcher (C-523/13), apartado 45, señaló:

“(...) el principio de interpretación conforme del Derecho nacional requiere que las autoridades administrativas y judiciales nacionales hagan dicha interpretación”.

Tal y como puede apreciarse, dicha primacía del Derecho comunitario obliga al Juez nacional o a la Administración pública, en su caso. Es decir, la obligación de “interpretación conforme” no se limita únicamente a los órganos jurisdiccionales, sino que sus destinatarios son la totalidad de autoridades nacionales.

En definitiva, no parece haber duda de que tanto las Administraciones como los Jueces nacionales deben hacer todo lo posible para que la interpretación de las normas nacionales respete el Derecho de la Unión, llevándose a cabo de acuerdo con la propia finalidad del ordenamiento comunitario.

3. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO: IMPUESTO ARMONIZADO EN LA UNIÓN EUROPEA. CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD

A diferencia de otros impuestos, el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA, en adelante) es un tributo armonizado en el seno de la Unión Europea, lo que se materializa a través de Directivas que cada Estado Miembro ha de transponer a su ordenamiento jurídico, y con el seguimiento de la interpretación que emana del TJUE, al que los Estados Miembros han de someter sus actuaciones.

Fruto de esta labor de interpretación, en lo que al ámbito de la discapacidad se refiere, fue la Sentencia del citado Tribunal de fecha 17 de enero de 2013, en el asunto C-360/11, conocida como la Sentencia de los “productos sanitarios”, que dio lugar a una reforma de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, la Ley del IVA), con efectos contradictorios para la situación de la discapacidad en España.

El contenido fundamental de dicha Sentencia sería el siguiente:

“(…) Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 98, en relación con el anexo III, de la Directiva 2006/112, al aplicar un tipo reducido de IVA a:

- las sustancias medicinales susceptibles de ser utilizadas habitual e idóneamente en la obtención de medicamentos;
- los productos sanitarios, el material, los equipos o el instrumental que, objetivamente considerados, solamente pueden utilizarse para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias del hombre o

de los animales, pero que no son utilizados normalmente para aliviar o tratar deficiencias, para uso personal y exclusivo de minusválidos;

– los aparatos y complementos susceptibles de destinarse esencial o principalmente a suplir las deficiencias físicas de los animales;

– los aparatos y complementos esencial o principalmente utilizados para suplir las deficiencias del hombre pero que no se destinan al uso personal y exclusivo de los discapacitados. (...)”.

Más específicamente, y en atención al concepto “personal y exclusivo”, el TJUE señala que:

“(...) Para la apreciación del cuarto motivo formulado por la Comisión, es preciso determinar si el punto 4 del anexo III de la Directiva 2006/112 puede aplicarse a los aparatos y complementos que no se destinan al uso personal y exclusivo de los discapacitados, pero que son esencial o principalmente utilizados para suplir las deficiencias del hombre.

A este respecto, procede señalar que del propio sentido de los términos «personal» y «exclusivo», que figuran en el mencionado punto 4, se desprende que este punto no se refiere a los productos de uso general.

De este modo, el objetivo de disminuir el coste de determinados bienes esenciales para el consumidor final, mencionado en el apartado 48 de la presente sentencia, no permite justificar la aplicación de un tipo reducido de IVA a los productos sanitarios de uso general utilizados por hospitales y profesionales del sector sanitario.

Esta conclusión no resulta desvirtuada por la alegación del Reino de España de que algunos productos sanitarios y determinado instrumental pueden ser objeto tanto de uso general como de uso personal y exclusivo por los discapacitados. A este respecto, basta con recordar que, conforme a lo ya declarado por el Tribunal de Justicia, la aplicación de un tipo reducido de IVA en relación con un bien que puede ser objeto de distintas utilizaciones depende, para cada operación de entrega, del uso concreto al que lo destina su adquirente (véase, por analogía, la sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 65).

De lo anteriormente expuesto resulta que sobre los aparatos y complementos esencial o principalmente utilizados para suplir las deficiencias del hombre,

pero que no se destinan al uso personal y exclusivo de los discapacitados, no puede aplicarse un tipo reducido de IVA, en virtud del punto 4 del anexo III de la Directiva 2006/112.”

Como anticipábamos, tras la Sentencia tuvo lugar una reforma, que se llevó a cabo en la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modificó, entre otras normas, la Ley del IVA; positiva, en parte, para el tratamiento de los productos relacionados con la discapacidad.

No obstante, dicha reforma supuso también, en virtud de la interpretación dada por el TJUE y las exigencias de la Comisión Europea derivadas de la Directiva, la sustitución de la expresión “esencial o principal”, en relación con los productos relacionados con la discapacidad, por “uso personal y exclusivo”, término que, como veremos más adelante, ha resultado ser muy controvertido.

Asimismo, como correlato de esta interpretación, el legislador español, apartándose de la técnica legislativa habitual en este tipo de normas en las que la fijación de los productos relacionados con la discapacidad con derecho a aplicar tipos reducidos se ha venido realizando por vía interpretativa –en concreto por la vía de contestaciones a Consultas a la Dirección General de Tributos–, incorporó una lista de productos relacionados con la discapacidad en el punto octavo del Anexo de la Ley del IVA.

Con posterioridad, el 7 de abril de 2016, la Comisión Europea presentó un Plan de Acción del Impuesto sobre el Valor Añadido, que ya ponía sobre la mesa la necesidad de modernizar la política de tipos, con el fin dar mayor autonomía a los Estados Miembros.

Por ello, y ante la posibilidad de que los Estados Miembros pudieran gozar de mayor autonomía a la hora de fijar los tipos impositivos, el sector de la discapacidad en España, cuya representación social aglutina el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), ha venido manifestando, año tras año, que la situación actual de aplicación de los tipos impositivos reducido y superreducido a los productos y servicios relacionados con la discapacidad adolecía de inconvenientes que es necesario subsanar.

4. PROBLEMÁTICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN MATERIA DE GASTO

El conocimiento del sobreesfuerzo económico que las personas con discapacidad y sus familias realizan es un elemento necesario que debe seguirse de cerca por parte de la política fiscal.

Es decir, se hace necesario tener en consideración a la hora de incorporar y modificar medidas de índole tributaria, la menor capacidad económica, y por tanto contributiva –que es la variable fundamental sobre la que ha de girar la política fiscal–, de las personas con discapacidad.

Al mismo tiempo, se debe tener en cuenta la llamada función extrafiscal del tributo, reconocida en el artículo 2.1, segundo párrafo, de la Ley General Tributaria con el objetivo de lograr la plena integración de la persona con discapacidad en la estructura social, colocándola en posición de igualdad como ordena el artículo 49 de nuestra Constitución:

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

Actualmente se está tramitando un Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española y la redacción que se propone es la siguiente:

“1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

3. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos.”

A juicio del Gobierno, como impulsor del Proyecto, existe una demanda sostenida de la sociedad civil articulada en torno a las personas con discapacidad, que viene plan-

teando una modificación sustancial del artículo 49 de la Constitución, para acomodarlo a la realidad social y sentar las bases de una acción pública más vigorosa y eficaz en el futuro.

Bajo su consideración, resulta patente que la redacción original del artículo 49 de la Constitución Española de 1978, que plasmó el compromiso del constituyente con los derechos y libertades de las personas con discapacidad, precisa de una actualización en cuanto a su lenguaje y contenido, de manera que este precepto vuelva a ser referencia para la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en España:

- la terminología que emplea no refleja ya los valores que inspiran la protección de este colectivo, tanto en el ámbito nacional como internacional.
- su contenido se basa en una concepción médico-rehabilitadora de la discapacidad, coherente en el momento de su redacción, pero hoy completamente superada por un modelo social de corte igualitario.

Actualmente el Proyecto se encuentra pendiente de informe por parte de la Ponencia, tras haber finalizado el trámite de presentación de enmiendas.

Hoy en día, la protección de este colectivo tiene como eje central el contenido de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008. Dicha Convención perseguía el propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

En la misma los Estados Partes reconocen, entre otros, *“la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y están convencidos “de que una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados”.*

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

En definitiva, resulta evidente que el sistema tributario no puede dejar de tomar en consideración la menor capacidad económica de las personas con discapacidad.

Y es que, sencillamente, no podría ser de otra manera. La relevancia de la discapacidad es fundamental en sociedades maduras, envejecidas y con larga esperanza de vida como es la española, por lo que la fiscalidad tiene la oportunidad de mostrar su lado más justo o equitativo.

La determinación de la capacidad contributiva de las personas con discapacidad requiere considerar una serie de cuestiones y, principalmente, lo que se ha denominado “efecto sobrecoste”, o sea, el hecho de que las personas con discapacidad asumen unos costes extraordinarios en su vida diaria, lo que disminuye su calidad de vida. A ello habría que añadir que las oportunidades laborales de las personas con discapacidad son más reducidas, lo que suele traducirse en unos ingresos promedio menores.

En este sentido, y aunque la determinación cuantitativa precisa del “efecto sobrecoste” no es fácil por la pluralidad de formas de discapacidad y la distinta intensidad de la afectación dentro de cada una de ellas, la Universidad Carlos III de Madrid ha cuantificado la menor capacidad económica producida por los gastos necesarios para atender la discapacidad en el “*Estudio del agravio comparativo económico de las personas con discapacidad*” (Jiménez Lara y Huete García 2011, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad) en el que se concluye que las personas con discapacidad y sus familias deben hacer frente a un gasto extraordinario como consecuencia de su discapacidad.

Así, el gasto monetario directo mensual por hogar, ocasionado por la discapacidad en los hogares que declaran gasto por ese motivo asciende, de acuerdo con la información proporcionada por la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD) 2008, a 2.874 euros. Dicha cantidad supondría el 9 por ciento del gasto anual medio por hogar, cifrado para 2007 por la Encuesta de Presupuestos Familiares en 31.953 euros.

Más recientemente, en un informe de la Confederación Española de Organizaciones a favor de las Personas con Discapacidad Intelectual o del Desarrollo (Plena Inclusión, antes FEAPS, 2015), “El sobreesfuerzo económico que la discapacidad intelectual o

del desarrollo ocasiona en la familia en España 2014”, se realizó un análisis de los costes y del sobreesfuerzo económico que han de asumir las familias, en términos de tiempo, dinero y recursos, para que las personas con discapacidad puedan desenvolverse en su día a día, y desarrollar su proyecto de vida dignamente.

Este trabajo se resume en los siguientes cuadros:

- RESUMEN DE LOS COSTES

| Tipos de Variables Costes | Descripción | Herramienta de determinación | Tipos de Coste que generan |
|---|---|---|-----------------------------------|
| Costes por tiempo de apoyo | Costes derivados del tiempo de apoyo que necesita la persona con discapacidad intelectual | Escala SIS, ya que permite la clasificación de los tiempos de apoyo siguiendo una metodología ampliamente utilizada | 1 Costes por Tiempo |
| Costes de ejecución: compra de servicios | Costes que incurren por la compra de un objeto, como el acompañamiento para el ocio (ticket de cine, etc) | Definidos por análisis bibliográfico, colaboración con los expertos y con las familias | 2 Costes por Ejecución |
| Costes de pérdida de oportunidad | Costes derivados de la pérdida de oportunidad de invertir ese dinero o ese tiempo en otra actividad. | Definidos por análisis bibliográfico, colaboración con los expertos y con las familias | 3 Costes de Oportunidad |

- DETALLE DE LOS COSTES

| | | |
|--------------------------------------|--|---|
| 1. Costes por tiempo de apoyo | Coste horas de atención de la familia para realizar las actividades de la vida | |
| 2. Costes de ejecución | Costes adicionales asociados a la vida diaria | Ropa Ocio Cuidados e higiene Transporte Gastos farmacéuticos Gestión temas legales Copaqo por servicios |
| | Otros costes | |
| 3. Costes de oportunidad | Costes de oportunidad del individuo Costes de oportunidad de la familia | |

En este sentido, en el “*Estudio del agravio comparativo económico de las personas con discapacidad*” (Jiménez Lara y Huete García, 2011, ya citado), se establece que las personas con discapacidad se enfrentan a costes adicionales que se derivan de su situación. Estos costes pueden adoptar la forma de gastos suplementarios en la adquisición de los bienes y servicios generales (por ejemplo, tener que gastar más en transporte por necesitar un taxi adaptado para los desplazamientos), o de gastos en bienes

y servicios específicamente relacionados con la discapacidad, tales como las ayudas técnicas y productos de apoyo, las adaptaciones del hogar dirigidas a mejorar su accesibilidad o la contratación de asistencia personal.

Así, en el mismo se concluye que, entre los conceptos principales de gasto motivado por discapacidad citados por los hogares, destacan los relacionados con la autonomía personal y con el cuidado de la salud. Las ayudas técnicas, las adaptaciones y los gastos para sufragar la asistencia personal, en conjunto, y los tratamientos médicos, terapéuticos, habilitadores y rehabilitadores, por una parte, y los fármacos, por otra, constituyen las partidas principales de gasto. También es significativo el gasto asociado al transporte y desplazamiento, a la adquisición de ropa y útiles personales de uso común, al equipamiento y suministros del hogar y a la adquisición y adecuación de la vivienda.

De esta manera, el sobreesfuerzo realizado por las familias, que siguen asumiendo un papel crucial en la calidad de vida de las personas con discapacidad, se concreta en los siguientes aspectos:

- Menores ingresos de las personas con discapacidad, que tienen que dedicar un tiempo extra a atender sus necesidades y ven limitadas sus posibilidades de obtención de empleo y de generación de ingresos. Por ello, la renta de las personas con discapacidad suele encontrarse por debajo de la renta media del conjunto de la población.
- Costes específicos derivados de la propia discapacidad. Existe un aumento de los costes en farmacia, transporte, ocio, cuidados, que puede alcanzar los 2.609 euros en aquellas personas con mayores necesidades de apoyo, tal y como se analizó en el Informe de Plena Inclusión (2015, ya citado).
- Establecimiento del copago de servicios sociales. Establecido en algunas comunidades autónomas en aplicación de la Ley de Autonomía Personal.

Este sobreesfuerzo –año a año–, incide en la pérdida de capacidad adquisitiva, ocasionando una situación de empobrecimiento que en muchos casos pone en grave riesgo de exclusión social a muchas de estas familias, lo que impide que muchas personas con discapacidad puedan desarrollar un proyecto de vida digno.

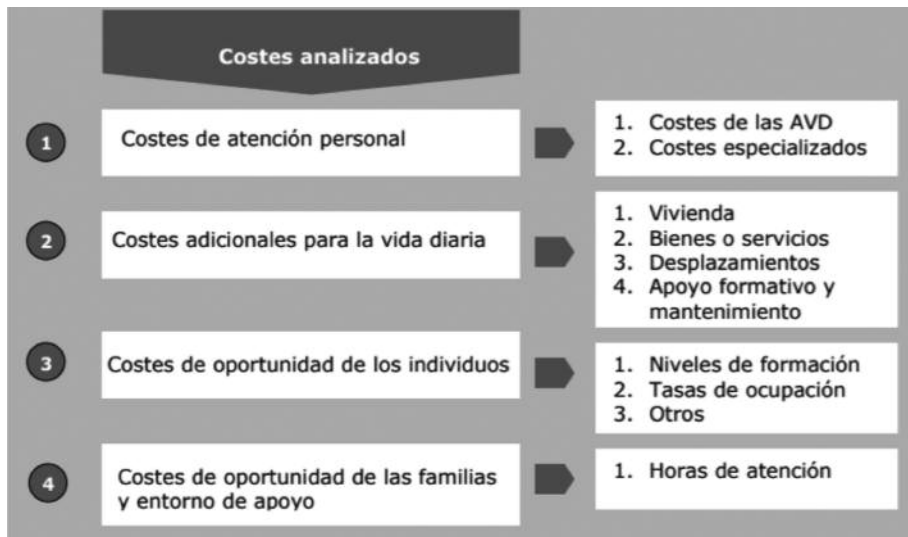
En este contexto, en el Informe de Plena Inclusión (2015, ya citado), se concluyó que una familia con discapacidad intelectual origina un sobreesfuerzo económico anual, sin considerar los costes de oportunidad para las familias, que excede de 24.000 euros, lo que supera el salario medio en España (104,5 por ciento del salario medio anual en 2013, situado en 22.970 euros).

A mayor abundamiento, también se cuantificó que el sobresfuerzo ascendía a 47.129 euros, en el caso de las familias que viven en su domicilio con personas que tienen mayor nivel de dependencia, y que tienen, por tanto, mayor necesidad de apoyo.

Y es que resulta evidente que dicha situación se vuelve mucho más crítica cuando nos encontramos ante la necesidad de obtener ayuda de una tercera persona, o ante una gran invalidez o gran dependencia.

En esta misma línea, el “*Estudio sobre el agravio comparativo económico de las personas con discapacidad de la Ciudad de Barcelona*” (Antares Consulting 2006), intentó evaluar el sobreesfuerzo económico que origina la discapacidad, señalando que el agravio comparativo –en términos absolutos–, que soportan las personas con discapacidad, oscila entre los 10.000 y 46.000 euros anuales, no siendo este un valor estable, puesto que cambia en función del tipo de discapacidad y la severidad de la misma.

En el citado estudio se desglosaron los costes analizados en el siguiente cuadro resumen²:



² Costes de las AVD (actividades de la vida diaria).

Para obtener el sobrecoste medio que deben soportar las personas con discapacidad, ponderaron los valores obtenidos para cada discapacidad, de tal manera que en 2006 el coste medio por discapacidad sería de 31.009 euros anuales.

El mismo estudio concluye que, a pesar de que existen ayudas o contraprestaciones por parte de las diversas administraciones para contrarrestar esta situación de desigualdad, en la actualidad éstas no son suficientes y están muy alejadas de poder cubrir el sobrecoste que comporta la discapacidad.

El coste de oportunidad es muy relevante, ya que a partir de los datos de la EDAD 2008 puede estimarse que el ingreso anual medio de los hogares en los que residen personas con discapacidad es aproximadamente un 25 por ciento inferior al de los hogares en los que no residen personas con discapacidad, de manera que, como promedio, los hogares en los que viven personas con discapacidad ingresan anualmente 5.842 euros menos que el resto de los hogares.

Así, y como se recoge en el *“Estudio del agravio comparativo económico de las personas con discapacidad”* (Jiménez Lara y Huete García, 2011, ya citado), las personas con discapacidad, para dar adecuada cobertura a las necesidades de apoyo y cuidados derivadas de su situación, suelen acudir al cuidado familiar no retribuido.

De acuerdo con los datos de la EDAD, más de un millón y medio de personas con discapacidad reciben diariamente cuidados personales, proporcionados en la gran mayoría de los casos (más del 85 por ciento) por sus propios familiares, pudiendo estimarse el número total de horas de cuidados familiares prestadas anualmente a las personas con discapacidad en unos 5.600 millones - el equivalente a 3,1 millones de puestos de trabajo a jornada completa.

Por ello, una parte importante de los costes adicionales que se derivan de la discapacidad no tienen una expresión monetaria directa, y es que no cabe duda de que los familiares que prestan esos cuidados soportan un importante coste de oportunidad, pues el tiempo que ocupan en atender a sus familiares con discapacidad no pueden dedicarlo a otras actividades que podrían contribuir a elevar el ingreso actual del hogar, si ese tiempo se dedicara a realizar una actividad laboral retribuida.

En relación con dicho coste de oportunidad de las familias, el *“Estudio sobre el agravio comparativo económico de las personas con discapacidad de la Ciudad de Barcelona”*, (Antares Consulting 2006, ya citado), ha agrupado las consecuencias para estas personas que adoptan el rol de cuidadores informales en el siguiente cuadro:

| Ámbitos | Consecuencias |
|--|--|
| 1 Laborales | <ul style="list-style-type: none"> • 26 % no pueden plantearse trabajar • 11,5 % ha tenido que dejar el trabajo • 12,4 % obligados/as a reducir la jornada de trabajo |
| 2 Bienestar | <ul style="list-style-type: none"> • 51,2 % se encuentran cansadas • 31,2 % se encuentran deprimidas |
| 3 Vida afectiva y relacional | <ul style="list-style-type: none"> • 64,1 % han reducido el tiempo de ocio • 48,4 % no hacen vacaciones |

Por último, se puede citar también el estudio elaborado en noviembre de 2011 por Braña Pino y por Antón Pérez (2011), “Pobreza, discapacidad y dependencia en España”, que estima porcentajes de coste de la discapacidad de entre el 40 y 70 por ciento de la renta del hogar, según el tipo de discapacidad padecida, sin tener en cuenta correcciones de renta.

En virtud de lo expuesto, es necesario considerar los gastos e inversiones específicos en que incurren estas personas y sus familias, ya que, de no ser así, se cronifica una profunda y permanente situación de desigualdad, que condena a estas personas a una posición económica inferior al resto.

Está demostrado que una sociedad inclusiva necesita que todas las personas participen de ella, siendo necesario equilibrar su situación económica, para que puedan, así, optar a una vida independiente en igualdad de oportunidades.

En definitiva, no puede obviarse que las personas en situación de discapacidad necesitan aumentar su poder adquisitivo, para lo cual el papel de la fiscalidad se hace crucial.

5. PROBLEMÁTICA DEL ESCENARIO ACTUAL RELATIVO A LA DISCAPACIDAD EN LA LEY 37/1992, DE 28 DE DICIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

Junto con el IRPF, el IVA es el otro actor fiscal de potencial proyección mayor en la modulación de la situación económica de las personas con discapacidad.

Por ello, tras haber puesto de manifiesto que las personas con discapacidad y sus familias deben hacer frente a un sobre coste económico derivado de dicha situación de discapacidad –que merma de forma clara su capacidad económica y, por ende, contributiva–, vamos a proceder a analizar, por razones de actualidad que a continuación se explican, el escenario actual de aplicación de los tipos impositivos reducido y superreducido a los productos y servicios relacionados con la discapacidad, que se configura en la Ley del IVA de la siguiente manera:

- El artículo 91, apartado Uno.1.6.º.c de la Ley del IVA establece que se aplicará el tipo reducido del 10 por ciento, entre otros, a las entregas, adquisiciones intracomunitarias o importaciones de los equipos médicos, aparatos y demás instrumental, relacionados en el apartado octavo del anexo de dicha Ley, que por sus características objetivas, estén diseñados para aliviar o tratar deficiencias, para uso personal y exclusivo de personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, sin perjuicio de lo previsto en el apartado dos.1 de este artículo.
- Asimismo, el artículo 91. Apartado Dos. 1.4.º y 5.º de dicha Ley establece, respectivamente, un tipo superreducido del 4 por ciento para las entregas, adquisiciones intracomunitarias o importaciones de vehículos para personas con movilidad reducida, de las sillas de ruedas para uso exclusivo de personas con discapacidad y de los vehículos destinados a ser utilizados como autotaxis o autoturismos especiales para el transporte de personas con discapacidad, y, por otro lado, de las prótesis, ortesis e implantes internos para personas con discapacidad.
- En consonancia, el artículo 91. Apartado Dos. 2.1.º de la misma recoge los servicios de reparación de los vehículos, las sillas de ruedas y los servicios de adaptación de los autotaxis y autoturismos para personas con discapacidad.

En relación con el ámbito del estudio que ahora nos ocupa, y en cuanto a lo que el concepto de “*personal y exclusivo*” se refiere, la interpretación de lo que debe entenderse por “uso personal y exclusivo” ha venido generando una gran incertidumbre jurídica y efectos restrictivos probablemente no deseados por el legislador comunitario.

Por lo tanto, respecto a la mención al uso personal y exclusivo, y atendiendo a la finalidad lógica de la norma, se ha estado proponiendo de manera reiterada, con el objeto de evitar una interpretación excesivamente literal y restrictiva del texto legal que la aleje de sus fines, que debía entenderse cumplido el requisito de “uso personal y ex-

clusivo” cuando el producto resultara imprescindible como complemento de la deficiencia/discapacidad de la persona, sin que dicha consideración se viera alterada cuando los equipos médicos, aparatos y demás instrumental puedan usarse, eventualmente, por personas sin discapacidad.

Para ello, obviamente, sería necesario que se acreditara un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, conforme a lo previsto en el artículo 72 del Reglamento del Impuesto sobre las Personas Físicas, lo cual resulta coherente con las soluciones ya contempladas en el ordenamiento para otros beneficios fiscales de la discapacidad.

Y es que la práctica nos ha demostrado que, en no pocas ocasiones y en determinados productos, se hace complejo determinar su tributación, lo que ha generado muchas dudas de aplicación, tanto en las empresas que los importan y comercializan como en los propios usuarios, e incluso en alguna Administración Tributaria, con la subsiguiente e indeseable incertidumbre jurídica.

De aquí que afirmáramos hace no mucho (Cruz Amorós, 2022) que, “(...) *la situación de las personas con discapacidad, cuyo disfrute de los tipos reducidos en la adquisición de los productos que necesitan para aliviar su discapacidad, está actualmente condicionado a que sean de uso personal exclusivo para el discapacitado, lo que no es realista en términos de discapacidad y de eficiencia económica o estímulo empresarial a producir dichos bienes. Según el Proyecto de Directiva va a bastar con que los bienes resulten indispensables para compensar y superar la discapacidad siendo normalmente destinados al uso de los discapacitados. Sería urgente incorporar esta perspectiva subjetiva en la aplicación de nuestro impuesto, y al menos en la producción de criterios administrativos. Se trata de ayudar a compensar y superar discapacidades.*”

Por ello, no cabe duda de que la situación de incertidumbre se vería reducida considerablemente con el cambio de dicha expresión, suponiendo una mejora en la confianza de las personas con discapacidad consumidoras de los productos afectados y de las entidades que se dedican a su comercio.

6. MODIFICACIONES EN LA DIRECTIVA 2006/112/CE EN RELACIÓN CON LOS TIPOS REDUCIDOS DEL IVA QUE AFECTAN A LA DISCAPACIDAD

La Directiva (UE) 2022/542 del Consejo de 5 de abril de 2022 (Directiva 2022/542, en adelante) ha modificado, recientemente, las Directivas 2006/112/CE y (UE) 2020/285, en lo que respecta a los tipos del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Así, la nueva redacción de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006 (en adelante, la Directiva del IVA), relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, pretende ofrecer a los gobiernos más flexibilidad en los tipos que pueden aplicar.

En este sentido, los Estados miembros han acordado ampliar la lista actual de bienes y servicios (anexo III de la Directiva del IVA) que pueden beneficiarse de los tipos reducidos del IVA. En concreto, y entre otros, la lista se ha actualizado para incluir:

“bienes que protegen la salud pública y que han demostrado ser herramientas cruciales en la lucha contra el COVID-19 y que podrían resultar útiles en futuras crisis, como los equipos de protección personal, las mascarillas y determinados equipos médicos; así como más artículos considerados como ayudas esenciales para los discapacitados;”

De esta manera, en el expositivo del texto se pone de manifiesto que: *“Con el fin de permitir a los Estados miembros aplicar tipos reducidos en el refuerzo de la resistencia de sus sistemas sanitarios, conviene ampliar el ámbito de los bienes y servicios considerados esenciales para apoyar la prestación de asistencia sanitaria y para compensar y superar discapacidades.”*

A mayor abundamiento, en el Dictamen acerca del texto que emitió el Parlamento Europeo durante el periodo de consulta, se apunta la necesidad de flexibilizarse que los Estados Miembros puedan reducir el IVA en productos esenciales para beneficiar a los hogares de bajos ingresos.

A este respecto, cabe apuntar brevemente que, a nuestro juicio, no hay duda alguna de que, al tener en consideración “hogares de bajos ingresos” se está pensando, entre otros, en hogares en los que viven personas con discapacidad, ya que, como expusimos con anterioridad, sus familias deben hacer frente a un sobre coste económico derivado de las situaciones de discapacidad que merma de forma clara su capacidad económica.

Finalmente, se publicó el texto definitivo de la Directiva, de manera que el apartado 4 del ANEXO III, relativo a la Lista de entregas de bienes y prestaciones de servicios que podrán estar sujetos a los tipos reducidos del IVA y a la exención con derecho a deducción del IVA a que se refiere el artículo 98, ha quedado redactado de la siguiente manera:

“4) Los equipos, aparatos, dispositivos y artículos médicos, así como el material auxiliar y los equipos de protección médicos, incluidas las mascarillas de

protección, destinados normalmente a ser utilizados en la atención sanitaria o por las personas con discapacidad, los bienes de primera necesidad para compensar y superar la discapacidad, así como la adaptación, reparación, alquiler y arrendamiento de dichos bienes;"

Así, y en relación con los productos relativos a la discapacidad, se ha reemplazado la anterior redacción, de modo que:

| Redacción anterior del Punto 4 del Anexo III de la Directiva 2006/112/EC | Redacción actual del Punto 4 del Anexo III de la Directiva 2006/112/EC |
|--|---|
| <i>(4) Medical equipment, aids and other appliances normally intended to alleviate or treat disability, for the exclusive personal use of the disabled, including the repair of such goods, and supply of children's car seats;</i> | <i>(4) Medical equipment, appliances, devices, items, aids and protective gear, including health protection masks, normally intended for use in health care or for the use of the disabled, goods essential to compensate and overcome disability, as well as the adaptation, repair, rental and leasing of such goods;</i> |
| <i>Equipos médicos, ayudas y otros aparatos normalmente destinados a aliviar o tratar la discapacidad, para uso personal exclusivo de los discapacitados, incluida la reparación de dichos bienes, y el suministro de sillas de coche para niños;</i> | <i>Los equipos, aparatos, dispositivos y artículos médicos, así como el material auxiliar y los equipos de protección médicos, incluidas las mascarillas de protección, destinados normalmente a ser utilizados en la atención sanitaria o por las personas con discapacidad, los bienes de primera necesidad para compensar y superar la discapacidad, así como la adaptación, reparación, alquiler y arrendamiento de dichos bienes;</i> |

Como primera aproximación, resulta evidente que esta modificación se aparta del concepto "personal y exclusivo" que, como hemos visto, acarrea una interpretación inevitablemente literal y restrictiva, alejada de sus propios fines, cuando los productos pudieran usarse, eventualmente, por personas sin discapacidad.

Por su parte, el texto del artículo 98 de la Directiva del IVA ha sido sustituido por el siguiente:

Artículo 98

1. Los Estados miembros podrán aplicar un máximo de dos tipos reducidos.

Los tipos reducidos se fijarán como un porcentaje de la base imponible, que no podrá ser inferior al 5 %, y se aplicarán únicamente a las entregas de bienes y a las prestaciones de servicios contempladas en el anexo III.

Los Estados miembros podrán aplicar los tipos reducidos a las entregas de bienes y las prestaciones de servicios enumeradas en un máximo de veinticuatro de los puntos del anexo III.

2. Además de los dos tipos reducidos mencionados en el apartado 1 del presente artículo, los Estados miembros podrán aplicar un tipo reducido inferior al mínimo del 5 % y una exención con derecho a deducción del IVA pagado en la fase anterior a las entregas de bienes y las prestaciones de servicios enumeradas en un máximo de siete de los puntos del anexo III.

El tipo reducido inferior al mínimo del 5 % y la exención con derecho a deducción del IVA pagado en la fase anterior solo podrán aplicarse a las entregas de bienes y prestaciones de servicios mencionadas en los puntos siguientes del anexo III:

a) puntos 1 a 6 y 10 quater;

b) cualquier otro punto del anexo III que se inscriba dentro de las opciones que se establecen en el artículo 105 bis, apartado 1.

A efectos del párrafo segundo, letra b), del presente apartado, las operaciones relativas a la vivienda a que se refiere el artículo 105 bis, apartado 1, párrafo segundo, se considerarán incluidas en el anexo III, punto 10.

Los Estados miembros que el 1 de enero de 2021 aplicaban tipos reducidos inferiores al mínimo del 5 %, o concedían exenciones con derecho a deducción del IVA pagado en la fase anterior, a las entregas de bienes y las prestaciones de servicios enumeradas en más de siete de los puntos del anexo III limitarán la aplicación de dichos tipos reducidos o la concesión de dichas exenciones para cumplir con lo dispuesto en el párrafo primero del presente apartado, a más tardar el 1 de enero de 2032 o la fecha de adopción del régimen definitivo contemplado en el artículo 402, en caso de que

esta fecha sea anterior. Los Estados miembros podrán determinar a qué entregas de bienes o prestaciones de servicios seguirán aplicando dichos tipos reducidos o concediendo tales exenciones.

3. Los tipos reducidos y las exenciones a que se refieren los apartados 1 y 2 del presente artículo no se aplicarán a los servicios prestados por vía electrónica, excepto a los enumerados en el anexo III, puntos 6, 7, 8 y 13.

4. Al aplicar los tipos reducidos y las exenciones previstos en la presente Directiva, los Estados miembros podrán utilizar la nomenclatura combinada o la clasificación estadística de productos por actividades, o ambas, con objeto de delimitar con exactitud cada una de dichas categorías.

De este modo, la Directiva del IVA habilita y da la posibilidad a los Estados Miembros para que puedan aplicar los siguientes tipos reducidos:

- Dos tipos que no podrán ser inferiores al 5 %, y que se aplicarán en un máximo de veinticuatro de las entregas de bienes y las prestaciones de servicios contempladas en el anexo III.

- Un tipo reducido inferior al mínimo del 5 % y una exención con derecho a deducción del IVA pagado en la fase anterior a las entregas de bienes y las prestaciones de servicios enumeradas en un máximo de siete de los puntos del anexo III.

Este tipo solo podrá aplicarse a las entregas de bienes y prestaciones de servicios mencionados en algunos puntos del anexo III, entre los que se encuentra el punto 4 que ahora nos interesa: “Los equipos, aparatos, dispositivos y artículos médicos, así como el material auxiliar y los equipos de protección médicos, incluidas las mascarillas de protección, destinados normalmente a ser utilizados en la atención sanitaria o por las personas con discapacidad, los bienes de primera necesidad para compensar y superar la discapacidad, así como la adaptación, reparación, alquiler y arrendamiento de dichos bienes”.

Nuevamente, queda patente la especial consideración que manifiesta el legislador comunitario hacia la discapacidad.

Cabe apuntar, como hemos tenido la oportunidad de señalar, que la principal amenaza de esta regulación es la limitación del número máximo de supuestos acogibles a

las distintas fórmulas de tipos reducidos, que puede generar conflictos de interés entre los sectores contemplados para entrar en la lista y para disfrutar del mejor tipo reducido posible.

En relación con los plazos de transposición de la misma, el artículo 3 de la Directiva 2022/542 recoge lo siguiente:

1. Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 31 de diciembre de 2024, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 1, puntos 1, 2, 5, 7, 12 por lo que respecta a la supresión del artículo 103 de la Directiva 2006/112/CE, y 20, y en el artículo 2.

Aplicarán dichas disposiciones a partir del 1 de enero de 2025.

Los Estados miembros podrán aplicar a partir del 1 de enero de 2025 las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas en relación con el anexo III, puntos 7 y 13 –en lo que respecta al acceso a la transmisión en directo de las manifestaciones o visitas que entren en el ámbito de aplicación de dichos puntos–, y punto 26, de la Directiva 2006/112/CE, enumerados en el anexo de la presente Directiva.

Tal y como puede apreciarse, no se establece ninguna referencia expresa al proceso de transposición relativo al apartado cuarto del anexo III de la Directiva del IVA, y esto se debe a que la aplicación de estos tipos mínimos supone una opción para los Estados miembros.

Es decir, la Directiva lo que da es la posibilidad a los Estados Miembros para que apliquen dichos tipos reducidos, en línea con la intención de ofrecer a los gobiernos más flexibilidad en los tipos que pueden aplicar.

En cualquier caso, no cabe duda alguna de que queda patente la vocación del legislador comunitario en lo que a la discapacidad se refiere, alejándose de unos términos en la redacción que tantos problemas estaban acarreado en el plano práctico.

7. CONSIDERACIONES FINALES

El sector de la discapacidad en España es un sector relevante desde el punto de vista demográfico al que los poderes públicos han de prestar especial atención, tal y como se recoge en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se prevé un amplio reconocimiento de los derechos de

estas personas y se articulan mecanismos para promoverlos y protegerlos de forma integral, con el objetivo de paliar su desventaja social. Además, en la misma se establecen los cauces para asegurar su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural.

Por ello, que los poderes públicos, de forma consolidada y de manera constante, deben tener en cuenta al citado colectivo en las nuevas normas y políticas adoptadas.

A este respecto, no puede obviarse el hecho de que, como se ha puesto de manifiesto y como el propio legislador ha venido teniendo en cuenta de forma constante, las personas con discapacidad y sus familias deben hacer frente a un sobrecoste económico derivado de las situaciones de discapacidad que merma de forma clara su capacidad económica y, por ende, contributiva.

De esta manera, cualquier planteamiento dirigido a variar la aplicación de los tipos impositivos relacionados con la discapacidad en un tributo como el IVA, que grava el consumo de bienes y servicios, ha de prestar especial atención a la situación económica de un colectivo que, ya de por sí, se ve afectado por la necesidad de hacer frente a esfuerzos económicos extraordinarios.

En virtud de lo hasta ahora expuesto, cabe concluir que, con la actual redacción de la Directiva del IVA, los bienes a los que se hace referencia en el apartado 4 del Anexo III –los equipos, aparatos, dispositivos y artículos médicos, así como el material auxiliar y los equipos de protección médicos, incluidas las mascarillas de protección, destinados normalmente a ser utilizados en la atención sanitaria o por las personas con discapacidad, los bienes de primera necesidad para compensar y superar la discapacidad, así como la adaptación, reparación, alquiler y arrendamiento de dichos bienes– podrían beneficiarse de una tributación a un tipo mínimo inferior al 5 %, o incluso de una exención con derecho a la deducción del IVA soportado; lo cual supondría un gran avance respecto a la situación actual de los bienes relacionados con la discapacidad, la cual quedó expuesta con anterioridad.

Esencialmente, y en base a dicha actualización de la redacción del Anexo III, se trata de buscar vías de mejora para algunas situaciones no satisfactorias que se experimentan en la práctica española del IVA, como es la relativa a la discapacidad que es objeto de este estudio.

Y es que, como ya expusimos previamente, es crucial el cambio de redacción que se recoge en la Directiva –bienes que resulten indispensables para compensar y superar la discapacidad siendo normalmente destinados al uso de las personas con discapaci-

dad— por lo que, a nuestro juicio, con dicha aclaración, queda clara la vocación del legislador comunitario y debería reducirse considerablemente la incertidumbre que se había generado en torno al concepto de “uso personal y exclusivo”.

Por ello, ya sea vía ley o vía interpretación, no puede perderse la oportunidad de solucionar la problemática vigente relativa a la discapacidad, luchando contra la amenaza (Cruz Amorós 2022, ya citado) de la limitación del número máximo de supuestos acogibles a los tipos reducidos, y haciéndose un merecido hueco en la lista para disfrutar del mejor tipo reducido posible.

Asimismo, procede recordar que la Administración debe hacer todo lo posible para interpretar su Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario, ya que la obligación de interpretación conforme no se limita únicamente a los órganos jurisdiccionales, sino que sus destinatarios son la totalidad de las autoridades nacionales.

En definitiva, y con base en la comentada actual redacción de la Directiva —que, no olvidemos, es la normativa raíz de nuestra Ley del IVA—, la Dirección General de Tributos también podría incorporar a sus criterios interpretativos, sobre el tratamiento en IVA de las entregas de bienes relacionados con la discapacidad, la finalidad subyacente al cambio de redacción acontecido en dicha Directiva.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTARES CONSULTING. *Estudio del agravio comparativo económico de las personas con discapacidad de ciudad de Barcelona. El sobreesfuerzo económico que origina la discapacidad*. Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona. Instituto Municipal de Personas con Discapacidad. Marzo, 2006.
- AÑÓN CALVETE, J. “Primacía del Derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 232/2015, de 5 de noviembre)”, *Noticias Jurídicas*. 23 de febrero de 2016.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York por la, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007.
- BELLIDO BARRIONUEVO, M. “La eficacia interpretativa de la Directiva comunitaria durante el periodo de transposición. El efecto anticipación de la Directiva en conexión con el efecto bloqueo”, *Cuadernos de Derecho Público*. ISSN 1138-2848, N.º 24, 2005, pp. 159-174.
- CERMI. *POSICIÓN DEL SECTOR DE LA DISCAPACIDAD ANTE UNA POSIBLE MODIFICACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO SEGÚN EL PLAN DE ACCIÓN DEL IVA PRESENTADO POR LA COMISIÓN EUROPEA Y LA NUEVA LEGISLATURA*. Octubre, 2016.

- CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL O DEL DESARROLLO (Plena Inclusión, antes FEAPS). *El sobreesfuerzo económico que la discapacidad intelectual o del desarrollo ocasiona en la familia en España 2014*. Enero, 2015.
- CRUZ AMORÓS, M. “Futuro pretérito del IVA”. 4 de enero de 2022, El Derecho.com.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D. “La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario europeo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, ISSN-e 0211-4267, Año 56, N.º 1921, 2002, p. 2337.
- UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID. *Estudio del agravio comparativo económico de las personas con discapacidad* (Jiménez Lara, A. y Huete García A., 2011, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad)
- UNIVERSIDAD DE SALAMANCA: *Pobreza, discapacidad y dependencia en España* (Braña Pino, F. J. y por Antón Pérez, J. I., 2011).

Elisa Jiménez Artacho

Abogada en ejercicio especializada en Derecho de la Discapacidad

De la Fuente, Gómez-Lacalle & Ruano Abogados

LA AUTOCURATELA EN LA LEY 8/2021*

SELFCURATORSHIP IN LAW 8/2021

SUMARIO: Introducción. –Capítulo I. La reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; 1. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 8/2021; 2. La capacidad jurídica y las medidas de apoyo; 3. El respeto por la voluntad, los deseos y preferencias de las personas con discapacidad. –Capítulo II. La autocuratela; 1. Consideraciones previas; 1.1. La curatela; 1.2. Antecedentes de la autocuratela; 2. La autocuratela; 2.1. Requisitos formales; 2.2. Disposiciones; 2.2.1. Referidas a la persona concreta del curador; 2.2.2. Disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela; 2.3. Sobre la capacidad para establecer la autocuratela. –Conclusiones. –Referencias bibliográficas.

RESUMEN

La Ley 8/2021, de 2 de junio reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta ley, que

* Recibido el 31 de marzo de 2023. Aprobado el 23 de junio de 2023.

viene a cumplir con las exigencias de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ha supuesto un cambio de paradigma en nuestro ordenamiento jurídico. En este trabajo se analiza la nueva ley a través de una de las principales medidas de apoyo voluntarias para el ejercicio de la capacidad jurídica: la autocratela.

ABSTRACT

Law 8/2021, of June 2, amends civil and procedural legislation to support persons with disabilities in their exercise of their legal capacity. This law, which intends to comply with the requirements of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, has meant a paradigm shift in our legal system. This paper analyzes the new law through one of the main voluntary support measures for the exercise of legal capacity: self-curatorship.

Palabras clave: Capacidad jurídica, personas con discapacidad, autocratela.

Keywords: legal capacity, persons with disabilities, selfcuratorship.

INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico existen diversas medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo han ido evolucionando y, de manera reciente, su normativa se ha visto afectada con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta reforma, que viene a cumplir con las exigencias de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad dada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ha conllevado una serie de cambios normativos de gran importancia en el día a día de las personas con discapacidad, en aquellos que ejercen sus medidas de apoyo y, en definitiva, en toda la sociedad.

Entre los diversos cambios normativos, las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria se erigen como unos de los principales instrumentos jurídicos para el cumplimiento de las exigencias de la Convención.

En este trabajo se ha querido realizar un análisis acerca de la reciente reforma legislativa centrándose en una de estas medidas voluntarias: la autocratela.

CAPÍTULO I. LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

1. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA LEY 8/2021

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, “CDPD” o “la Convención”), como su propio nombre indica, ha supuesto un hito trascendental en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. Su propósito, recogido en el primer párrafo del primer artículo de la misma, es el de *“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.”*

Los principios generales que rigen este Tratado, de acuerdo con su tercer artículo, son el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual (incluida la libertad de tomar las propias decisiones) y la independencia de las personas; la no discriminación; 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; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

La CDPD fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007¹ y, a partir de dicho momento, pasó a formar parte de nuestro ordenamiento interno de acuerdo con el artículo 96.1 de la Constitución Española de 1978² (en adelante, “CE”). Con la entrada en vigor de la Convención se da lugar a un cambio en el concepto de discapacidad, pasando a considerarse como una cuestión de derechos humanos y no únicamente como una preocupación en materia de bienestar social.

¹ La ratificación de la Convención por parte de España se publicó en el BOE el 21 de abril de 2008 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

² Artículo 96 de la CE: *“1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.*

Esta última premisa se pone de manifiesto en el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de nuestro Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010. Este informe, como propuesta de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención, pone el foco sobre el artículo 12 de la CDPD. Dicho artículo, bajo el rótulo de *“igual reconocimiento como persona ante la ley”*, establece el mandato de que los Estados Partes han de reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, debiendo proporcionar a las personas con discapacidad los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por todo ello, y en cumplimiento del propio artículo 10 de la CE relativo a la dignidad de la persona³, era necesario en España proceder al reemplazo de nuestro tradicional modelo de sustitución⁴ en la toma de decisiones de las personas con discapacidad por un modelo de apoyos.

Es en este contexto de cumplimiento de las exigencias de la Convención cuando se lleva a cabo la reforma de nuestra legislación civil y procesal a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica publicada en el Boletín Oficial del Estado el 3 de junio de 2021⁵.

³ Artículo 10.1 CE. *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

⁴ De manera histórica, el tratamiento de las personas con discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico ha tendido a sustituir las decisiones de las personas con discapacidad reemplazándolas por las de las personas que ejercían su representación.

⁵ Previamente a la Ley 8/2021 se llevaron a cabo otras reformas del ordenamiento jurídico español como consecuencia de la ratificación de España de la Convención, entre otras: la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal; la nueva legislación de jurisdicción voluntaria regulada en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, la cual fue modificada por la Ley 4/2017 en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones; Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones o la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

El considerando I del Preámbulo de la Ley 8/2021 pone de manifiesto la intención de cumplir con los mandatos de la CDPD brindando las salvaguardias adecuadas y efectivas en las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica que se establezcan, con el fin de impedir abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Tal y como se puede leer en el Preámbulo, el cual se extrae de las exigencias recogidas en el artículo 12.4 de la Convención, se establece que *“esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”*.

Esta reforma, pese a afectar principalmente a nuestro Código Civil (en adelante, “CC”), también produce modificaciones en la Ley del Notariado (en adelante, “LN”), la Ley Hipotecaria, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante “LEC”), la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante “LRC”), y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante “LJV”).

Con la Ley 8/2021 se sientan las bases de un nuevo sistema en el que prima el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad quienes serán, como regla general, las encargadas de tomar sus propias decisiones.

2. LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LAS MEDIDAS DE APOYO

La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y, a su vez, la capacidad de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)⁶. Es un derecho inherente reconocido a todas las personas.

El punto 8 de la Observación General N.º 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2014⁷ pone de manifiesto el hecho de que esta capaci-

⁶ Punto 12. Observación General N.º 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2014.

⁷ CRPD/C/GC/1.

dad ha sido negada de forma discriminatoria a muchos grupos a lo largo de la historia, como a las mujeres, las minorías étnicas y a las personas con discapacidad. Este último grupo continúa siendo el grupo al que de manera más común se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El Comité establece que *“el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (...)”*.

Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones constituyen el elemento principal de la reforma legislativa. Gracias a estas medidas de apoyo se consigue cumplir de manera efectiva con el igual reconocimiento como personas ante la ley recogido en el artículo 12 de la Convención.

Tal y como hace referencia en su punto 17 la Observación General de 2014, los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica son un término amplio que engloba arreglos tanto oficiales como officiosos, de distintos tipos e intensidades. Son medidas de apoyo actuaciones que van desde medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad⁸, el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, el consejo o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. En aquellas situaciones excepcionales en las que el apoyo no pueda proporcionarse de otro modo, y únicamente ante esa situación de imposibilidad, el apoyo puede concretarse en la representación en la toma de decisiones. Son beneficiarios de las medidas de apoyo cualquier persona que las necesite, independientemente de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo.

En cuanto a la regulación concreta de las medidas de apoyo en nuestro ordenamiento interno, tras la Ley 8/2021 estas se encuentran recogidas en el Título XI de nuestro Código Civil. El artículo 249 CC establece que el fin de las mismas es permitir el desarrollo pleno de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones

⁸ La Observación General hace referencia, como ejemplo, a que una medida de apoyo en este sentido es la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales.

de igualdad de quien las precise. La función de quien ejerza las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias (art. 250 CC).

Del artículo 250 CC extraemos una clasificación de las medidas en tres tipos:

1. De naturaleza voluntaria: cualquiera establecida por la persona con discapacidad. Entre ellas están los poderes y mandatos preventivos y la posibilidad de la autocratela.
2. Informales: la guarda de hecho.
3. Formales o judiciales: en esta clase se encuentran la figura de la curatela y el defensor judicial. Estas medidas únicamente procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona a la que se le van a prestar los apoyos⁹.

3. EL RESPETO POR LA VOLUNTAD, LOS DESEOS Y PREFERENCIAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El espíritu de la reforma se resume, sin duda, en el “respeto por la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad”. Con el cumplimiento de este principio se lleva a cabo el cambio de paradigma de la predominante sustitución en la toma de decisiones de la persona, al respeto de su voluntad, deseos y preferencias cumpliendo así con los mandatos de la Convención.

Guilarte Martín-Calero (2021, p-515) recuerda que dicho principio no solo se erige en canon interpretativo y limita la actuación de las medidas de apoyo, sino que vertebra todo el sistema, de suerte que la autodeterminación constituye la fuente principal y preferente de las medidas de apoyo y, sólo en defecto de ésta, procede la articulación de las medidas legales o judiciales.

Partiendo de esta premisa, nuestro ordenamiento reconoce que la persona con discapacidad ha de ser la encargada, como regla general, de tomar sus propias decisiones, y las medidas de apoyo que se establezcan atenderán a sus verdaderas necesidades y a lo que ella misma quiera realmente. Por ello, tal y como nos dice la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación ha otorgado preferencia a las medidas voluntarias, que son las que pueden tomar la propia persona con discapacidad.

⁹ Art 249 párrafo primero CC.

En el ejercicio de las medidas de apoyo, sea cual sea su origen, se ha de velar por que no se produzcan conflicto de intereses ni influencias indebidas y, dado que no puede haber medidas de carácter universal, estas han de ser proporcionales y adecuadas a las circunstancias de cada persona.

La reforma no es ajena a que, en ocasiones, no se puede determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que le van a ser proporcionados los apoyos pese a haberse hecho un esfuerzo considerable. En estos casos se permitirá, de manera excepcional, que las medidas de apoyo incluyan funciones representativas en cuyo ejercicio se deberán tener en cuenta la trayectoria vital de las personas, sus creencias, valores, así como los factores que la persona hubiera tomado en consideración con el fin de tomar la decisión que la persona habría adoptado en caso de no requerir representación (art. 249 CC).

CAPÍTULO II. LA AUTOCURATELA

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1. La curatela

Para poder entender la autocuratela hemos de realizar una serie de consideraciones previas al respecto de la figura de la curatela tras la reforma operada por la Ley 8/2021.

La reforma suprime la incapacitación como un estado civil determinado por un juez mediante una sentencia que establecía que una persona no podía valerse por sí misma. Con esta supresión desaparece la tutela de las personas con discapacidad (Fernández-Tresguerres García, A, 2021, p. 121). Con ello, la curatela pasa a ser, en palabras de la Ley 8/2021, la principal medida de apoyo de origen judicial para el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad y, a su vez, la institución objeto de una regulación más detenida¹⁰.

Hallamos su definición exacta en el artículo 250 del CC: *“La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía*

¹⁰ Tras la Ley 8/2021, la regulación concreta de la curatela se encuentra en el Capítulo IV del Título XI del CC, abarcando desde el artículo 268 al 294. Previamente a la reforma, la curatela se encontraba en el Capítulo III Título IX, artículos 286 a 298 (parte de los cuales se encontraban derogados por la Ley 13/1093, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela).

con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.” Es, de manera primordial, una medida de apoyo de naturaleza asistencial a la que la autoridad judicial, en los casos en los que sea preciso y únicamente de manera excepcional, puede atribuir funciones representativas.

Ha de tenerse en cuenta que la curatela solo puede llegar a existir cuando no se esté ejercitando ya de manera suficiente y eficaz una medida de apoyo para la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, ya sea de carácter voluntario o no. Es sumamente importante ser conscientes de la característica de la subsidiariedad de esta figura, ya que podemos caer en el equívoco de pensar que siempre procede la constitución de una curatela una vez la persona con discapacidad haya cumplido la mayoría de edad ya que deja de estar amparado por la patria potestad de sus padres. Sin embargo, en muchos casos no será necesario constituir una curatela, sino que se podrá continuar proporcionando los apoyos como hasta entonces de manera suficiente e informal (lo que pasaría a considerarse una guarda de hecho). Todo ello dependerá del grado de necesidad en el apoyo de su capacidad jurídica que tenga la persona, lo cual denota la exigencia de tratar cada caso de manera individualizada para poder establecer los apoyos de manera efectiva.

En conclusión, la curatela es, por tanto, una medida estable de apoyo de carácter subsidiario que se caracteriza por su adaptación a las circunstancias concretas de cada persona y que ha de ejercitarse siempre bajo la atención de la voluntad, deseos y preferencias de la persona que la necesite.

1.2. Antecedentes de la autocuratela

El antecedente de la autocuratela lo encontramos en la figura de la autotutela, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Los artículos 9.1 y 9.2 de esta Ley modificaron la redacción de los artículos 223 y 234 de nuestro CC introduciendo esta figura de la siguiente manera:

Artículo 223.2: *“cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.”*

Artículo 234: *“Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.”*

A partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, la tutela queda suprimida para las personas mayores de edad y, con ello, desaparece la figura de la autotutela. En su lugar aparece una figura semejante a la anterior, pero, esta vez, alineada con los considerandos de la Convención: la autocuratela.

En cuanto a las previsiones de autotutela que hayan sido adoptadas de acuerdo con la regulación anterior, de acuerdo con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 8/2021, se entenderán referidas a la autocuratela rigiéndose por la nueva ley.

2. LA AUTOCURATELA

Esta figura se encuentra regulada en el CC en su Título XI titulado “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”, Capítulo IV de la Curatela, Sección 2.^a de la autocuratela y nombramiento del curador, la subsección 1.^a, artículos del 271 al 274.

El artículo 271 del CC regula la posibilidad de que cualquier persona, siempre y cuando sea mayor de edad o menor emancipada, previendo que en un futuro puedan concurrir circunstancias que le dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás (por ejemplo, una enfermedad neurodegenerativa), pueda establecer una autocuratela. Ello le brinda a la persona la posibilidad de configurar su futura curatela de manera que se tenga en cuenta sus preferencias concretas y detalladas en caso de que sea necesaria: nombrando a quien quiere o no quiere que sea el curador, estableciendo normas bajo las cuales se quiera que se lleve a cabo la curatela, o decidiendo las medidas de vigilancia y control que quiere que se apliquen.

Así, en palabras de De Amunátegui Rodríguez (2019, p. 136), la autocuratela se concibe como “*una declaración de voluntad del sujeto, dirigida a disciplinar, en la medida de lo posible, el diseño de su propia protección en el caso de que se adopte una medida judicial al respecto atendiendo a sus preferencias*”. A través de ella será la propia persona la que diseñe su propio “*traje a medida*” futuro con toda la exhaustividad que desee.

Este instrumento jurídico se encuentra alineado con el espíritu y las disposiciones de la Convención y con las exigencias expuestas en la Observación General de 2014: “*Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. Todas las personas con discapacidad tienen el derecho de planificar anticipadamente, y se les debe dar la oportunidad de hacerlo en*

condiciones de igualdad con las demás. Los Estados partes pueden ofrecer diversas formas de mecanismos de planificación anticipada para tener en cuenta las distintas preferencias, pero todas las opciones deben estar exentas de discriminación. Debe prestarse apoyo a la persona que así lo desee para llevar a cabo un proceso de planificación anticipada.” A su vez, cumple con el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el artículo 10 CE. De acuerdo con estas necesidades la Ley 8/2021 ha otorgado una especial importancia a las medidas voluntarias de apoyo; entre las que encontramos la autocuratela y los poderes y mandatos preventivos.

Las características que delimitan jurídicamente la autocuratela se encuentran recopiladas de manera detallada en el Fundamento de Derecho Tercero, 3.3, de la Sentencia núm. 734/2021 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre: es un negocio jurídico de derecho de familia de carácter unilateral puesto que proviene de la voluntad del otorgante, sin necesidad de concordarla con la propia de la persona designada al tiempo de su otorgamiento; personalísimo dado que pertenece exclusivamente a la esfera dispositiva de la persona interesada que la ejerce; inter vivos en tanto en cuanto desencadena sus efectos en la vida de la persona con discapacidad; solemne dado que su validez precisa de que su voluntad se manifieste en escritura pública notarial; vincula al juez al proceder al nombramiento del curador en los términos del artículo 272 CC; revocable; inscribible en el registro civil y, por último, las facultades de la persona interesada no se limitan a la designación de curador sino que se contemplan las opción de establecer las disposiciones que se consideren oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo¹¹.

2.1. Requisitos formales

La validez de la autocuratela queda condicionada a que esta voluntad se recoja en escritura pública notarial (art. 271 CC), la cual deberá inscribirse en el Registro Civil (art. 300 CC; art. 4.10 y art. 77 de la LRC considerándose estos datos como especialmente protegidos (art. 83.1.b LRC). Será el notario el que deberá dar fe de que, a su juicio, el otorgante tiene “capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido

¹¹ Para un análisis más pormenorizado de estas características, Langelaan Osset, F. “Algunas consideraciones sobre discapacidad extrema y autocuratela en el actual sistema de apoyos a la discapacidad” en Moreno Flórez, R. (Dir) *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. Madrid: DYKINSON, 2022, p. 173-175.

¹² Se analizará con mayor detenimiento la cuestión de la capacidad para otorgar este documento en el apartado 2.3 de este trabajo.

libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes” (art. 17 bis 2.a LN). El documento que recoja la autotutela se tendrá en cuenta en un futuro para constituir la tutela, que ha de ser necesariamente establecida por la autoridad judicial¹³.

Esta escritura pública, dado que recoge la libre voluntad, deseos y preferencias de la persona, puede contemplar todo tipo de nombramientos o normas. Este documento y todas las designaciones que en él se contemplen, dado que dependen únicamente de la libre voluntad del interesado, son modificables, sustituibles y revocables.

2.2. Disposiciones

A continuación, y sin ánimo de ser exhaustivos, procederemos a analizar distintas disposiciones que puede contemplar el documento de la autotutela de acuerdo con el artículo 271 CC, no estando sin embargo limitadas estas disposiciones únicamente a las que en este documento se enumeran. Identificamos dos tipos de disposiciones principales: las relativas a la persona concreta del curador, y sobre el funcionamiento y contenido de la tutela.

2.2.1. Referidas a la persona concreta del curador

El curador será aquel que ejerza la medida de apoyo de carácter estable que es la tutela. En el documento público que establezca la autotutela, al respecto del curador, se pueden establecer disposiciones como:

- **El nombramiento o exclusión de una o varias personas que determinemos para el ejercicio de la función de curador.**

Mediante la autotutela se puede nombrar a la persona que se desea que ejerza dicha medida en un futuro o a quienes se quieran excluir de manera expresa en cuanto a la posibilidad de que ejerzan dicho cargo (art. 271.1 CC), ya sean personas físicas o jurídicas. Pese a que lo usual es que única-

¹³ Para la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, entre las que se encuentra la tutela, se ha de acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria, el cual se rige según lo dispuesto en los arts. 42 bis a) y siguientes de la LJV. A los expedientes relativos a la tutela le es de aplicación de manera concreta lo dispuesto en los arts. 44 a 51 bis LJV. En el supuesto de que sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria incoado se haya formulado oposición o bien no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo pasará a resolverse mediante juicio contradictorio según lo dispuesto en los arts. 756 y siguientes de la LEC.

mente una persona ejerza el cargo de curador, se podrá nombrar a más de una persona para que ejerzan simultáneamente la curatela, incluso nombrar, por ejemplo, un curador para que ejerza su función el ámbito personal y otra para el ámbito patrimonial (art 277 CC), todo ello si las necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican.

No se han de justificar las razones por las que se designa a un curador, y estas pueden ser de cualquier tipo: amistad, confianza, cercanía, parentesco, etc.; por ende, tampoco hay que justificar los motivos que llevan a excluir de manera específica a una persona como futura curadora. A pesar de que no sea obligatorio justificar estas razones, sí que es conveniente, dado que será de utilidad para que en el futuro se puedan tener en cuenta con mayor certeza nuestra voluntad, deseos y preferencias y que ayude a solventar ciertos problemas que puedan surgir a la hora de establecer la curatela por parte de la autoridad judicial.

Tal y como mencionábamos anteriormente, una de las notas características de este instrumento jurídico es la unilateralidad, la cual deriva del hecho de que la designación de curador es válida sin que sea necesario contar con la voluntad de la propia persona a la que se designa, la cual no estará obligada a ejercitar el cargo, sino que posteriormente podrá, en el momento oportuno, o bien presentar las excusas o renunciaciones pertinentes en su caso, o bien proceder a aceptar el cargo.

- La delegación en otra persona de la elección de curador

El art. 274 CC establece: “Se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada”.

De este breve artículo caben dos interpretaciones distintas:

1. Considerar que tanto el cónyuge como la persona distinta del cónyuge pueden hacer la elección únicamente entre las personas previamente establecidas en la escritura pública de autocratela¹⁴. Esta interpretación refrenda el carácter personalísimo de la declaración de la autocratela,

¹⁴A favor de esta interpretación, entre otros, De Salas Murillo, S. (2021, p. 738) y Langelaan Osset, F. (2021, p. 173-174).

ya que solo se delega la elección entre una enumeración ya hecha y acotada por la persona interesada. De Salas Murillo (2021, p. 738) hace referencia a que el único sentido de la mención expresa al cónyuge parece ser el de resaltar que la relación de confianza propia del vínculo conyugal es el motivo por el que se delega esa facultad.

2. Entender que el cónyuge tiene la facultad de designar a cualquier persona y que, si se delega la elección en alguien distinto del cónyuge, éste sólo puede designar a alguno de los relacionados en la escritura pública¹⁵. Hijas Cid (2021) fundamenta que esta interpretación atiende al principio de interpretar las palabras empleadas por el legislador “*en el sentido más adecuado para que produzcan efecto*”, como propone el art. 1284 CC para la interpretación de los contratos entendiendo que, si la norma hubiese querido decir que el cónyuge sólo puede elegir entre los designados en la escritura, este habría hecho una referencia general a “*cualquier persona*” y, dado que no lo hace, está atribuyendo más facultades al cónyuge para su elección.

- **Nombramiento de sustitutos al curador.**

El artículo 273 CC establece que en la autotutela se puede proponer el nombramiento de sustitutos concretando o no el orden de sustitución. En caso de carecer de orden establecido y de haberse propuesto varios curadores en el mismo documento, se atenderá al propuesto en primer lugar. Este artículo continúa haciendo referencia a que se preferirá en todo caso el orden propuesto en documento posterior; sin embargo, esta última mención, en mi opinión, no era necesaria dado que, al igual que en el caso de los testamentos constituidos en documento público, se podrán otorgar tantas escrituras públicas de autotutela como la persona quiera, en las cuales, en caso de ser contradictorias, prevalecerán la disposiciones establecidas en documento posterior.

Tal y como pone de manifiesto Moro Almaraz (2022, p. 411), dado que son muchas las circunstancias que pueden concurrir cuando pasa un tiempo prolongado entre la disposición de la autotutela y el momento en que debe ser constituida, el nombramiento de sustitutos puede facilitar el seguir la voluntad del disponente. De esta manera, pese a que hayan pasado muchos

¹⁵A favor de esta interpretación, entre otros, Lora-Tamayo Rodríguez, I. (2021, p. 81); Hijas Cid, E. (2021).

años y muchas circunstancias que obviamente no pudieron ser previstas, por muy completo que sea el documento de medidas voluntarias, la figura del sustituto potencia la aplicación y la utilidad de la autocratela.

El artículo 276 CC establece que la autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto por la persona que precise el apoyo o en quien ésta haya delegado *“salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 272. La autoridad judicial estará también a lo dispuesto en el artículo 275.”*

El artículo 272 CC hace referencia a la facultad de que la autoridad judicial prescindiera de las disposiciones voluntarias que la persona estableció en su momento si existen circunstancias graves que fuesen desconocidas por la persona, que se dé una alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones. Entraremos a analizar este artículo en mayor profundidad más adelante¹⁶, dado que es aplicable a todas las disposiciones voluntarias y no solo al nombramiento o exclusión de una persona como futuro curador.

Por su parte, el artículo 275 CC establece el régimen de compatibilidad para ser nombrado curador, determinando que pueden ser curadores todas aquellas personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función. Además, pueden ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, ya sean públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

El apartado 2 de dicho artículo recoge que no pueden ser curadores: *“1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2.º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.”*

Por su parte, el apartado 3 de este artículo establece que la autoridad judicial únicamente podrá nombrar como curador en circunstancias excepcionales y debidamente motivadas: *“1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento*

¹⁶ Páginas 28 y 29.

concurzal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.”

Al respecto de las limitaciones establecidas en los apartados 2 y 3 del artículo 275 CC y la aplicación de las mismas si el interesado ha manifestado lo contrario, la doctrina no es pacífica:

Lora Tamayo (2021, p. 86) considera que, si las circunstancias del artículo 275.2 (2.º y 3.ª) las conocía perfectamente la persona que nombró al curador, el juez no podrá prescindir del nombramiento. A su vez, considera que si llegamos a la conclusión de que las incapacidades recogidas en el apartado 275.2, que en principio son absolutas, pueden ser salvadas por la voluntad de la persona que necesita apoyo; con más razón es posible que se puedan salvar las circunstancias recogidas en el apartado 275.3, si dichas circunstancias han sido previstas y tenidas en cuenta por el interesado. El autor refiere que en ambos casos sería importante que en la misma escritura de la autocuratela se salvara por el otorgante la incapacidad del nombrado curador.

De Salas Murillo (2021, p. 745) considera que únicamente serían dispensables en su caso las del artículo 275.3. Refiere que, siendo alguna de estas circunstancias conocidas por el otorgante, se podrían aludir a ellas para justificar esta dispensa; pero que a pesar de ello, en última instancia todo dependerá de la decisión del juez, el cual tomará como criterio el que sean personas “*aptas para el adecuado desempeño de su función*”, de acuerdo con el artículo 275.1.

Por otra parte, el apartado 8 del artículo 250 CC dispone que “*No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, pres-ten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.*” Esta disposición, de carácter preventivo, tiene como fin evitar un eventual conflicto de intereses o influencia indebida¹⁷ (art. 250.7 CC) para así poder respetar de manera adecuada verdaderos deseos, voluntad y preferencias de la persona a la que se le están siendo prestados los apoyos, ya sea mediante la curatela u otra figura.

¹⁷ El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General de 2014, en su apartado 22 considera que hay influencia indebida “*cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación*”.

En el caso concreto de la autocratela, Moro Almazar (2021, p. 406) considera que cabe defender que, tanto la imposibilidad del artículo 250, como las causas de inhabilidad del art. 275 CC, rigen con carácter supletorio: *“En el contexto general de la regulación del Código Civil de prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad, el régimen de la curatela rige con carácter supletorio, y lo que prima son las disposiciones del interesado manifestadas en el documento de la autocratela. El disponente podrá nombrar curador a alguna de las personas que lo cuidan en virtud de una relación contractual remunerada, al igual que podrá nombrarlo cuando exista una causa de inhabilidad para ser curador (art 275.2 y 275.3 CC), si conoce esas circunstancias y decide dispensarle. Otra cosa es la conveniencia u oportunidad en cada caso concreto que deberá ser analizado en detalle con el notario autorizado para tomar la decisión.”*

Siguiendo con la regulación sobre el curador, el artículo 276 CC establece un orden de preferencia que deberá cumplirse en defecto de la propuesta de la persona que necesite los apoyos: *“1.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo. 2.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo. 3.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo. 4.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público. 5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho. 6.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela. 7.º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior.”* Este orden podrá alterarse por la autoridad judicial una vez oída a la persona que precise la curatela. Si habiendo oído a la persona no resulta clara su voluntad, la autoridad está facultada para alterar el orden legal nombrando a la persona que resulte más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.

Entiendo que la enumeración citada habrá de ser tenida en cuenta, no únicamente en defecto de propuesta por parte de la persona que establezca la autocratela, sino también en aquellos casos en los que las propuestas de la persona devengan imposibles por circunstancias contempladas en los artículos 272 y 275.

2.2.2. Disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela

En el ejercicio de la curatela no solo se ha de prestar el apoyo estrictamente necesario, sino que el curador se encuentra obligado a ayudar a promover y fomentar –hasta donde le sea posible– las aptitudes de la persona con el fin de que pueda ejercer su ca-

pacidad con menor apoyo en un futuro (arts. 249.2 y 282.5 CC). Independientemente de las disposiciones que se establezcan en el documento que regule esta medida de apoyo, las cuales deberán ser respetadas salvo aquellas que determine por resolución motivada la autoridad judicial, la curatela se deberá ejercitar de modo que no coarte las decisiones de la persona que necesita los apoyos, sino de manera que fomente su libertad y autonomía y, por supuesto, de manera que respete su voluntad, deseos y preferencias. Este modo de ejercer la curatela da cumplimiento a lo establecido en el artículo 19 CDPD relativo al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

El curador deberá actuar de acuerdo con el principio de intervención mínima o mínima intromisión en el ejercicio de los derechos de la persona a la que presta los apoyos: la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica y puede realizar por sí sola todos los actos que, de acuerdo con lo previsto en la correspondiente resolución judicial (auto o sentencia), no requieran de asistencia, o en su caso, representación por parte del prestador de apoyo (Vivas Tesón I, 2022 pp. 504).

El artículo 271.2 CC regula que, además de las disposiciones relativas al curador, en el documento de la autocuratela se pueden establecer reglas que guíen el ejercicio de la curatela o mandatos directos que exijan cómo se quiere que se lleven a cabo ciertas actuaciones, tanto relativas a aspectos personales como patrimoniales. Entre ellos podemos establecer:

- **Alcance de la curatela.**

En la escritura pública se podrá proponer por aquél que la constituya una curatela de tipo asistencial, representativa o mixta (asistencial para unos actos y representativa para otros).

- **Disposiciones relativas al cuidado de la persona.**

El interesado puede detallar con la extensión y exhaustividad que quiera cada aspecto de la autocuratela. Se pueden establecer disposiciones en las que se disponga que únicamente se desea contar con el consejo y acompañamiento para determinadas cuestiones, el deseo de que se le apoye con función representativa en otros actos, o meras indicaciones en las que se deje por escrito sus preferencias como, por ejemplo, el lugar donde desea vivir y con quién.

- **Medidas de vigilancia y control.**

Las medidas de apoyo no pueden ser perpetuas o inmutables en el tiempo, puesto que la discapacidad no es un estado permanente sino una realidad dinámica, circunstancial y cambiante, por ello deben revisarse cada cierto tiempo (Vivas Tesón, 2022, p. 509).

El interesado puede establecer mecanismos de vigilancia y control de la propia medida de apoyo, tales como el tiempo en el que le gustaría que se produjese la revisión de la curatela. En caso de no haberse establecido otro plazo, el artículo 268 CC dispone que las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años salvo que, de manera excepcional y motivada, se establezca un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. A su vez, el artículo 268 CC contempla que, en aquellos casos en los que se dé un cambio en la situación de las personas que pueda requerir una modificación de las medidas, se procederá a la revisión de estas.

La revisión de la curatela podrá conllevar su extinción ante el cambio de las circunstancias que hacían necesario el apoyo, un cambio en la intensidad del apoyo fijado que haga que sea más conveniente realizar cambios en la medida inicialmente acordada, o una sustitución en la persona o personas que ejerciten los apoyos.

Estas medidas cumplen con el artículo 12.4 de la Convención que exige que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica *“se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.*

Además de medidas de vigilancia y control a la propia medida de apoyo en carácter general, el CC establece la exigencia de contar con una medida de control como lo es la autorización judicial para los actos concretos que determine la resolución judicial que establezca la curatela y, en todo caso, para los desarrollados en el artículo 287 CC:

“1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

2.º *Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.*

3.º *Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.*

4.º *Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.*

5.º *Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.*

6.º *Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.*

7.º *Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.*

8.º *Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.*

9.º *Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.”*

Tal y como podemos apreciar, los actos que requieren de autorización judicial son aquellos que conllevan una trascendencia personal, familiar o patrimonial.

Se nos plantea la duda de si como medida de vigilancia y control establecida por el interesado se puede absolver mediante la autocuratela de la necesidad de contar con autorización judicial para determinados actos.

Moro Almazar (2022, p. 413) defiende que en el documento de la autocuratela cabe que el interesado pueda excluir la necesidad de autorización judicial para todos los actos del artículo 287 CC, siendo ello una manifestación del respeto a su voluntad, deseos y preferencias, y una agilización de la llevanza de la curatela representativa.

- **Reglas de administración y disposición de bienes.**

Tal y como acabamos de indicar en el punto anterior, los actos del curador que suponen la administración y disposiciones de ciertos bienes de la persona con discapacidad requieren en su mayoría de autorización judicial. La dispensa de esta autorización en la esfera patrimonial es una cuestión controvertida.

Hijas Cid (2021) recoge la fundamentación de las distintas argumentaciones: la postura en contra de esta dispensa se apoya en la tramitación parlamentaria de la ley, en la que se propuso la sustitución de la autorización judicial para los casos enumerados en la ley por un consejo de apoyo, proposición que finalmente fue rechazada; por otra parte, la postura a favor encuentra apoyo en los principios inspiradores de la nueva ley entre los que se encuentra el principio de preferencia de los apoyos voluntarios sobre los judiciales y en la analogía con la nueva regulación de los poderes preventivos y a la referencia del artículo 259 CC que establece que el apoderado quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder “*salvo que el poderdante haya determinado otra cosa*”. *A esta postura a favor el autor añade la argumentación de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de julio de 2013*¹⁸: “*la Resolución... permitió a la persona que dispone de bienes a título gratuito a favor de un menor e incapacitado (perdón por el término) nombrar administrador, el cual quedará sujeto a las reglas de administración establecidas por el disponente, pudiendo éste dispensar al administrador de la autorización judicial exigible para la enajenación de los*

¹⁸ Resolución de 12 de julio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Gandía n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de dación en pago de deuda.

bienes inmuebles de menores, con arreglo al artículo 166 del Código (o, en su caso, los antiguos arts. 271 y 272 CC). En sede de autocratela, es de pura lógica que, si la exoneración la puede hacer el que dispone de bienes a título gratuito, con más razón podrá hacerla el que organiza su propia discapacidad con relación a su propio patrimonio.”

- **Régimen de retribución de la persona que vaya a ejercer como curador.**

Independientemente de la retribución que el interesado pueda fijar a favor del curador, el artículo 281 CC contempla el derecho del curador a percibir una retribución siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función. La autoridad judicial deberá ser quien fije su importe y el modo de percibirlo de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 LJV, teniendo en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes de la persona que precisa los apoyos.

- **Obligación o dispensa de hacer inventario.**

El curador con facultades representativas estará obligado a realizar inventario de los bienes de la persona a la que va a prestar el apoyo dentro del plazo de setenta días que empiezan a contarse desde la toma de posesión del cargo (art. 285 CC). Sin embargo, esta obligación puede ser dispensada en la escritura de autocratela.

- **Exclusión de las prohibiciones del artículo 251 CC.**

El artículo 251 establece la prohibición a quien desempeñe alguna medida de apoyo de:

“1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.

2.º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.”

El último párrafo de este artículo contempla que dichas prohibiciones no resultan de aplicación en las medidas de apoyo voluntarias cuando se excluya de manera expresa en el documento de constitución de las medidas. Por tanto, la escritura pública por la cual se constituye la autocuratela puede absolver al curador de estas prohibiciones.

En definitiva, la autocuratela será aquel documento público en el que dejemos fijadas y establecidas nuestra voluntad, deseos y preferencias con toda la extensión y exhaustividad que queramos, y que será tomada en cuenta para establecer nuestra futura curatela en caso de ser necesitada.

La intervención judicial en la autocuratela es limitada, ya que deberá adoptar únicamente medidas supletorias o complementarias a las dispuestas por el interesado, pero siempre conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad y teniendo en cuenta los deseos y preferencias de la persona que precise el apoyo.

El artículo 272 CC establece que todas las disposiciones voluntarias serán vinculantes para la autoridad judicial con la excepción de que existan circunstancias graves que no conociéramos en el momento de establecer la autocuratela, o si las causas por las presumiblemente la establecimos de esa manera hubiesen cambiado de manera radical (por ejemplo, en cuanto a la persona que propusimos como curador).

A la hora de decidir si prescindir o tener en cuenta lo establecido en la autocuratela la autoridad judicial ha de tener presente en todo momento que el criterio del “interés superior” de la persona con discapacidad ha sido sustituido por el de “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias” (Observación General N.º 1 2014, apartado 22). Por lo tanto, únicamente se podrá distanciar de lo dispuesto por el otorgante si concurren las causas del artículo 272 y no cuando considere que la voluntad del disponente no es la más acertada.

Estos cambios de circunstancias o nuevos hechos podrán ser puestos de manifiesto por las personas llamadas por ley a ejercer la curatela por el Ministerio Fiscal o se podrá apreciar de oficio. En el caso de que la autoridad judicial prescinda de las disposiciones voluntarias establecidas, siempre deberá hacerlo mediante resolución motivada.

En este sentido y para alejarse de la voluntad del disponente, se deberá atener a los resultados de las pruebas legalmente exigibles, a saber, informe médico, audiencia de los familiares más próximos, reconocimiento personal judicial y juicio notarial de capacidad entre otros medios probatorios, para comprobar la voluntad expresada (Langelaan Osset, 2022, p. 177)

Con todo ello, hemos de tener presente que, tal y como indicamos al principio del trabajo, la curatela es una medida de apoyo de origen legal que se aplica en defecto o como complemento de las medidas de apoyo voluntarias y de la guarda de hecho. Por tanto, el hecho de que otorguemos una escritura pública de autocuratela no significa que vaya a establecerse en todo caso en un futuro.

2.3. Sobre la capacidad para establecer la autocuratela

El notario realizará un juicio de capacidad de hecho previo de los comparecientes para que se pueda autorizar el otorgamiento pretendido.

Lora Tamayo (2022) considera que el juicio sobre la capacidad de los otorgantes, tengan o no discapacidad, necesita ser reelaborado conforme al artículo 12 de la Convención: *“el juicio sobre la capacidad de los otorgantes, sean o no personas discapacitadas, necesita ser reelaborado, ya que actualmente el juicio del notario afirmando la capacidad sin más, no añade nada, sería como decir que los comparecientes son personas o tienen personalidad jurídica. Lo esencial es la apreciación por el notario si el compareciente libre y voluntariamente puede ejercitar en ese momento y para ese otorgamiento concreto su capacidad jurídica”*. Estas afirmaciones se encuentran en línea con la Circular Informativa 2/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre¹⁹, en la que se manifiesta la necesidad de abandonar las expresiones de “capacidad legal necesaria o suficiente” que se venía utilizando, para sustituirlas por otras como *“Tienen, a mi juicio, capacidad para el otorgamiento de este instrumento público.”* o *“A mi juicio, ejerce su capacidad jurídica mediante su decisión de otorgar esta escritura pública de...”*. En todo caso, es deber del notario facilitar los apoyos que la persona necesite y que estén en su mano proporcionar para que se pueda otorgar el documento.

En cuanto a la posible concurrencia de circunstancias que puedan dificultar al interesado el ejercicio de su capacidad jurídica a la hora de otorgar el documento de la autocuratela:

El artículo 271 CC, con respecto de la constitución de la autocuratela, establece: *“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica*

¹⁹ Circular Informativa 2/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.”

Por otra parte, el artículo 255 CC, el cual hace referencia a las medidas voluntarias de apoyo establecidas por la persona con discapacidad de manera general dispone que: *“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.”*

Lora-Tamayo (2021, p. 80) destaca la omisión de la palabra “apreciación” en el artículo 271 CC, contemplando únicamente la previsión de circunstancias que afectarían en un futuro, lo que podría hacernos pensar que, si la persona tiene discapacidad en el momento de proponer la curatela, no podría llevar a cabo este acto. El autor destaca que esta interpretación sería, sin embargo, contraria a la Convención y a la intención del legislador, pareciendo claro por tanto que lo esencial es tener capacidad natural en el momento de otorgar la escritura, y que no habría inconveniente en el caso de que la persona tuviese discapacidad siempre y cuando esta no le prive de la capacidad natural para el otorgamiento.

Hijas Cid (2021) opina que, admitiendo la posibilidad de que la persona que otorgue la escritura de autocratela necesite contar con algún apoyo, éste debería consistir en la asistencia prestada por el propio notario o por una institución que no resulte designada como curador en el mismo instrumento, dado que lo contrario llevaría a conflicto de intereses y a no cumplir con la función de salvaguardia, garantía y respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que inspiran el texto legal.

En todo caso, en este punto será el Notario el que decida si efectivamente se puede o no establecer esta medida voluntaria de apoyo en función de las circunstancias concretas que se den en cada caso.

CONCLUSIONES

Tal y como recoge el Preámbulo de la Ley 8/2021, con esta reforma no se lleva a cabo un simple cambio de los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino que con ella se produce una corrección en el enfoque de la realidad: las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones y ello, como cuestión de derechos humanos que es, ha de ser respetado.

Esta ley, que ha tardado más de una década de vigencia de la Convención en ver la luz, aún necesitará de esfuerzo y tiempo de toda la sociedad para que produzca los verdaderos cambios a los que está llamada. En palabras de Cayo Pérez Bueno, L. *“El cambio que está llamado a producir es mayúsculo y verá un tiempo para su realización (...) quizá en una década no podamos ver toda la potencialidad que encierra esta Ley 8/2021”*.²⁰

Dentro de esta vorágine de cambio que ya ha empezado a producirse, necesariamente ha de estar como uno de los pasos principales el fomento y el uso de las medidas voluntarias de apoyo. En el conjunto de esas medidas encontramos la autotutela, institución que hemos tratado de analizar a lo largo de este trabajo y que no es, ni más ni menos, que una medida que podemos establecer todos nosotros en previsión de nuestras futuras necesidades de apoyo. Esta institución, plenamente alineada con las exigencias de la Convención y desarrollada por la Ley 8/2021, nos abre un abanico de posibilidades encaminadas a cumplir con los verdaderos deseos, voluntades y preferencias de las personas con discapacidad.

La reforma legislativa ha establecido un nuevo sistema con el que se pretende desjudicializar la discapacidad, limitando la intervención de la autoridad judicial a situaciones en la que sea estrictamente necesario. Con ello no se pretende desproteger a las personas con discapacidad, sino todo lo contrario, ya que, tanto la autoridad judicial como el Ministerio Fiscal son y seguirán siendo salvaguardias principales para asegurar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

En conclusión, el velar, defender y fomentar el respeto por la verdadera voluntad, deseos y preferencias de todos y cada uno de nosotros es una misión conjunta de todos como sociedad.

²⁰ El pasado 15 de marzo de 2023, en las Jornadas *“Más de un año tras la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”* que se celebraron en el Senado, Luis Cayo Pérez Bueno, presidente del Comité Español de Representante de Personas con Discapacidad (CERMI) celebró el hito que supone la ley para el que la Ley 8/2021 es una ley proceso, por lo que su efecto no será inmediato sino que tardaremos un tiempo prolongado en ver toda su potencialidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Publicaciones

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo”, en DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (Dir.) *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*. Valencia: TIRANT LO BLANCH. 2019, pp. 125-164. ISBN: 978-84-131-365-2.
- DE SALAS MURILLO, S., “Subsección 1.^a de la Autocuratela”, en GUILIARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.) *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Pamplona: ARANZADI, 2021, pp. 702-767. ISBN: 978-84-1390-233-3.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario práctico de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Pamplona: ARANZADI, 2021. ISBN: 978-84-1391-524-1.
- GUILIARTE MARTÍN-CALERO, C., “Artículo 249 CC”, en GUILIARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.) *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Pamplona: ARANZADI, 2021, pp. 512-527. ISBN: 978-84-1390-233-3.
- LANGELAAN OSSET, F., “Algunas consideraciones sobre discapacidad extrema y autocuratela en el actual sistema de apoyos a la discapacidad”, en MORENO FLÓREZ, R. (Dir.) *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. Madrid: DYKINSON, 2022, pp. 171-177. ISBN: 978-84-1122-266-2 (ed. digital).
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*. Madrid: FRANCIS LEFBVRE, 2021. ISBN: 978-84-18647-50-5.
- MORO ALMARAZ, M. J., “Medidas voluntarias de apoyo”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., CABELLO DE ALBA JURADO, F. y PÉREZ RAMOS, C. (Coords.) *La reforma de la discapacidad* (Volumen I). Madrid: Fundación Notariado, 2022. pp. 371-418. ISBN: 978-84-95130-41-9.
- VIVAS TESÓN, I., “La curatela como principal medida judicial de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica: fundamento y claves de su nuevo régimen legal”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., CABELLO DE ALBA JURADO, F. y PÉREZ RAMOS, C. (Coord.) *La reforma de la discapacidad* (Volumen I). Madrid: Fundación Notariado, 2022, pp. 487-529 ISBN: 978-84-95130-41-9.

Artículos en línea

- HIJAS CID, E. “Novedades en la regulación de la autotutela”, en *El Notario del siglo XXI*, n.º 99. Septiembre-Octubre 2021. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-99/opinion/opinion/10936-novedades-en-la-regulacion-de-la-autotutela>
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. “Algunas aplicaciones notariales en la Ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en *El Notario del siglo XXI*, n.º 99. Septiembre-Octubre 2021. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-99/opinion/opinion/10937-algunas-aplicaciones-notariales-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>

Contribuciones a congresos

- PÉREZ BUENO, L. C. Acto de apertura en Jornadas “*Más de un año tras la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*”. 15 marzo de 2023.

Jurisprudencia

- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2021, n.º de recurso: 1201/2021.

Otros

- Observación general Número 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas.
- Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Consejo de Ministros, 30 de marzo de 2010.
- Circular Informativa 2/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Juana María Peña Lara

Doctora en Derecho

Abogada en litigio laboral, corporativo, constitucional y derechos humanos

Catedrática de la Universidad La Salle Saltillo (México)

Candidata a Investigadora Nacional del SIN (México)

////////////////////
LA EFICACIA DEL AMPARO EN REVISIÓN 146/2018, TRATÁNDOSE DEL DERECHO AL TRABAJO Y AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. REVISIÓN A LA ACTUACIÓN INSTITUCIONAL RECIENTE*

THE EFFICACY OF THE AMPARO UNDER REVISION 146/2018, REGARDING THE RIGHT TO WORK AND EMPLOYMENT OF PEOPLE WITH DISABILITIES. REVIEW OF RECENT INSTITUTIONAL PERFORMANCE

SUMARIO: –1. Introducción. –2. El derecho al trabajo, conceptualización y contenido. Especial énfasis tratándose de las personas con discapacidad; 2.1. Derecho al trabajo, conceptualización y contenido; 2.2. El derecho al trabajo, su revisión bajo la Observación General núm. 8 (2022) sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad al Trabajo y al Empleo; 2.3. Las cuotas de reserva en el empleo público, análisis al marco legal. –3. La eficacia del amparo en revisión 146/2018; 3.1. Contenido vinculante del pronunciamiento; 3.2. Actuación institucional de las autoridades responsables; 3.3. Eficacia material de la sentencia en el ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad. –Referencias bibliográficas.

* Recibido el 31 de marzo de 2023. Aprobado el 23 de junio de 2023.

RESUMEN

Aunque todas las personas tienen derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en el trabajo, independientemente de otros atributos que no sean su capacidad para realizarlo, la realidad actual es dispar, en ese contexto, la no discriminación y la igualdad de oportunidades están consagradas desde hace más de 100 años en el mandato de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2021, p. 5), y uno de los ejes principales de la labor de este organismo ha sido instar a los Estados a que adopten medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales, y de otro tipo, apropiadas para garantizar que los entornos de trabajo sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad, considerando las circunstancias y vulnerabilidades específicas de este grupo (CRPD, 2022, p. 14).

Recientemente en México se actualizó una de estas medidas: la judicial, así, se tiene registro histórico del amparo en revisión 146/2018. La sentencia convoca al estudio de las cuotas de reserva en el derecho al trabajo y el empleo de las personas con discapacidad en el sector público, si bien, se trata de un mecanismo judicial, la realidad es que, implícitamente, abrió la puerta a la prescripción de la instrumentación de otras medidas inherentes al ejercicio del derecho en comento, pero también respecto al derecho a la inclusión, en ese sentido, el objetivo de este documento consiste en la disertación en relación a la eficacia de este medio de protección de derechos humanos, esto, tratándose de la aplicación fáctica de las cuotas de reserva en el servicio público a cargo, evidentemente, de las autoridades responsables, pero también con relación a la labor de otras instancias, pues, de otra forma, el pronunciamiento no tendría influencia alguna en la política institucional nacional, y solamente se trataría de una protección personal, –alcance básico, reducido o tradicional de los efectos de un amparo– rezagando así la teleología de la facultad discrecional de atracción¹ que ejerció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en dicho asunto.

ABSTRACT

Although all people have the right to equal treatment and opportunities at work, regardless of other attributes that are not their ability to perform it, the current reality is uneven, in this context, non-discrimination and equal opportunities They have been enshrined for more than 100 years in the mandate of the International Labor Organization (ILO, 2021, p. 5), and one of the main axes of the work of this body has been to

¹ La facultad discrecional de atracción la ejerce la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando se presenten asuntos que revisten las características de interés y trascendencia nacional, para ser quien emita la sentencia que, en principio, correspondería pronunciar a un tribunal de menor jerarquía.

urge States to adopt appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial, promotional, and other measures to ensure that work environments are open, inclusive, and accessible to persons with disabilities, considering the specific circumstances and vulnerabilities of this group (Committee on Rights of Persons with Disabilities, 2022, p. 14).

One of these measures was recently updated in Mexico: the judicial one, thus, there is a historical record of the amparo under review 146/2018. The sentence calls for a study of the reserve quotas in the right to work and employment of people with disabilities in the public sector, although it is a judicial mechanism, the reality is that, implicitly, it opened the door to the prescription of the instrumentation of other measures inherent to the exercise of the right in question, but also with respect to the right to inclusion, in this sense, the objective of this document consists in the dissertation around the effectiveness of this means of protection of human rights, this, in the case of the factual application of the reserve quotas in the public service in charge, obviously, of the responsible authorities, but also in relation to the work of other instances, because, otherwise, the pronouncement would not have any influence in the national institutional policy, and it would only be a question of personal protection, –basic, reduced or traditional scope of the effects of an amparo–, thus lagging behind the teleology of the discretionary power of attraction exercised by the Supreme Court of Justice of the Nation in said affair.

Palabras clave: eficacia, personas con discapacidad, derecho al trabajo, empleo público, cuotas de reserva, inclusión, actuación institucional.

Keywords: efficiency, people with disabilities, right to work, public employment, reserve quotas, inclusion, institutional performance.

1. INTRODUCCIÓN

Hace casi cinco años, el 20 de junio de 2018, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó sentencia en el amparo en revisión 146/2018.

En este ejercicio jurisdiccional se analizó, vía facultad discrecional de atracción, la omisión de acatar lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Personas con Discapacidad en el estado de Baja California, en lo relativo a la bolsa de trabajo del sector público y el incumplimiento con la cuota del 2 % de contratación del personal con personas con discapacidad en el Gobierno de dicha entidad, esto, a efecto de desarrollar, el referido Tribunal Constitucional, de forma específica, el contenido y las obligaciones que involucran el derecho al trabajo para este grupo de la población, así como

definir a qué autoridades les corresponde cumplir con tales prescripciones y generar criterios respecto de lo que implica la inclusión laboral de las personas con discapacidad, también definir los elementos necesarios para garantizar la igualdad sustantiva en la materia, lo anterior, bajo el parámetro a que hace referencia el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las observaciones finales, de fecha 30 de septiembre de 2014, sobre el informe inicial de México (CRPD/C/MEX/1), especialmente en torno a la ausencia de mecanismos para hacer cumplir la cuota laboral del 3 % en el sector público a favor de las personas con discapacidad, y por la falta de reglamentación sobre la aplicación de ajustes razonables para personas con discapacidad en el ámbito laboral, tanto público como privado (CRPD, 2014, Trabajo y empleo (artículo 27)).

El pronunciamiento es relevante para discurrir en la perspectiva, ejercicio y eficacia del derecho al trabajo y el empleo de las personas con discapacidad, por varios aspectos. El principal, se trata de una resolución sin precedentes, si bien, ya se había analizado previamente el derecho a la no discriminación en el empleo respecto de las personas con discapacidad (SCJN, Amparo Directo en Revisión 1387/2012, 2012), la realidad es que antes no se había accionado el mecanismo jurisdiccional tratándose, en concreto, de las cuotas de reserva, —ahí la razón del ejercicio de la facultad de atracción en el amparo en análisis— sino sobre la publicación de vacantes de empleo con exclusión o restricción a personas con discapacidad; segundo, genera un escenario propicio para la armonización legislativa nacional en el tema de las cuotas de reserva, esto como uno de los caminos para atender la obligación estatal de proteger y garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad; el tercero, permite revisar la actuación institucional de las entidades responsables en el cumplimiento de los lineamientos de la sentencia de amparo y, por último, consecuentemente, apertura la posibilidad de establecer la eficacia del pronunciamiento, todo esto, considerando que la determinación se pronunció hace ya cinco años, tiempo suficiente para permear o incidir en la labor de los jueces y tribunales del país, en los legisladores, los funcionarios públicos y en los litigantes, para cumplir, hacer cumplir o ejercer los criterios que en la resolución se contienen, incluso para debatir sobre dichos juicios y, especialmente, para proponer avances, mejoras u otros elementos de interpretación y aplicación en la materialización del derecho al trabajo de las personas con discapacidad bajo el modelo de los derechos humanos y la jerarquía de la inclusión que prescribe la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por ello, el presente documento ofrece, en principio, un análisis doctrinal, y jurisprudencial, en relación al derecho al trabajo, después, —bajo el breviarío de la Observación General núm. 8 (2022) sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad al

Trabajo y al Empleo que emite el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad— se direcciona su contenido hacia las personas con discapacidad, enseguida, se verifica una revisión normativa local atinente a las cuotas de reserva en el empleo público, y otras medidas de acción positiva al respecto, posteriormente se describen los lineamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se contiene en la sentencia de reflexión, para contrastar la institucionalización de los mismos por parte de las autoridades responsables, finalmente, derivado de todo lo anterior, es posible cavilar en la eficacia de dicho mecanismo de defensa y protección de derechos humanos, considerando específicamente que el pronunciamiento busca garantizar: el acceso de las personas con discapacidad al empleo público, a través de las cuotas de reserva y medidas adyacentes.

Por último, se debe señalar que este trabajo constituye la segunda parte de la reflexión en relación al derecho al empleo de las personas con discapacidad en el ámbito de la administración pública, por lo que el estudio conceptual de las cuotas de reserva, su fundamento en instrumentos internacionales, su doctrina jurídica y el resto de elementos controvertidos que rodean a esta medida de acción positiva, que materializa, en parte, aquel derecho, se encuentran ampliamente desarrollados en el texto denominado “*Las cuotas de reserva en el derecho de acceso al trabajo de las personas con discapacidad en el sector público de México, ¿declaración, perspectiva o derecho?*”, al que nos remitimos en obvio de repeticiones.

2. EL DERECHO AL TRABAJO, CONCEPTUALIZACIÓN Y CONTENIDO. ESPECIAL ENFÁSIS TRATÁNDOSE DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1. Derecho al trabajo, conceptualización y contenido

Antes de proyectar las características propias de derecho al trabajo de las personas con discapacidad, que es peculiar, es pertinente puntualizar el contenido específico de este fundamental derecho en lo general, para luego establecer la comprensión de las cuotas de reserva.

A la noción “trabajo” suele atribuírsele la calidad inicial de “[...] característica antropológica propia de la naturaleza humana, una actividad encargada de realizar el conjunto de los sueños individuales y sociales” (Méda, 2007, p. 641), la *Carta Encíclica Rerun Novarum*, del sumo Pontífice León XII, sobre la situación de los obreros, hace referencia expresa al trabajo bajo la perspectiva e idea de la dignidad humana.

Después surge la idea de la civilización del trabajo, éste se constituye en punto de partida de los derechos sociales del ciudadano y, por su utilidad económica, el concepto de trabajo adquirió mayor relevancia a medida que pasó a ser el cauce más importante de pertenencia social y de relación humana y a definir la posición en la sociedad (Kelly, 2007, p. 47).

El trabajo es un impulsor dinámico fundamental para mejorar el desarrollo humano ya que proporciona ingresos y medios de vida, reduce la pobreza y permite un crecimiento equitativo, también permite a los ciudadanos participar plenamente en la sociedad y les confiere un sentido de dignidad y valía personal (Jahan, 2015, p. 1).

Al decir de Sinzheimer “el desarrollo del Derecho del Trabajo es el desarrollo de la humanidad y de la libertad en la relación entre trabajo y propiedad” (Ugarte Cataldo, 2014, p. 79).

Este entendimiento es concluyente, “[...] el derecho al trabajo, además del derecho que tiene cada hombre a desplegar la propia actividad, es el derecho a la vida física, a procurarse honestamente los medios de subsistencia, la paz temporal, que es también paz temporal de la sociedad humana, cuando cada socio tiene la suya, [...] la sociedad tiene el deber de garantizárselo a cada individuo, de crearle la condición para que lo ejerza [...]” (Sciaccia, 2005, p. 24).

Bajo esta idea central el derecho al trabajo, desde su protección jurídica, sencillamente no puede concebirse como una mera enunciación, los motivos de su inserción en el texto constitucional, al menos en México, no evidencian solo eso, por el contrario, la razón jurídica y política fue puntual al declarar la responsabilidad del Estado en propiciar, por medios legales, la realización del mismo.

Si esto es así, cobra especial significado la constitucionalización de este derecho. La Constitución General del país, sabemos, dispone el derecho a la libertad de trabajo y también el derecho al trabajo digno y socialmente útil, pero cuál sea el contenido concreto del derecho al trabajo y qué grado de tutela cabe conferirle por el ordenamiento jurídico son las cuestiones principales que aparecen íntimamente conectadas en la discusión doctrinal sobre el tema. En el escenario jurídico aparecen tres posturas dominantes y distintas entre sí (Alarcón, 1979, pp. 20-21).

La primera, infravalora el derecho al trabajo, supone que este es un simple criterio orientador en la labor y en las decisiones políticas y legislativas del Estado (Alarcón *et al.*, 1979, p. 23).

La segunda estima que el derecho al trabajo implica una auténtica obligación jurídica para los poderes públicos, esta obligación se sintetiza, básicamente, en el reconocimiento jurídico del derecho, en la no afectación del mismo y, en definitiva, en “la simple instrumentación de políticas de empleo” (Alarcón *et al.*, 1979, p. 20).

La tercera configuraría el derecho al trabajo como “un derecho de crédito contra el Estado, constitucionalmente otorgado a todos los ciudadanos por el hecho de serlo y directamente accionable frente a los poderes públicos con la pretensión de obtener un puesto de trabajo que, en las construcciones más exigentes, tendría que ser, además, adecuado a la capacidad profesional del accionante” (Alarcón *et al.*, 1979, p. 21).

Estas posturas parten de un enunciado *sui generis*: el derecho al trabajo, como todos los derechos fundamentales, se proyecta sobre una doble realidad o dimensión: una de libertad y otra prestacional.

En efecto, las ideas mayoritarias debaten entre el carácter prestacional del derecho al trabajo, en la exigibilidad judicial o no del derecho al trabajo, y en la obligación estatal de cumplir con la prestación de proporcionar trabajo a quienes se lo demanden.

Una primera posibilidad niega tajantemente que el derecho al trabajo posea la cualidad de un auténtico derecho subjetivo. En otro segmento, la mayoría de las ideologías desconocen en el derecho al trabajo un genuino derecho subjetivo, descartan toda posibilidad del ciudadano para reclamar frente a los poderes políticos una acción positiva para proporcionarles un puesto de trabajo, una acción concreta que les garantice conseguir empleo; incluso hay quienes defienden la inconstitucionalidad del pretendido derecho al trabajo (Alarcón *et al.*, 1979, pp. 21-22). Algunos juristas más niegan al contenido prestacional del derecho al trabajo la posibilidad de reclamar del estado un concreto puesto de trabajo, pues, refieren, el Estado solamente está obligado a instruir políticas para la promoción y creación de nuevas fuentes de empleo (Castillo, 2017, pp. 7-8), otros doctrinarios persuaden, sin ser tan extremistas, el escaso contenido prestacional de este derecho y lo concretan, básicamente, en el derecho a la ocupación, a la estabilidad en el empleo y a la revisión gubernamental de las condiciones dignas en una relación de trabajo (Arroyo Yanes, 1994, pp. 94-95).

Frente a las anteriores consideraciones, que exponen un enfoque o pensamiento decimonónico, que resulta insuficiente y es argumentativamente confrontable desde el ámbito jurídico y social, cada vez más se suman notas doctrinales que, aunque con ciertos matices, reconocen en el derecho al trabajo un verdadero derecho subjetivo y, de ahí, su contenido.

Así, “[...] el derecho al trabajo es ‘pleno en la formulación y variable en su contenido’ ejercitable no sólo frente a los Poderes Públicos, sino también frente a los empresarios y sus organizaciones y frente a los propios trabajadores y sus sindicatos” (Díaz de Atauri *et al.*, 2014, p. 221).

Lo anterior tiene sentido a partir de que los convenios internacionales tratan el acceso al trabajo como un derecho humano fundamental y proclaman el objetivo del pleno empleo, por ello, las afirmaciones de los instrumentos internacionales a propósito del pleno empleo y del derecho al trabajo implican un derecho humano a la subsistencia (Kelly *et al.*, 2007, p. 66), el cual no se satisface únicamente a través de políticas públicas de promoción de espacios laborales o de su creación espontánea.

Y esta idea, que concentra el derecho al trabajo como el derecho a adquirir un empleo, ha intentado conceptualizar el mencionado derecho como regla. Así, un grupo de autores norteamericanos hablan de la creación directa de empleos y sostienen que cuando no hay vacantes en el sector privado, el Estado debe asumir un papel activo y crear puestos de trabajo (Rey *et al.*, 2013, pp. 65-66).

Ahora bien, en la doctrina jurisprudencial del país, algunos criterios puntuales estiman que “el derecho al trabajo ‘no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo’; sino a que el Estado tome todas aquellas medidas tendientes a que las personas puedan decidir libremente aceptar o elegir trabajo, a no ser obligados de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo, y a la estabilidad en el empleo, entre otras obligaciones”, por ello, en el caso concreto de Gerardo Martínez, un indigente de la ciudad de Guadalajara, quien reclamó la omisión del Estado de garantizar su derecho al trabajo, así como el acceso a un seguro de desempleo, el Tribunal Constitucional determinó que la falta de trabajo de la que se dolía el quejoso no se traduce, en sí y por sí misma, en una transgresión al derecho al trabajo y, por tanto, tampoco habilita la posibilidad de exigir, a los entes estatales o personas privadas, que realicen la contratación del justiciable (SCJN, Amparo en Revisión 1061/2015, 2016).

Es decir, en la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el derecho constitucional al empleo o al trabajo no implica el derecho a reclamar no solo un empleo, sino que, incluso, no comprende el derecho a demandar oportunidades de trabajo.

Ahora bien, lo anteriormente descrito constituye el marco teórico y socio-jurídico general y, en todo caso, es el cimiento para abordar el contenido sui géneris del derecho al trabajo de las personas en condiciones de vulnerabilidad, en concreto, de las personas con discapacidad.

Existen diversos documentos de derechos humanos específicos en el tema, sin embargo, el más reciente, la Observación General núm. 8 (2022) sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad al Trabajo y al Empleo, aprobada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad apenas el pasado 09 de septiembre de 2022, nos permitirá el análisis subsecuente.

2.2. El derecho al trabajo, su revisión bajo la Observación General núm. 8 (2022) sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad al Trabajo y al Empleo

Las personas con discapacidad enfrentan barreras para acceder y ejercer su derecho al trabajo y al empleo en el mercado laboral abierto, en igualdad de condiciones con las demás. Las personas con discapacidad enfrentan altas tasas de desempleo, salarios más bajos, inestabilidad, estándares más bajos en las condiciones de contratación, por ello, el enfoque de la inclusión laboral es fundamental (CRPD, 2022, p. 1).

De hecho, la inclusión es la directriz sustancial en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, también lo es en la Observación General núm. 8 (2022) sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad al Trabajo y al Empleo, lo mismo se observa en uno de los estudios más recientes de la Organización Internacional del Trabajo denominado *“Transformar las empresas mediante la diversidad y la inclusión”*.

En ese sentido, tratándose del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, y de otros grupos subrepresentados, existe una métrica de estudio a través de la interrelación de la igualdad, la diversidad y la inclusión.

La igualdad se centra en garantizar que todas las personas puedan prosperar en el trabajo, experimentando la igualdad de oportunidades y de trato. Es decir, que todas las personas, independientemente de sus características personales, puedan participar y contribuir de acuerdo con sus capacidades sin interferencias por discriminación o sesgo (OIT, 2021, p. 28).

La diversidad en el lugar de trabajo se refiere a las similitudes y diferencias que existen entre las personas y que pueden repercutir en las oportunidades y los resultados del empleo (OIT, 2021, p. 28).

Y la inclusión es lo que impulsa la igualdad de resultados para personas de todos los orígenes en el trabajo.

Ahora bien, la igualdad y el logro de resultados igualitarios requieren que se asignen recursos y oportunidades según las circunstancias y las necesidades. Así, además de las leyes contra la discriminación, los mecanismos de imposición de cuotas y de objetivos nacionales en el lugar de trabajo constituyen, en mucho, el núcleo esencial del derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad, pues confluyen a la realización del derecho a la inclusión y a la diversidad. Es por ello que se deduce que la instrumentación obligatoria de las cuotas de reserva es perfectamente demandable vía jurisdiccional.

Es decir, el reclamo de un puesto de trabajo en la administración pública por ausencia de aplicación de cuotas de reserva y vulneración del derecho de acceso al empleo es procedente, siempre que se reclame acertada o hábilmente, esto, no obstante que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia de amparo objeto del presente análisis, temporal y tempranamente, estableció que, atendido a la naturaleza del acto reclamado, no resultaba procedente ordenar a las autoridades responsables la acción específica consistente en que las plazas que se desocuparan a partir de esta fecha se ocuparan con personas con discapacidad, pues el acto reclamado se centró fundamentalmente en la omisión de abrir la bolsa de trabajo para las personas con discapacidad en el sector público desde el inicio de la vigencia de la ley y en dejar de contratar a por lo menos al 2 % (dos por ciento) a personas con discapacidad en la plantilla laboral del Gobierno Estatal de Baja California, pero no se subrayó una afectación directa, puntual y personal del reclamante.

Ahora bien, lo anterior no ocurriría tratándose del derecho de acceso al trabajo o empleo de personas que no pertenecen a grupos subrepresentados, es decir, de la generalidad, pues ya se definió en la doctrina judicial que la falta de trabajo que puede enfrentar una persona no se traduce, en sí y por sí misma, en una transgresión al derecho al trabajo y, por tanto, la posibilidad de exigir a los entes estatales que realicen su contratación es jurídicamente inaceptable.

En ese sentido, la Observación General núm. 8 (2022) sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad al Trabajo y al Empleo es puntual:

“[...]”

1. El objetivo de la presente observación general es aclarar las obligaciones de los Estados partes en relación con el derecho al trabajo y al empleo consagrado en el artículo 27 de la Convención. La Convención establece los principios y estándares del derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, y proporciona la base para que los Estados partes cumplan sus compromisos

en virtud de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular la meta 8.5, sobre el logro, para 2030, de una vida plena y productiva. empleo y trabajo decente para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, e igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

[...]

H. Empleo en el sector público (art. 27 (1) (g))

39. Las disposiciones de los demás incisos del artículo 27 se aplican por igual a los sectores público y privado. Sin embargo, cuando el Estado parte sea el empleador, debería adoptar un enfoque más riguroso con respecto a la inclusión. Los Estados partes deben introducir normas objetivas para la contratación y el ascenso de las personas con discapacidad en función de sus méritos y comprometerse a aumentar el número de empleados con discapacidad. Si es necesario, se deben tomar medidas específicas para crear conciencia dentro del sector público, atraer y contratar a personas con discapacidad y apoyar a los empleados del sector público con discapacidad, con el objetivo de reflejar la diversidad de la comunidad y beneficiarse de las experiencias vividas por las personas con discapacidad.

40. El Comité ha recomendado a los Estados partes que, en un esfuerzo por aumentar el empleo de las personas con discapacidad en el sector público, elaboren y apliquen medidas de acción afirmativa, como la asignación de fondos específicos para promover el empleo de las personas con discapacidad en los sectores público y privado, incluidos los programas de formación profesional. Otras medidas incluyen cuotas {un requisito para emplear al menos un porcentaje específico de empleados con discapacidades} u objetivos {objetivos no obligatorios}. Todas las medidas deben ir acompañadas de un requisito de informe anual sobre el cumplimiento por parte de las autoridades públicas.

VI. Implantación en el plano nacional

81. A fin de garantizar el derecho al trabajo y al empleo en igualdad de condiciones con los demás, los Estados partes deben aplicar las medidas descritas anteriormente en el contenido normativo y las obligaciones, y también adoptar las siguientes medidas para garantizar la plena aplicación del artículo 27 de la Convención:

c) [...] los Estados Partes deben desarrollar un Código de prácticas para el empleo de personas con discapacidad que actuará como una guía paso a paso para

prevenir la discriminación contra las personas con discapacidad en el mercado laboral y en el lugar de trabajo.

[...]

e) Elabore una estrategia nacional de empleo y un plan de acción, que incluya a las personas con discapacidad, que se diseñe y revise sobre la base de un proceso participativo y transparente, y que incluya métodos tales como indicadores y puntos de referencia mediante los cuales se pueda monitorear el progreso.

[...]

(i) Eliminación gradual y expedita del empleo segregado, incluidos los talleres protegidos, mediante la adopción de planes de acción concretos, con recursos, plazos y mecanismos de seguimiento que aseguren la transición del empleo segregado al mercado laboral abierto. Estos planes de acción concretos requieren que los Estados partes:

I. Revisar las leyes, políticas, enfoques y supuestos en los que se ha basado la promoción del empleo protegido;

[...]

(k) Establecer métodos de recopilación de datos desagregados con un sólido marco conceptual y metodológico de derechos humanos como se establece en Indicadores de derechos humanos: una guía para la medición y la implementación. Los datos debidamente desglosados permitirán comprender la situación de las personas con discapacidad dentro y fuera del empleo, prestando especial atención a la pertinencia y eficacia de las medidas del Estado parte para promover el empleo en la economía formal.

[...]

p) Promueva el empleo de las personas con discapacidad, en particular de las mujeres con discapacidad, incluso mediante acciones afirmativas, como mecanismos de cuotas y objetivos, y adopte medidas para mitigar la posibilidad de consecuencias negativas no deseadas, como el refuerzo de los estereotipos, el cumplimiento limitado y la creación de empleo, oportunidades para grupos limitados de personas con discapacidad, en particular:

I. Asegurar un seguimiento, transparencia y presentación de informes claros;

II. Identificar y prevenir prácticas laborales que no sean compatibles con el Convenio, incluidas la segregación, los estereotipos o la discriminación;

III. Evaluar el desempeño y los resultados, incluidos: la calidad del trabajo logrado, si los empleados con discapacidad se limitan a ciertos roles o tipos de trabajo, y si solo ciertos grupos de personas con discapacidad se benefician del empleo;

IV. Garantizar mecanismos apropiados de rendición de cuentas y cumplimiento;

V. Asegurar que las acciones afirmativas vayan acompañadas de medidas para ayudar a los empleadores a cumplirlas”.

2.3. Las cuotas de reserva en el empleo público, análisis al marco legal

Varios estudios demuestran que los avances en el derecho al trabajo y el empleo de las personas con discapacidad solo puede lograrse centrándose en la inclusión. La Observación General núm. 8 (2022) sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad al Trabajo y al Empleo prescribe que la provisión de ajustes razonables constituye una parte de la inclusión, así también el acceso a la orientación técnica y profesional, los servicios de colocación y la formación, la promoción de oportunidades de empleo y promoción profesional lo son, sin embargo, cuando el Estado parte sea el empleador, debería adoptar un enfoque más riguroso con respecto a la inclusión (CRPD, 2022, pp. 9-11).

Una de las medidas más utilizadas por los países de la región para actualizar el contenido de la inclusión en el trabajo y el empleo de las personas con discapacidad es el establecimiento de un porcentaje de cuotas de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en el sector público.

Si bien, es cierto, existe una importante descripción doctrinal y normativa con relación a las cuotas de reserva, la misma se encuentra, dado el seguimiento en este ejercicio, en el documento previo denominado *“Las cuotas de reserva en el derecho de acceso al trabajo de las personas con discapacidad en el sector público de México, ¿declaración, perspectiva o derecho?”*.

En ese sentido, a los fines del objetivo o propósito de este documento acudiremos directamente a la obligación de cumplir, que incluye las obligaciones de facilitar, proporcionar y promover, a través de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales y de otro tipo apropiadas para garantizar que los entornos de trabajo sean abiertos, inclusivos y accesibles.

Por lo que, bajo esta perspectiva, resulta atinente la revisión normativa local de las diferentes entidades federativas que componen el Estado mexicano con relación a esta temática expuesta.

En principio, hay que señalar que en cada uno de los 32 estados se ha aprobado legislación específica sobre protección de derechos de las personas con discapacidad, estas disposiciones, todas, contemplan un apartado, capítulo o sección concerniente al derecho al trabajo, empleo o integración a la vida productiva.

Sin embargo, solo 22 de estas entidades han previsto las cuotas de reserva, es decir el 68,75 % de la legislación nacional, aunque su configuración legislativa es muy variada. Para empezar, el porcentaje de cuotas en el servicio público varía de entre el 2 %, el 3 %, el 5 %, incluso el 8 %. Asimismo, en específico, tratándose del empleo público federal, la legislación de la materia es completamente omisa en este apartado:

| Legislación por entidad federativa | Porcentaje establecido legalmente |
|--|---|
| Ley de Integración Social y Productiva de Personas con Discapacidad para el Estado de Aguascalientes | <p>Artículo 56.</p> <p>Los Gobiernos Estatal y Municipales, sus entidades paraestatales, así como los Poderes Legislativo y Judicial, deberán contratar y capacitar como mínimo 3 % de su planta laboral a personas con alguna discapacidad;</p> <p>[...]</p> |
| Ley Estatal para la Inclusión de las Personas con Discapacidad en Baja California Sur | <p>Artículo 74. Los Poderes y Ayuntamientos del Estado, deberán contratar progresivamente, a personas con alguna discapacidad, siempre y cuanto satisfagan los requisitos necesarios, conocimientos y habilidades para desempeñar el perfil laboral solicitado, hasta alcanzar cuando menos el 3 % de su planta laboral.</p> |
| Ley para las Personas con Discapacidad en el Estado de Baja California | <p>Artículo 19. La Secretaría del Trabajo y Previsión Social en el ámbito de su competencia, será la autoridad responsable de las acciones que en materia laboral se impulsen en la presente Ley y en los programas, en favor de las personas con discapacidad en el Estado, debiéndose incluir las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ Impulsar su integración en el sistema ordinario de trabajo o en su caso, en un sistema de trabajo protegido garantizando que esta integración no sea menor al 2 % de la plantilla laboral del sistema, de acuerdo con sus características individuales, en condiciones adecuadas, vigilando que estas no sean discriminatorias: <p>[...]</p> |

| Legislación por entidad federativa | Porcentaje establecido legalmente |
|--|--|
| <p>Ley Integral para las Personas con Discapacidad del Estado de Campeche</p> | <p>Artículo 16. Corresponde a la Secretaría de Desarrollo Económico:</p> <p>I. Promover el otorgamiento de estímulos fiscales y financieros y reconocimiento público a las empresas e instituciones de gobierno que cuenten con programas de contratación de personas con cualquier tipo de discapacidad en condiciones de igualdad que configuren el mínimo del 3 % de su plantilla laboral;</p> <p>[...]</p> <p>Artículo 18. Corresponde a la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, promover el derecho al trabajo y empleo de las personas con discapacidad de forma accesible en igualdad de oportunidades y equidad, que les otorgue certeza en su desarrollo personal, social y laboral. Para tal efecto, realizará las siguientes acciones:</p> <p>[...]</p> <p>VII. Procurar que la contratación de personas con discapacidad configure el 3 % de la plantilla laboral; y</p> <p>[...]</p> <p>Artículo 25. A los HH. Ayuntamientos de los Municipios del Estado, en el ámbito de su competencia, les corresponde coadyuvar al cumplimiento de los objetivos de la presente Ley, para lo que tendrán las siguientes atribuciones:</p> <p>[...]</p> <p>II. Promover la incorporación laboral de las personas con discapacidad, y crear y operar una bolsa de trabajo. Procurando que las personas con discapacidad que se incorporen alcancen al menos el 3 % de la plantilla laboral;</p> <p>[...]</p> |
| <p>Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad del Distrito Federal</p> | <p>Artículo 24. Es obligación de todas las autoridades de la Administración Pública de la Ciudad de México, destinar el 5 % de las plazas de creación reciente y de las vacantes, a la contratación de personas con discapacidad.</p> |

| Legislación por entidad federativa | Porcentaje establecido legalmente |
|--|---|
| Ley de Inclusión para las Personas con Discapacidad en el Estado de Durango | <p>Artículo 32. Los organismos, consejos y cámaras empresariales deberán apoyar, incentivar y promover activamente la integración de las personas con discapacidad al mercado de trabajo, para lo cual procurarán incorporar en su plantilla de trabajadores por lo menos un 2 % de trabajadores con discapacidad.</p> <p>Igual disposición se observará en el caso de que el patrón sea un ente público.</p> |
| Ley número 817 para las Personas con Discapacidad del Estado de Guerrero | <p>Artículo 65. [...]</p> <p>Para tales efectos, el Consejo Estatal en coordinación con la Subsecretaría del Trabajo y Previsión Social, realizará las siguientes acciones:</p> <p>[...]</p> <p>VII. Promover la incorporación de las personas con discapacidad en igualdad de circunstancias, conocimiento y experiencia, en las instancias de la administración pública estatal y municipal, hasta alcanzar por lo menos el 8 % de la planta laboral.</p> |
| Ley Integral para las Personas con Discapacidad del Estado de Hidalgo | <p>Artículo 48. Las instituciones y dependencias de la Administración Pública promoverán la inclusión laboral de las personas con discapacidad, incorporándolas a su plantilla laboral, hasta alcanzar un mínimo del 2 % del total de ésta, siempre y cuando cumplan con el perfil solicitado.</p> |
| Ley para la Inclusión de las Personas con Discapacidad en el Estado de Michoacán de Ocampo | <p>Artículo 42. Es obligación de los tres Poderes del Estado, gobiernos municipales, sus organismos descentralizados, empresas de participación estatal y organismos autónomos garantizar la inclusión laboral de las personas con discapacidad, teniendo la obligación de contratar, como mínimo el 3 % de la planta laboral correspondiente a personas con discapacidad.</p> |
| Ley de Atención Integral para Personas con Discapacidad en el Estado de Morelos | <p>Artículo 56. Las empresas, industrias, comercios y establecimientos en general, cuyo capital sea privado, así como las dependencias de la Administración Pública que se encuentren ubicadas dentro del territorio del Estado, el Gobierno del Estado y los Ayuntamientos y sus organismos descentralizados, empresas de participación estatal y organismos autónomos, deberán integrar a su plantilla laboral, una persona con discapacidad por cada 50 empleados o servidores públicos al efecto de que sean incorporados el 2 % de personas con discapacidad en la plantilla laboral.</p> |

| Legislación por entidad federativa | Porcentaje establecido legalmente |
|---|---|
| Ley para la Protección e Inclusión de las Personas con Discapacidad del Estado de Nayarit | Artículo 26. Los Poderes Legislativo y Judicial, así como el Poder Ejecutivo y los Ayuntamientos, tanto en su administración centralizada como descentralizada, destinarán por lo menos el 3 % de sus respectivas plantas de personal , atendiendo la perspectiva de género, con el objeto de que sean ocupadas por personas con discapacidad, las cuales deberán cumplir con los requerimientos, condiciones y requisitos de acceso que establezca la ley de la propia autoridad. |
| Ley para las Personas con Discapacidad del Estado de Puebla | Artículo 43. Las personas con discapacidad tienen derecho a un trabajo digno y remunerado, así como a la capacitación, en términos de igualdad de oportunidades y equidad. El Instituto procurará la incorporación de un 3 % como mínimo , en los ámbitos laborales correspondientes de aquellas personas con discapacidad en edad de laborar, así mismo, vigilará y recomendará que se garanticen las mismas condiciones y derechos laborales que la Ley Federal del Trabajo contempla sin discriminación alguna. |
| Ley para la Inclusión de las Personas con Discapacidad en el Estado y Municipios de San Luis Potosí | Artículo 25. La Red de Vinculación apoyara activamente la plena inclusión laboral de las personas con discapacidad, en los organismos, instituciones y empresas de los sectores público, privado y social, con el fin de que por lo menos un dos por ciento de los trabajadores de cada organismo, institución y empresa sean personas con discapacidad. Los organismos, consejos, y cámaras empresariales, incorporaran en su plantilla laboral, por lo menos un 2 % de trabajadores con discapacidad . |
| Ley de Integración Social de Personas con Discapacidad del Estado de Sinaloa | Artículo 46 Bis A. Los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como los órganos autónomos, y los Ayuntamientos procurarán contratar como mínimo el 3 % de su plantilla laboral correspondiente a personas con discapacidad, a efecto de garantizar su inserción laboral. |

| Legislación por entidad federativa | Porcentaje establecido legalmente |
|---|--|
| Ley para la Inclusión y Desarrollo de las Personas con Discapacidad o en Situación de Discapacidad del Estado de Sonora | Artículo 30. Es obligación de la Administración Pública Estatal y Municipal, destinar cuando menos el 3 % de las plazas de creación reciente y de las vacantes a la contratación de personas con discapacidad o personas en situación de discapacidad. |
| Ley sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para el Estado de Tabasco | Artículo 64. Los poderes del Estado y los ayuntamientos deberán contratar por lo menos el 2 % de personas con discapacidad del total de los trabajadores al servicio que realicen la misma labor profesional, técnica o manual que cualquier otro, atendiendo al principio de progresividad. |
| Ley de los Derechos de las Personas con Discapacidad del Estado de Tamaulipas | Artículo 35. Es obligación de todas las autoridades de la Administración Pública del Estado y de los Gobiernos Municipales de Tamaulipas, designar al menos el 3 % de su base laboral a la contratación de personas con discapacidad, misma que estará determinada por la certificación de sus competencias respectivas. |
| Ley para Personas con Discapacidad del Estado de Tlaxcala | Artículo 28. Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en igualdad de condiciones con las demás; para ello las autoridades en materia laboral establecerán entre otras las medidas siguientes: [...] VI. Impulsar programas para promover la contratación progresiva de personas con discapacidad hasta alcanzar cuando menos el 2 % de la plantilla laboral del sector público estatal y municipal. |
| Ley para la Integración de las Personas con Discapacidad del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave | Artículo 21. A efecto de garantizar el acceso al empleo de las personas con discapacidad al servicio público estatal, los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como los Organismos Autónomos y los Ayuntamientos destinarán por lo menos el 3 % de las vacantes disponibles , para emplear o contratar a personas con discapacidad, siempre que cumplan con los requisitos de ingreso y cuenten con las aptitudes para el desempeño de las funciones correspondientes, señaladas en el Reglamento de la presente Ley. |

| Legislación por entidad federativa | Porcentaje establecido legalmente |
|--|---|
| Ley para la Inclusión de las Personas con Discapacidad del Estado de Zacatecas | <p>Artículo 41. Acciones afirmativas en materia laboral</p> <p>El Instituto y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias y de acuerdo con lo establecido en los artículos 5 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promoverán el ejercicio del derecho al trabajo y para tal efecto, desarrollarán, entre otras, las siguientes acciones:</p> <p>[...]</p> <p>VIII. Promover su inclusión en igualdad de circunstancias, conocimiento y experiencia, realizando los ajustes razonables para asegurar su desarrollo y permanencia en las dependencias de la administración pública estatal y municipal, hasta alcanzar, por lo menos, el 5 % (sic) de la planta laboral;</p> <p>[...]</p> |
| Ley para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nuevo León) | <p>Artículo 22. Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo y la capacitación, en términos de igualdad de oportunidades y equidad. Para tales efectos, las autoridades competentes establecerán entre otras, las siguientes medidas:</p> <p>[...]</p> <p>IV. Formular y ejecutar acciones específicas de incorporación de personas con discapacidad como servidores públicos del Estado y los municipios, las cuales deberán garantizar que al menos el 2 % del total de la plantilla laboral de la administración pública sea destinada a la contratación de personas con discapacidad.</p> |

Por otra parte, la mayoría de estas normas jurídicas no contemplan mecanismos de seguimiento, cumplimiento o revisión en la aplicación de las cuotas de reserva, excepcionalmente algunas prevén cierto medio de vigilancia en la observancia o inobservancia de estas prescripciones, así, por ejemplo, el estado de Aguascalientes prevé un informe anual al Congreso del Estado, el estado de Durango habla de la facultad de monitoreo a cargo de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, el estado de Michoacán contempla un informe anual detallado al Consejo Michoacano para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, por su parte, el estado de Morelos habla de actividades de inspección, verificación y supervisión, San Luis Potosí previene un informe anual al Consejo Técnico de las Personas con Discapacidad que permita conocer el

cumplimiento a dicha obligación, el estado de Tamaulipas, igualmente, señala actividades de inspección, y Nuevo León prescribió el término de 3 años para implementar de forma completa las acciones para impulsar la contratación de personas con discapacidad y cumplir con el porcentaje de cuotas.

Además, y esto es importante, tratándose de la comprensión del derecho al trabajo, en la proyección normativa, la instrumentación de las cuotas de reserva se prevé en algunos instrumentos descritos como derecho de las personas con discapacidad, dentro del principio de acceso al trabajo y, en otros supuestos, como responsabilidad estatal al respecto, por lo que se advierte desconocimiento en cuanto a su reconocimiento normativo y su comprensión, pues, lo dicho, un aspecto es su configuración como derecho fundamental, es decir, su contenido prestacional, y otro las obligaciones y deberes estatales en el ejercicio del mismo por sus titulares.

Adicionalmente, algunas de las previsiones legales reseñadas establecen, indebidamente, una evidente medida restrictiva al disponer que tales determinaciones de ninguna manera implican crear puestos o espacios laborales nuevos o ad hoc, relegado así el segmento del derecho de acceso al empleo de las personas con discapacidad en la sección de prestación laboral, como se ha dejado asentado previamente, en concreto, se pueden mencionar las legislaciones de Nuevo León y de Nayarit.

En relación con la inserción de los ajustes razonables solo 13 de estas legislaciones los proveen, es decir el 59 % de la normativa descrita, en concreto, Baja California Sur, Baja California, Campeche, Distrito Federal, Hidalgo, Michoacán, Sonora, Sal Luis Potosí, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas. Esto significa que estamos lejos de cumplir con los estándares internacionales en la materia, sin embargo, que hay que reconocer que la mayoría de estas disposiciones clarifica la ausencia, negativa o denegación de ajustes razonables como supuestos o eventos de discriminación por motivos de discapacidad, lo cual es muy significativo en la protección del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, pues atisban un supuesto concreto de discriminación en relación con la discapacidad.

Por último, la legislación reseñada, entre ellos Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, el Distrito Federal, Durango, Guerrero, Michoacán, Morelos, Nayarit, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Zacatecas, Nuevo León y San Luis Potosí, también previene otros elementos, denominados “mecanismos de acción positiva”, que coadyuvan al ejercicio del derecho al trabajo, tales como los talleres, empresas incluyentes, centros especiales, etc., no obstante, estos mecanismos son considerados como empleo segregado, y no deben estimarse como una medida de la realización progresiva del derecho al trabajo, que se manifiesta únicamente mediante un empleo libremente elegido

o aceptado en un mercado laboral abierto e inclusivo, en efecto, la Observación General núm. 8 (2022) sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad al Trabajo y al Empleo recomienda la eliminación gradual y expedita de aquellos y la adopción de planes de acción concretos, con recursos, plazos y mecanismos de seguimiento que aseguren la transición del empleo segregado al mercado laboral abierto (CRPD, 2022, p. 20), así que, en este apartado hay trabajo por hacer.

3. LA EFICACIA DEL AMPARO EN REVISIÓN 146/2018

3.1. Contenido vinculante del pronunciamiento

La sentencia de amparo desarrolla tres aspectos medulares a saber, por una parte, establecer la obligatoriedad o no del porcentaje del 3 % que refiere el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las observaciones finales, de fecha 30 de septiembre de 2014, sobre el informe inicial de México (CRPD/C/MEX/1), también, determinar las autoridades responsables del juicio de amparo que el ciudadano actualizó y, por último, dirimir los lineamientos de la determinación en torno al derecho al trabajo de las personas con discapacidad a través de las reservas en el empleo público.

Respecto de obligatoriedad, o no, del porcentaje del 3 % que refiere el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las observaciones finales, de fecha 30 de septiembre de 2014, sobre el informe inicial de México (CRPD/C/MEX/1), lamentablemente, el Tribunal Constitucional del país, tajantemente, pero con argumentos incomprensibles respecto del carácter vinculante del derecho internacional en materia de derechos humanos, precisó:

“ [...]”

Con base en las consideraciones anteriores, no puede considerarse que el artículo 19, fracción I, de la Ley para Personas con Discapacidad del Estado de Baja California, al establecer una cuota laboral mínima del 2 % en la plantilla laboral del sector público para estas personas, resulte inconveniente por no establecer el 3 % que el Comité observó al Estado mexicano y por el que le recomendó establecer un mecanismo de monitoreo del cumplimiento de la cuota laboral para personas con discapacidad en el sector público.

Aunado a lo anterior, como se dijo, esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que estas observaciones no constituyen un instrumento internacional en materia de derechos humanos que sea obli-

gatorio para el Estado Mexicano, sino que tienen carácter orientador, por lo que, en todo caso, es conveniente acudir a su contenido, a efecto de alcanzar una plena y efectiva aplicabilidad que se refleje dentro del orden jurídico interno; por lo que el concepto de violación es infundado.

De esta manera, el parámetro vinculante es el previsto en la Ley para las Personas con Discapacidad del Estado de Baja California, que es del 2 % como mínimo en la plantilla laboral del sector público.

Ahora, tal como lo resolvió el juez de distrito, las autoridades responsables no demostraron el cumplimiento a la obligación impuesta en la Ley local en la materia, puesto que no exhibieron las políticas públicas, acciones, estrategias, programas, convocatorias y bolsa de trabajo que, a efecto de cumplir con la cuota laboral mínima exigida, se hayan emitido en el Estado de Baja California.

Con base en ello, esta Segunda Sala considera que para estar en aptitud de plantearse la cuota laboral del 3 % mínimo en el sector público, que refiere la observación al Estado mexicano realizada por el Comité para las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, primero debe verificarse el cumplimiento de la cuota del 2 % prevista en la ley local.

Lo anterior se sustenta en el principio de progresividad previsto en el artículo 1.º constitucional y en diversos tratados internacionales ratificados por México, que ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas.

Conforme a este principio, por lo que corresponde al legislador, éste tiene la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; además, impone una prohibición de regresividad, puesto que tiene prohibido, en principio, emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos”.

Al tratarse el aspecto de las autoridades responsables, con relación a la calidad o no de autoridad responsable a cargo del Gobernador del estado, determinó:

“Así, conforme al marco jurídico referido, el Gobernador del Estado tiene a su cargo, principalmente, el diseño de políticas públicas en materia de

inclusión de personas con discapacidad y, como titular de la Administración Pública local, es responsable de velar por el cumplimiento de las leyes que en la materia corresponde a sus subordinados jerárquicos, como el caso de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

En ese sentido, contrario a lo determinado por el juez de distrito, toda vez que el quejoso atribuye al Poder Ejecutivo del Estado, la omisión de dar cumplimiento al artículo 19 de la Ley para las Personas con Discapacidad en el Estado de Baja California, en cuanto a impulsar la integración de estas personas en el sistema ordinario de trabajo del sector público, garantizando que esta integración no sea menor al 2 % de la plantilla laboral del sistema; así como de estimular en ese sector, la creación y desarrollo de bolsas de trabajo; es inconcuso que es una de las autoridades encargadas de cumplir con tales obligaciones, por tener la atribución de diseñar políticas públicas e implementar las acciones, estrategias y programas que en el ámbito Estatal, a efecto de hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad y lograr la cuota laboral.

Ante lo fundado del agravio, lo procedente es revocar el sobreseimiento decretado por el a quo, respecto del acto atribuido al Poder Ejecutivo del Estado de Baja California”.

Y también se corroboró la vinculación, como autoridad responsable, de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social:

“Tercero. La Justicia de la Unión ampara y protege a Manuel Iván Verdugo Hernández, contra los actos reclamados, en el ámbito de sus atribuciones, al Gobierno de Estado, así como a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y a su Titular, todos del Estado de Baja California, para los efectos precisados en el último considerando de esta ejecutoria”.

Ahora, respecto de los lineamientos a seguir en la instrumentación de la cuota de reserva, así como del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, se definió:

“Por otra parte, contrario a lo que refiere el recurrente, en el caso, atendido a la naturaleza del acto reclamado, no se está en aptitud de ordenar a las autoridades responsables, la acción específica consistente en que las plazas que se desocupen a partir de esta fecha se ocupen con personas con discapacidad.

Así se considera porque, en primer lugar, el Gobierno del Estado de Baja California debe emitir las políticas públicas con base en las cuales la Secretaría del Trabajo y Previsión Social impulse la creación y desarrollo de bolsas de trabajo en el sector público, de tal manera que se requiere la práctica de distintas acciones por parte de las autoridades responsables a efecto de lograr cumplir con la cuota mínima establecida por el legislador local.

Con base en las consideraciones anteriores, esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación otorga un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de esta ejecutoria, a efecto de que las autoridades responsables, en el ámbito de sus competencias, den cumplimiento a las fracciones I y II del artículo 19 de la Ley para las Personas con Discapacidad en el Estado de Baja California, y adopten las políticas públicas y medidas pertinentes, entre ellas la creación de la bolsa de trabajo en el sector público para personas con discapacidad.

Para lo anterior, deberán acreditar ante el juez de amparo, la elaboración de un calendario con objetivos y metas establecidos, a efecto de garantizar de manera efectiva la inclusión de este grupo vulnerable en el ámbito laboral en el sector público, en el porcentaje mínimo del 2 % de la plantilla; y deberán informarle regularmente de las acciones efectivamente tomadas para su puntual cumplimiento”.

3.2. Actuación institucional de las autoridades responsables

La sentencia de amparo otorgó un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la ejecutoria, a efecto de que las autoridades responsables, en el ámbito de sus competencias, dieran cumplimiento a las fracciones I y II del artículo 19 de la Ley para las Personas con Discapacidad en el estado de Baja California, y adoptaran las políticas públicas y medidas pertinentes, entre ellas la creación de la bolsa de trabajo en el sector público para personas con discapacidad, esto, a efecto de garantizar de manera efectiva la inclusión de este grupo vulnerable en el ámbito laboral en el sector público, en el porcentaje mínimo del 2 % de la plantilla; así también, informarle regularmente, al Juez de Distrito, de las acciones efectivamente tomadas para su puntual cumplimiento. Así, una vez que ha ocurrido dicho término, en noviembre de 2022, y luego en diciembre de 2022, a efecto de conocer la institucionalización de aquellos lineamientos, y el cumplimiento de los mismos, se realizaron algunas solicitudes de acceso a la información pública, a través de la Plataforma Nacional de Transparencia, inicialmente dirigidas a la Oficialía Mayor de Gobierno, a la Secretaría del Trabajo y

Previsión Social, a la Consejería Jurídica, a la Secretaría de Gobierno y a la Secretaría de Inclusión del gobierno de Baja California, la solicitud se centró en dichas previsiones judiciales.

Después de variadas e insistentes peticiones, una vez que se recibió respuesta institucional, es posible observar tres aspectos relevantes en relación con la reacción institucional.

Desde la primera solicitud, las instancias consultadas negaron tener competencia para atender la petición, no obstante ser, algunas de ellas, autoridades responsables expresamente señaladas en el pronunciamiento y, curiosamente, entre ellas mismas se endosaban la efectiva y legal competencia para responder.

Por otra parte, derivado de la segunda petición, reconocieron tener una competencia parcial en el tema, pero proporcionaron información contradictoria y ajena a la solicitud concreta, por ejemplo, la Oficialía Mayor del Gobierno informó que la Norma para el Reclutamiento, Selección y Contratación de las Personas Servidores Públicos, la cual contempla las acciones realizadas encaminadas a cumplir con lo previsto en el artículo 19 de la Ley para las Personas con Discapacidad en el Estado de Baja California, sería publicada próximamente en el Periódico Oficial del Estado de Baja California, pero sobre ese punto en concreto la Secretaría de Inclusión Social e Igualdad de Género informó que, de acuerdo con información proporcionada por la Consejería Jurídica del Poder del Estado, el día 15 de marzo de 2017 dicha Norma fue publicada. Paradójicamente la Consejería Jurídica se excusó de estar entrando en funciones a partir de 01 de enero del año 2022, por lo que carecía de información al respecto.

Por último, visto lo anterior, la sentencia de amparo resultó irrelevante a las atribuciones, competencias, encomiendas y responsabilidades que les derivan de dicha resolución, así, en la tercera petición la Secretaría del Trabajo y Previsión Social sigue sosteniendo no ser autoridad responsable en el referido juicio de amparo, esto dio lugar a la interposición de recurso de revisión RR/0095/2023, el cual se radicó apenas el pasado 21 de marzo del año en curso, respecto de la última e insistente respuesta de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, el cual actualmente se está sustanciando. Es así que, las anteriores consideraciones se derivan del siguiente resumen de las respuestas a las diversas solicitudes de información pública antes descritas.

La Oficialía Mayor de Gobierno, al atender la solicitud de información 021166022000305, negó tajantemente ser competente para atender la petición y se limitó a señalar que la Secretaría del Trabajo y Previsión Social es la autoridad respon-

sable de las acciones que en materia laboral se impulsan en la ley y en los programas, en favor de las personas con discapacidad. Adicionalmente proporcionó datos relativos al Diagnóstico Rápido de la Administración Pública enfocado al Capital Humano del año 2022:

Número de personas con discapacidad que laboran en la Administración Pública Centralizada es de 105, equivalente al 2.37 por ciento del total de 4,435.

Lugares de trabajo y porcentaje:

| DEPENDENCIA | CON ALGUNA DISCAPACIDAD | TOTAL | PORCENTAJE |
|---|-------------------------|-------------|-------------|
| COORDINACIÓN DE GABINETE | 3 | 120 | 2.50 |
| SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO | 5 | 321 | 1.56 |
| OFICIALÍA MAYOR DE GOBIERNO | 12 | 536 | 2.24 |
| DIRECCIÓN DE COMUNICACIÓN SOCIAL | | 12 | |
| SECRETARÍA DE HACIENDA | 22 | 836 | 2.63 |
| SECRETARÍA DE LA HONESTIDAD Y LA FUNCIÓN PÚBLICA | 1 | 133 | 0.75 |
| SECRETARÍA DE PESCA Y ACUACULTURA | | 23 | |
| SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA, DESARROLLO URBANO Y REORDENACIÓN TERRITORIAL | 8 | 259 | 3.09 |
| SECRETARÍA DE ECONOMÍA E INNOVACIÓN | 3 | 82 | 3.66 |
| SECRETARÍA DEL CAMPO Y LA SEGURIDAD ALIMENTARIA | 11 | 135 | 8.15 |
| SECRETARÍA DE TURISMO | | 57 | |
| SECRETARÍA DE EDUCACIÓN | 1 | 113 | 0.88 |
| SECRETARÍA DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE | 2 | 50 | 4.00 |
| SECRETARÍA DE BIENESTAR | 8 | 169 | 4.73 |
| SECRETARÍA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL | 2 | 229 | 0.87 |
| DIRECCIÓN DEL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD Y DEL COMERCIO | 4 | 152 | 2.63 |
| SECRETARÍA DE CULTURA | | 6 | |
| SECRETARÍA DE INCLUSIÓN SOCIAL E IGUALDAD DE GÉNERO | 3 | 39 | 7.69 |
| SECRETARÍA DE SEGURIDAD CIUDADANA | 11 | 854 | 1.29 |
| SECRETARÍA PARA EL MANEJO, SANEAMIENTO Y PROTECCIÓN DEL AGUA | | 3 | |
| CONSEJERÍA JURÍDICA | 9 | 306 | 2.94 |
| | 105 | 4435 | 2.37 |

Posteriormente, en la solicitud de información 021166022000314, insistió en la misma respuesta:

- Lugares de trabajo y porcentaje:

| DEPENDENCIA | CON ALGUNA DISCAPACIDAD | TOTAL | PORCENTAJE |
|---|-------------------------|-------|------------|
| COORDINACIÓN DE GABINETE | | 120 | 2.50 |
| SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO | 5 | 321 | 1.56 |
| OFICIALÍA MAYOR DE GOBIERNO | 12 | 536 | 2.24 |
| DIRECCIÓN DE COMUNICACIÓN SOCIAL | | 12 | |
| SECRETARÍA DE HACIENDA | 22 | 836 | 2.63 |
| SECRETARÍA DE LA HONESTIDAD Y LA FUNCIÓN PÚBLICA | 1 | 133 | 0.75 |
| SECRETARÍA DE PESCA Y ACUACULTURA | | 23 | |
| SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA, DESARROLLO URBANO Y REORDENACIÓN TERRITORIAL | 8 | 259 | 3.09 |
| SECRETARÍA DE ECONOMÍA E INNOVACIÓN | 3 | 82 | 3.66 |
| SECRETARÍA DEL CAMPO Y LA SEGURIDAD ALIMENTARIA | 11 | 135 | 8.15 |
| SECRETARÍA DE TURISMO | | 57 | |
| SECRETARÍA DE EDUCACIÓN | 1 | 113 | 0.88 |
| SECRETARÍA DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE | 2 | 50 | 4.00 |
| SECRETARÍA DE BIENESTAR | 8 | 169 | 4.73 |
| SECRETARÍA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL | 2 | 229 | 0.87 |
| DIRECCIÓN DEL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD Y DEL COMERCIO | 4 | 152 | 2.63 |
| SECRETARÍA DE CULTURA | | 6 | |
| SECRETARÍA DE INCLUSIÓN SOCIAL E IGUALDAD DE GÉNERO | 3 | 39 | 7.69 |
| SECRETARÍA DE SEGURIDAD CIUDADANA | 11 | 854 | 1.29 |
| SECRETARÍA PARA EL MANEJO, SANEAMIENTO Y PROTECCIÓN DEL AGUA | | 3 | |
| CONSEJERÍA JURÍDICA | 9 | 306 | 2.94 |
| | | 444 | 1.87 |

- El rango de edad es de 26 años a 83 años.
- La modalidad de contratación de las personas con discapacidad:

| RELACION LABORAL | PORCENTAJE |
|-------------------------|------------|
| BASE | 66.67 |
| CONFIANZA | 24.76 |
| RELACIÓN ADMINISTRATIVA | 8.57 |

- Sexo de las personas con discapacidad:

| SEXO | PERSONAS |
|---------|----------|
| MUJERES | 33 |
| HOMBRES | 72 |
| TOTAL | 105 |

Por su parte, la Secretaría General de Gobierno, respecto de la solicitud de información 021167622000435, también negó tajantemente ser competente para atender la petición y sugirió redireccionar la solicitud a la Consejería Jurídica, por ser la dependencia que cuenta con la información y/o documentación solicitada, al contar con los expedientes de los juicios de amparo sujetos a cumplimiento por parte del Ejecutivo del Estado. Después, en la solicitud de información 021167622000528, manifestó no ser de su competencia generar, poseer, o administrar la información relacionada con documentar discapacidad de algún servidor público.

Tratándose de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en la primera solicitud de información 021167522000142, sostuvo no contar con atribuciones para determinar el cumplimiento de las previsiones que se contienen en la sentencia de amparo reseñada, al no ser parte directa de dicho juicio, y señaló que, en relación a la bolsa de trabajo en el sector público, dicha atribución corresponde a la Oficialía Mayor de Gobierno de conformidad con lo establecido en el artículo 33 fracción II de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Baja California, e informó que en esa Secretaría actualmente laboran dos personas con discapacidad motriz permanente:

| EDAD | MODALIDAD DE CONTRATACIÓN | SEXO | PUESTO | UNIDAD DE ADSCRIPCIÓN | RANGO DE SALARIO | HORARIO LABORAL | FECHA DE INGRESO | ACTIVIDADES A REALIZAR |
|------|---------------------------|------|-----------------------------|--|-------------------------|--|------------------|---|
| 45 | CATEGORÍA BASE | H | AYUDANTE DE OFICIOS VARIOS | PROCURADURÍA ESTATAL DE LA DEFENSA DEL TRABAJO | ALREDEDOR DE LOS 25,000 | DE LAS 8 A LAS 15 HRS DE LUNES A VIERNES | 2/AGO/2021 | APOYA A LOS PROCURADORES AUXILIARES EN OFICIOS VARIOS |
| 55 | CATEGORÍA BASE | H | ASESOR DE INCLUSIÓN LABORAL | DIRECCIÓN DE PREVISIÓN SOCIAL | ALREDEDOR DE LOS 25,000 | DE LAS 8 A LAS 15 HRS DE LUNES A VIERNES | 19/JUL/2021 | PROMOCIÓN DEL PROGRAMA DE INCLUSIÓN LABORAL DEL SERVICIO NACIONAL DEL EMPLEO B.C. |

Enseguida, al atender la segunda solicitud de acceso a la información pública 021167522000151, siguió manifestando exactamente lo mismo.

Y, por último, en la respuesta a la solicitud de acceso a la información pública 021167522000159 amplió la información, pero la afirmación de no ser parte en el juicio de amparo se mantuvo. Tratándose de sus atribuciones en el tema señaló que, a través de la Dirección de Previsión Social, realiza visitas a empresas para sensibilizarlos y promover los programas de inclusión laboral que se ofrecen en la Dirección del Servicio Nacional del Empleo Baja California, también indicó contar con una herramienta eficaz de vinculación laboral “abriendo espacios” para personas con discapacidad y adultos mayores, con esta herramienta se trata de hacer que a las personas con discapacidad se les reconozca como población vulnerable, pero en igualdad de condiciones, como parte del proceso para promover la inserción al mercado de trabajo de estas personas. Abriendo Espacios lleva a cabo la evaluación del candidato para conocer o determinar su perfil laboral, eso informó el sujeto obligado.

Ahora bien, la Consejería Jurídica del Estado, al atender la petición 22756522000113 formulada, informó no ser competente para conocer y atender la solicitud, ordenó dirigir la misma a la Unidad de Transparencia de Oficialía Mayor de Gobierno del Estado, así como a la Unidad de Transparencia de la Secretaría del Trabajo y Prevención Social. El sentido de su respuesta prevaleció en la segunda solicitud de acceso a la información pública.

Por último, la Secretaría de Inclusión Social e Igualdad de Género, tratándose de la solicitud de acceso a la información pública 022792522000025 informó que, de acuerdo con la información proporcionada por la Consejería Jurídica del Poder del Estado, el día 15 de marzo de 2017 se publicó en el Periódico Oficial la Norma para el Reclutamiento, Selección, Contratación y Capacitación de los Servidores Públicos y posteriormente se exhibieron ante el Juez de Distrito, y que el 05 de septiembre de 2019, tuvieron por cumplido el fallo protector y se ordenó el cierre definitivo del expediente.

Posteriormente, en vista del nulo resultado obtenido de las instancias directamente obligadas por disposición legal, también al Congreso del Estado se le formuló solicitud de acceso a la información pública, instancia que señaló la competencia de diverso sujeto obligado: la Secretaría General de Gobierno y la Oficialía Mayor del Poder Ejecutivo del Estado de Baja California.

De lo anterior se desprende, nuevamente, la falta de probidad de las instituciones en su actuación oficial, de su falta de interés y, sobre todo, de su reincidente actitud de vulneración de los derechos humanos.

3.3. Eficacia material de la sentencia en el ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad

Una vez que se ha agotado el ejercicio doctrinal y fáctico del cumplimiento institucional con los lineamientos de la sentencia de amparo es posible establecer tres premisas básicas que permiten concluir la ineficacia de la sentencia del amparo en revisión 148/2018 en la real materialización o concreción del derecho de acceso al empleo de las personas con discapacidad a través del mecanismo de las cuotas de reserva en el sector público, esto es así por la evidente falta de voluntad política y legal de los diferentes actores jurídicos, incluida la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No esperaríamos más de las autoridades responsables, al final no hay mucho en que cumplir, basta con crear un cronograma de programas y listo, y mucho menos de los legisladores para apropiarse de, al menos, el carácter “orientador” de la inclusión normativa de las cuotas de reserva en la disposición federal específica que, tan rezagada está, no solo no se habla de cuotas de reserva, siquiera los ajustes razonables se mencionan, así, es imposible no establecer la ineficacia de tan notable doctrinal pronunciamiento:

Primera. La consideración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que las observaciones del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas no constituyen un instrumento internacional en materia de derechos humanos que sea obligatorio para el Estado Me-

xicano, sino que tienen carácter orientador, por lo que, en todo caso, es conveniente acudir a su contenido, a efecto de alcanzar una plena y efectiva aplicabilidad que se refleje dentro del orden jurídico interno, es absolutamente contradictorio con el sistema de protección de derechos humanos que tanto se pregonó en la décima época del Semanario Judicial de la Federación, es decir, lo que el Tribunal Constitucional revela es que los instrumentos internacionales resultan vinculantes a conveniencia política o jurisprudencial, no al servicio de la justicia y de los gobernados. Quién mejor que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad para pronunciarse sobre los alcances de la Convención, dicho organismo es el máximo intérprete de la norma específica, no se trata de que sus deliberaciones orienten, sus interpretaciones deben vincular de manera directa, pues, lo dicho, se trata de una interpretación autorizada y directa del ordenamiento internacional, por esa sola razón deben vincular si el Estado ha ratificado la Convención, sostener que solo la Convención obliga, pero no la interpretación de su contenido, es tanto como desconocer su esencialidad, un documento vale en la medida que se aplica, que se observa, que se cumple, por ello, la interpretación de las normas es la manera más recurrente de aplicarse, en ese contexto, los argumentos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto, se antojan arcaicos.

Segunda. El Tribunal Constitucional del país, sostiene que, contrario a lo que refiere el reclamante, en el caso, atendiendo a la naturaleza del acto reclamado, no se está en aptitud de ordenar a las autoridades responsables, la acción específica consistente en que las plazas que se desocupen a partir de esta fecha, se ocupen con personas con discapacidad, esto es, en parte, aceptable, sin embargo, también resultaba posible que se emitiera un criterio que vinculara la cuota de reserva a partir de la sentencia, es decir, que se establecieran directrices para que, a partir de la resolución, ese porcentaje de reserva se materializara no a través de programas de colocación, sino de criterios observables obligatoriamente, esto a través de la interpretación de los múltiples instrumentos jurídicos que la sentencia transcribe, solo así se garantiza el cumplimiento de la cuota y, por supuesto, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el sector público, pues, en los términos que se sentenció, en realidad, no se resolvió el problema de la materialización fáctica, y comprobable, de las cuotas de reserva, es decir, de la real contratación de personas con discapacidad en el empleo público aplicando el derecho a la cuota de reserva. Por ello, la construcción conceptual y legal del contenido del derecho al trabajo, antes reseñada, pese a que se trata de un grupo en condiciones de vulnerabilidad, parece no tener aplicación, denegándose abiertamente el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

Tercera. Las autoridades responsables son omisas y contradictorias, incluso en los limitados lineamientos que estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación, todas, curiosamente, revelaron ser incompetentes en el cumplimiento de la sentencia de am-

paro, nada informaron respecto de lo específicamente solicitado, y lo poquísimo que manifestaron fue para constatar su desconocimiento en el tema, su falta institucional de interés en sus responsabilidades legales y su más puntual incumplimiento con los parámetros de la sentencia –acreditar ante el juez de amparo, la elaboración de un calendario con objetivos y metas establecidos, a efecto de garantizar de manera efectiva la inclusión de este grupo vulnerable en el ámbito laboral en el sector público, en el porcentaje mínimo del 2 % de la plantilla; y deberán informarle regularmente de las acciones efectivamente tomadas para su puntual cumplimiento–.

Cuarta. La recién aprobada Observación General núm. 8 (2022) sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad al Trabajo y al Empleo es un estupendo instrumento que debe regir, en adelante, la política pública nacional tendiente a proteger, garantizar y promover el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, para reconocer este derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales y adoptar un plan de acción detallado para su realización. Ahora bien, esta instrumentación, se ha visto ya, no será espontánea, amerita la participación de sus destinatarios, pero también de juristas, litigantes y académicos, para cuestionar, demandar y evidenciar la omisión, la incorrecta, limitada o restrictiva acción del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALARCÓN CARACUEL, M. R. “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar” en *Revista de Política Social*. N.º 121. España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1979.
- ARROYO YANES, L. M. *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*. Valencia. Tirant lo Blanch. 1994.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. F. *Derecho al trabajo y proceso de amparo*. Perú. Editorial Palestra. 2017.
- CHAMIZO DE LA RUBIA, J. “A modo de introducción: los derechos humanos y su vulnerabilidad en el distrito V de Huelva”, en Manuela A. DE PAZ BÁÑEZ, María José ASENSIO COTO y María Isabel FRANCO LIGENFERT (Coordinadoras.). *Plan integral Distrito V de Huelva 2000/2003*. España. Servicios de Publicaciones Universidad de Huelva. 2017.
- Decreto promulgatorio del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado en la ciudad de San Salvador, el diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 01 de septiembre de 1998. Primera Sección. Tomo DXL. No. 1. [En línea]. México. 1998. Disponible en: <http://www.dof.gob.mx>

- DÍAZ DE ATAURI, P. G. *El coste del despido y otras formas de terminación del contrato de trabajo por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico*. España. Thomson Reuters y Lex Nova. 2014.
- DÍEZ DE VALASCO, M. y SOBRINO HEREDIA, J. M. “La política social internacional”, en Gregorio PECES BARBA, Manuel DÍEZ DE VELASCO y José Manuel SOBRINO HEREDIA (Coautores). *Garantía internacional de los derechos sociales. Contribución de Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo del voluntariado*. Madrid. Ministerio de Asuntos Sociales. 1990.
- JAHAN, S. *Panorama general. Informe sobre desarrollo humano 2015. Trabajo al servicio del desarrollo humano*. Washington DC. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. 2015.
- MÉDA, D. “El valor trabajo visto en perspectiva”, en Jean Michel SERVAIS, Patrik BOLLÉ y Mark LANSKY (Coordinadores). *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. 2007.
- MEZZETTI, L. *Los derechos sociales fundamentales*. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica. 2015.
- MOLINA HIGUERA, A. *Contenido y alcance del derecho individual al trabajo. Marco para la evaluación de la política pública del derecho al trabajo desde una perspectiva de derechos humanos*. Bogotá. Imprenta Nacional de Colombia. 2005.
- Naciones Unidas. *Doc. E/1991/23. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Observación General N.º 3*. Aprobada en el 5.º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, celebrado en 2009. [En línea]. [Fecha de consulta: 12 de marzo de 2023]. Disponible en: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=uploads/RTEmagicP_1452
- KELLY, G. M. “Empleo y conceptos del trabajo en la nueva economía mundial”, en Jean Michel SERVAIS, Patrik BOLLÉ y Mark LANSKY (Coordinadores). *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. 2007.
- Rerum Novarum. Sobre la cuestión obrera y radiomensaje de S.S. Pío XII en el cincuentario de la “Rerum Novarum”*. [En línea]. México. Ediciones Paulinas. [Fecha de consulta: 12 de abril de 2023]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/46080/1/208314.pdf>
- REY PÉREZ, J. L. “El derecho al trabajo en las sociedades sin empleo como principal problema”, en M.ª Isabel GARRIDO GÓMEZ (Editora). *La eficacia de los derechos sociales hoy*. Madrid. Editorial Dykinson, S.L. 2013.

- SCIACCA, M. F. “La idea del trabajo en el pensamiento de Michele Federico Sciacca”, en *Cultura Económica*. Año 2005, Número 64. Dedicado a: El problema del trabajo. [En línea]. Argentina. Pontificia Universidad Católica Argentina: Centro de Estudios de la Sociedad Industrial (CESI). 2005. [Fecha de consulta: 12 de marzo de 2023]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1351702>
- SERNA BERMÚDEZ, F. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires. La Ley. 2000.
- SILVA MEZA, J. N. “Derecho al mínimo vital. Su contenido y relevancia”, en Magdalena CERVANTES ALCAYDE *et al.* (Coordinadores.). *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2014.
- SUPIOT, A. “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, en Jean Michel SERVAIS, Patrik BOLLÉ y Mark LANSKY (Coordinadores). *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. 2007.
- UGARTE CATALDO, J. L. *Derecho del trabajo: invención, teoría y crítica*. Chile. Legal Publishing y Thomson Reuters. 2014.

Alberto Bartolomé Aragón

Redactor Digital CERMI.

Doble graduado en Periodismo y Ciencias Políticas y Gestión Pública,
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, 2013-2020.

Estudiante de Máster en Filosofía de la Historia: Democracia y Orden Mundial,
Universidad Autónoma de Madrid, 2020-Actualidad.

UNA MIRADA HISTÓRICA SOBRE EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD*

A HISTORICAL LOOK ON THE CONCEPT OF DISABILITY

SUMARIO: 1. Introducción. –2. El paradigma tradicional. –3. El paradigma médico. –4. El paradigma de la discapacidad. Segunda mitad del S. XX. –5. Consideraciones finales. –6. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

Esta breve investigación realiza un recorrido filosófico-histórico sobre el concepto de discapacidad y las personas con discapacidad en el nivel político, económico, social y cultural en distintas sociedades políticas occidentales a lo largo de la historia. Desde la Antigua Grecia (perspectiva ligada al deterioro), hasta nuestras sociedades actuales (perspectiva ligada a lo social).

* Recibido el 23 de febrero de 2023. Aprobado el 23 de junio de 2023.

ABSTRACT

This brief investigation takes a philosophical-historical journey on the concept of disability and people with disabilities at a political, economic, social and cultural level in different western political societies throughout history. From Ancient Greece (perspective linked to deterioration), to our current societies (perspective linked to the social).

Palabras clave: Discapacidad, paradigma, social, historia.

Keywords: Disability, paradigm, social, history.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se hará un recorrido histórico sobre el papel que ha desempeñado la discapacidad como concepto y las personas con discapacidad en los planos político, económico, social y cultural en distintas sociedades. Comenzando desde la Antigua Grecia (visión enfermiza de la discapacidad, intrínsecamente ligada a la vejez y su deterioro), hasta la actualidad, donde se han consolidado ciertos derechos políticos, sociales y laborales, pero aún resta mucho por hacer para salvar el cariz discriminatorio que se les ha otorgado a las personas con discapacidad desde muchos siglos atrás (Antigua Grecia, ideal de eterna juventud, belleza y autonomía), al menos en la civilización occidental.

En la actualidad, si se busca la palabra discapacidad en la Real Academia de la Lengua Española, se encuentra lo siguiente en la primera acepción:

“Situación de la persona que, por sus condiciones físicas, sensoriales, intelectuales o mentales duraderas, encuentra dificultades para su participación e inclusión social”

El concepto de discapacidad es esencialmente un término moderno, aunque ya ha experimentado de varios cambios de significado, gracias a las reivindicaciones de organizaciones que defienden a las personas con discapacidad y a los nuevos roles (menos marginales) que desarrollan las personas con discapacidad. No hay que olvidar que, hasta hace relativamente poco, lo habitual era el uso de términos con una carga tremendamente negativa y peyorativa como: mongólico o minusválido.

Por tanto, más allá de estos cambios recientes, la carga negativa asociada a la discapacidad ha sido una constante en las sociedades occidentales a lo largo de la historia y lo vamos a referenciar aludiendo a tres paradigmas sobre la discapacidad que han tenido lugar en el devenir histórico: el paradigma tradicional, el paradigma médico y el paradigma de la discapacidad.

2. EL PARADIGMA TRADICIONAL

Durante la Antigüedad y la Edad Media la concepción de la discapacidad (aunque no estuviera formulada como tal) estaba orientada a la “prescindibilidad” de las personas que ostentaban esta situación dentro de la comunidad. Principalmente por dos cuestiones: por haber recibido una especie de castigo divino (raíz religiosa y síntoma de malos augurios) o por considerar que iban a ser de nula utilidad para la sociedad (solo son una carga y su vida no merece ser vivida).

Partiendo de estos dos presupuestos culturales de la discapacidad, se produjeron dos fenómenos generalizados para resolver esta concepción problemática. Por un lado, la eugenesia (dando muerte al niño) fue la práctica que caracterizó a la antigua sociedad griega, bien conocido es el caso de los espartanos (sociedad muy militarizada) que arrojaban a los recién nacidos por las laderas del monte Taigeto en caso de tener algún tipo de anomalía física que les hiciera incapaces para la guerra.

Por otro lado, en la Edad Media, con el asentamiento de la religión cristiana como eje político, social y cultural de los pueblos europeos, se optó por la práctica de la marginación social a través del abandono de los niños en su más tierna infancia (separación del aspecto maligno).

Platón y Aristóteles fueron filósofos que cimentaron esta “cosmovisión” de la discapacidad en el mundo clásico (y, por tanto, hasta la actualidad). Por su parte, Platón aseveró lo siguiente a este respecto:

“Digo, pues, que ya ha sido sentado el principio de que los mejores de cada sexo deben unirse con los mejores con tanta frecuencia, y los inferiores con los inferiores tan rara vez, como sea posible; y que es preciso criar a los vástagos del primer tipo de unión, pero no del segundo, si la estirpe se ha de mantener en condiciones óptimas. Los funcionarios pertinentes llevarán los hijos de los padres selectos al redil o guardería, y allí los depositarán en manos de ciertas nodrizas que habitarán un cuarto separado; pero los vástagos de los inferiores, o de los superiores cuando hayan nacido deformes, serán rechazados”.

Aristóteles apuntalaba esta visión, en aras de salvaguardar la polis:

“En cuanto a la exposición o crianza de los hijos, debe ordenarse que no se críe a ni uno defectuoso”.

Diametralmente opuesto, en ambos casos, era el trato dispensado a aquellas personas con discapacidad que habían alcanzado esa condición en su etapa de juventud o de madurez, ya que no había un motivo maligno en un plano religioso. Es llamativo, que, en caso de mutilaciones o deformaciones acontecidas en un conflicto bélico, tanto en la polis griega como en el imperio romano, no sólo no eran sancionados socialmente, sino que encima percibían una especie de “pensión” como soldado. Aunque rompían el ideal de belleza clásico, tan aclamado y perseguido en la época, con todos los prejuicios negativos que eso generaba (imagen del dios Hefesto, como referencia mitológica).

El cristianismo fue clave para reducir el número de infanticidios por el mero hecho de tener deformidades físicas o algún problema cognitivo, derivando en el abandono de los infantes en orfanato u hospicios religiosos. Esto dejaba en un contexto de marginación social, pobreza económica y dependencia absoluta que abocaba a las personas con discapacidad a la mendicidad, escenario propicio para que las personas pudientes limpiaran su conciencia ofreciéndoles limosna o intentando realizar milagros curativos que le permitieran ser santificados por la Iglesia. Este paradigma sobre la discapacidad que dejaba en una situación deplorable a la persona que estaba en esta situación se mantuvo vigente hasta bien entrado el siglo XX (con todos los cambios políticos, sociales y culturales que acontecieron hasta entonces).

3. EL PARADIGMA MÉDICO

Este cambio de paradigma sobre la discapacidad acontece tras la Primera Guerra Mundial y la incorporación de legislaciones que regularan la seguridad social, a comienzos del siglo XX. Los miles de mutilados de la Gran Guerra y la pujanza de nuevas leyes laborales hicieron desterrar el concepto de discapacidad del terreno del mal divino, pasando a ser como una enfermedad potencialmente curable y subsanable con el tratamiento apropiado, lejos de la marginación social de antaño.

Este nuevo paradigma poseía dos aspectos claves: las causas que generaban la discapacidad y el rol social a ocupar de la persona con tal discapacidad. En primer lugar, las causas de la discapacidad ya no son religiosas, sino de carácter científico-biológico (deficiencia biológica), y, por ende, con capacidad para ser tratadas y prevenidas. En segundo lugar, con el tratamiento rehabilitador adecuado la persona con discapacidad

puede paliar sus deficiencias (aspiración constante a ser como otro, el normal, por tanto, es un paradigma que sigue sin integrar la discapacidad) y seguir aportando a la comunidad.

Los Estados comienzan a dar cobertura social a las personas con discapacidad, a través de la implementación de políticas públicas que facilitaran el acceso a los recursos médicos y técnicos necesarios, e incluso, el acceso al mercado laboral. Hay una revalorización de la vida de la persona con discapacidad, aunque no deja de estar sostenida por la visión paternalista de un Estado que a través de su “beneficencia estatal” mantiene los lazos de personas dependientes de él para las personas con discapacidad.

La persona con discapacidad queda relegada a un segundo plano, a expensas de la asistencia médica, de su proceso de rehabilitación y del diagnóstico médico. Este enfoque de la rehabilitación médica deja a la concepción de la discapacidad en una situación discriminatoria, puesto que el elenco de capacidades que ha de tener una persona es una valoración subjetiva, marcada por sus circunstancias vitales y culturales; y que provoca la promoción única y exclusiva de las capacidades que interesan a nivel social en un momento determinado, en detrimento de otras capacidades o preferencias que puedan tener las personas de esa comunidad, no sólo personas con discapacidad.

Bajo este paradigma tiene lugar uno de los acontecimientos más abominables de la historia de la humanidad, y en particular a las personas con discapacidad les afectó enormemente. Fue el Holocausto que realizaron los nazis durante el III Reich, donde murieron en torno a 270.000 personas con discapacidad (uno de los grupos más diezmados del genocidio), con la intención de depurar la raza aria y dotarla de mayor dignidad y grandeza según los postulados político-biologicistas (tener discapacitados era una mácula para su raza en la concepción del nacional socialismo alemán).

4. EL PARADIGMA DE LA DISCAPACIDAD. SEGUNDA MITAD DEL S. XX

El surgimiento de este paradigma de la discapacidad se produce en Estados Unidos, durante la década de los años 60 del siglo XX, canalizado por el Movimiento de Vida Independiente. Se establecen puntos de vista diferentes en el plano moral a la hora de aproximarse al concepto de discapacidad.

Estas modificaciones implicaban rehusar taxativamente que a las personas con discapacidad se les definiera por sus características físicas. También se difundió la idea de que la autonomía personal no residía en la realización de los quehaceres diarios, sino que se encontraba en el hecho de adueñarse del destino de la propia vida de cada uno.

Este enfoque rupturista con respecto a lo tradicional conducía a conceptualizar la discapacidad como un asunto social (extirpándolo de lo meramente individual). Las deficiencias ya no pertenecen al cuerpo de la persona con discapacidad, sino que son un producto social, resultado de la interacción de la persona con discapacidad y su entorno social (entorno social no adaptado previamente). Esto es todavía más palmario en entornos urbanos, concebidos para la producción y la actividad económica, del cual las personas discapacitadas han sido tradicionalmente excluidas. El paradigma de la diversidad postula como imprescindible que las sociedades cubran las necesidades de todas las personas, integrando de esta forma la discapacidad (entre otras muchas diversidades que se dan en las sociedades actuales).

Las causas de la discapacidad al pertenecer a un ámbito social, político y cultural, y asumiendo que las personas con discapacidad están a la misma altura en potencial generador para la comunidad que personas sin ninguna discapacidad, convierten a la discapacidad en un asunto que protegen los derechos humanos. Así lo ha oficializado la ONU (entre otros muchos organismos internacionales y nacionales) a finales del siglo XX. Abordándolo como un asunto que involucra a la dignidad humana (tener derecho a una vida digna), y de la mano, la no discriminación y el derecho a la igualdad de oportunidades.

Esta nueva y actual perspectiva de la discapacidad también trata de resolver los estereotipos negativos sobre la discapacidad, integrando la diversidad en la propia sociedad (no formando guetos o ambientes exclusivos de personas con discapacidad al margen de la sociedad). Y por supuesto, eliminando barreras que impidan el pleno desarrollo vital de las personas con discapacidad (a nivel arquitectónico, social, cultural, etc.).

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la propia Asamblea de Naciones Unidas y ratificada por países como España desde hace 15 años, se está logrando imponer poco a poco a nivel mundial como perspectiva hegemónica que promueve y garantiza la titularidad de derechos de las personas con discapacidad a través de todo su articulado. Aun así, es una época todavía temprana (no han transcurrido ni dos décadas desde su aprobación) para ponderar en su justa medida a nivel histórico y filosófico el impacto que pueda tener la Convención en materia de discapacidad, sobre todo conceptualmente.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Me gustaría acabar el presente trabajo con dos reflexiones breves. Por una parte, poner de manifiesto que la visión tradicionalmente negativa de la discapacidad (que hoy en día persiste) procede en gran medida de la Antigua Grecia y esa íntima ligazón con la vejez como cuestiones enfermizas que conducen a la muerte. Esta perspectiva de la discapacidad-vejez la recogen las escuelas helenísticas, que, junto con los pensamientos de Platón y Aristóteles, son los elementos configuradores de la civilización occidental. La búsqueda de la juventud eterna (belleza y autonomía) y el tabú alrededor de la muerte (más extendido en sociedades capitalistas de consumo actuales, donde el “límite” se tiende a olvidar, en lo material y en lo vital) que presenta Occidente históricamente, abocan a la marginación, al ocultamiento y a lo negativo, tanto a la vejez, como a la discapacidad.

Y, por otra parte, dejar constancia de que la dependencia que requieren ciertas personas con discapacidad en el plano económico y social arrastra una carga muy negativa en una sociedad como la actual con una mentalidad utilitarista, donde todo se rige por los criterios de coste/beneficio en una dinámica de productividad frenética (todo es calculable, y los cuidados y la dependencia en este sentido se percibe como un lastre en lo personal y en lo político-económico). Sin embargo, tal y como está configurada el sistema actual la interdependencia es clave en el desarrollo de la vida (dependen del autobusero, del panadero, etc.), pero no arrastra el carácter peyorativo que sí tiene en el caso de las personas con discapacidad o envejecidas. Una prueba que evidencia esta cosmovisión a nivel político es la merma y desmantelamiento constante que sufren los sistemas de dependencia en los países occidentales, teniendo encima una población cada vez más envejecida.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. (sf). *Política*, 1335b, 21-22.
- BASTIAS, J. L. La conceptualización de la discapacidad a través de la historia: una mirada a través de la evolución normativa. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México: 2019, 69(273-2), 835-856.
- CÁCERES, M. D. P. O., ARIAS-VALENCIA, S. A. & HERNÁNDEZ-QUIRAMA, A. Configuración histórica de la discapacidad visual y sus indicaciones para la salud pública. *Salud UIS*, 2019, 51(3), 252-261.
- DALMEDA, E. y CHHABRA, G. Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas. *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, 2019, 7(1), 7-27.

- GÓMEZ, L. E., VERDUGO, M. A. y ARIAS, B. Calidad de vida individual: avances en su conceptualización y desafíos emergentes en el ámbito de la discapacidad. *Psicología Conductual*, 2010, 18(3), 453-472.
- LIZAMA, V. V. Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico. *Revista empresa y humanismo*, 2012, 115-136.
- MASÍS, R. L. Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico-político internacional: el paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad. *Alteridad*, 2011, 6(1), 102-108.
- PLATÓN. (sf). *República*, 459e.
- REALACADEMIA ESPAÑOLA. Definición de la palabra “Discapacidad”. 2021. Recuperado de <https://dle.rae.es/discapacidad>
- SCHALOCK, R. L. Hacia una nueva concepción de la discapacidad. *Siglo cero*, 1999, 30(1), 5-20.
- VALENCIA, L. A. *Breve historia de las personas con discapacidad: de la opresión a la lucha por sus derechos*. 2014.
- VELÁZQUEZ, E. D. Reflexiones epistemológicas para una sociología de la discapacidad. *Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico*, 2020, 14(2/1), 67-81.

PROPUESTAS NORMATIVAS Y/O JURÍDICAS

Jaime Delgado García-Pomareda

Abogado en Bird & Bird

¿SUEÑAN LOS CÍBORGS CON OREJAS ELÉCTRICAS? PROPUESTA DE UN NUEVO LÍMITE EN EL SISTEMA DE EXCEPCIONES DE ACCESIBILIDAD PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD APLICABLE A LOS USUARIOS DE IMPLANTES BIÓNICOS*

DO CÍBORGS DREAM OF ELECTRIC EARS? PROPOSAL FOR A NEW LIMITATION IN THE SYSTEM OF ACCESSIBILITY EXCEPTIONS FOR PEOPLE WITH DISABILITIES APPLICABLE TO USERS OF BIONIC IMPLANTS

SUMARIO: 1. Introducción. –2. El papel de la propiedad intelectual e industrial ante el cese del funcionamiento de implantes biónicos. –3. Necesidad de ampliar el sistema de límites de accesibilidad en favor de los usuarios de implantes biónicos; 3.1. Antecedentes legislativos y trasfondo del sistema de excepciones de accesibilidad para personas con discapacidad; 3.2. ¿Da respuesta el sistema actual de excepciones al abandono sufrido por usuarios de implantes cibernéticos ante el cese de su explotación?; 3.3. Propuesta de ampliación del sistema de excepciones para incluir a los usuarios de implantes cibernéticos. –4. Conclusiones.

* Recibido el 27 de marzo de 2023. Aprobado el 23 de junio de 2023.

RESUMEN

El trabajo pretende señalar los riesgos que un desarrollo tecnológico desacompañado con la normativa de propiedad intelectual. En particular, se exponen casos en los que las vicisitudes ocurridas al titular de los derechos de explotación de implantes biónicos han dejado en situación de vulnerabilidad a sus usuarios, así como las insuficiencias del sistema de excepciones configurado en la Ley de Propiedad Intelectual actual.

Tras este análisis, se propone una ampliación de dicho sistema de límites, que prevenga la indefensión de los usuarios de implantes biónicos cuyo funcionamiento dependa de los derechos de propiedad intelectual de las empresas comercializadoras.

ABSTRACT

The paper aims to point out the risks of a technological development out of step with intellectual property regulations. Particularly, examples are presented in which the vicissitudes occurred to the holder of the exploitation rights of bionic implants have left their users in a situation of vulnerability, as well as the inadequacies of the system of exceptions configured in the current Spanish Intellectual Property Act.

Following this analysis, an extension of this system of limits is proposed to prevent the defenselessness of the users of bionic implants whose functioning depends on the intellectual property rights of the commercializing companies.

Palabras clave: propiedad intelectual, discapacidad, derechos de las personas con discapacidad, accesibilidad universal, implantes biónicos, excepción, límites, software, tecnología.

Keywords: intellectual property, disability, rights of persons with disabilities, universal accessibility, bionic implants, exception, limits, software, technology.

Yo he visto cosas que vosotros no creeríais. Atacar naves en llamas más allá de Orión. He visto rayos-C brillar en la oscuridad cerca de la Puerta de Tannhäuser. Todos esos momentos se perderán en el tiempo, como lágrimas en la lluvia. Es hora de morir.

Blade Runner (1982)

1. INTRODUCCIÓN

El discurso que encabeza el presente artículo es pronunciado por el replicante –androide– Roy Batty, en la célebre película de culto *Blade Runner*, dirigida por Ridley Scott y basada en un relato del escritor estadounidense Philip K. Dick titulado *¿Sueñan los androides con ovejas eléctricas?* Tanto la película como el relato han jugado un papel fundamental en el desarrollo de la narrativa de ficción posterior sobre androides¹. Es importante tener en cuenta que no debe confundirse el término androide con el de cýborg: si un androide es un ser completamente artificial con apariencia humana, un cýborg es una criatura o persona compuesta por materia orgánica y dispositivos tecnológicos o cibernéticos, con el objetivo de mejorar sus capacidades o sentidos.

Hoy en día, la tecnología ha avanzado lo suficiente como para que muchas de las predicciones plasmadas en estas obras se hayan materializado en nuestra sociedad. La creación de androides, inteligencias artificiales y el implante de elementos cibernéticos en personas ya no nos resultan sorprendentes, no ocupan portadas de periódicos y se han convertido en parte de nuestra cotidianidad, como lo eran para Harrison Ford en el papel de Deckard yendo tranquilamente a cenar fideos en su coche volador.

De todos los avances enunciados, el objetivo de este trabajo se centra precisamente en un sector de la población que –desde una perspectiva futurista– podrían ser calificados como cýborgs: personas que, para superar o compensar alguna discapacidad, han accedido a implantes tecnológicos que les han permitido recuperar el oído, la visión, la movilidad o un larguísimo etcétera.²

Ante la demanda del mercado y el progreso de la ciencia, miles de compañías son las responsables de la invención de los productos necesarios para convertir ese sueño en realidad. Para proteger su trabajo e inversiones, lo más habitual es que sus desarrollos se protejan mediante las leyes de propiedad intelectual aplicables.

¹ Robots con aspecto, movimientos y algunas funciones propias de un ser humano.

² Incluso existen implantes que, en teoría, permiten experimentar más sentidos de los convencionales: el artista Neil Harbisson nació con acromatopsia, lo que únicamente le permitía ver en blanco y negro. Mediante una antena implantada en su cráneo, Neil Harbisson asegura poder escuchar los colores. ORFILA, M., De humano a cýborg: quién es Neil Harbisson, el primer cýborg de la historia. *El Observador*, 16 de marzo de 2019. Fecha de última consulta: 27 de marzo de 2023. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.elobservador.com.uy/nota/de-humano-a-cýborg-la-historia-de-neil-harbisson-el-primero-cýborg-de-la-historia-201931595557>

Sin embargo, al igual que cualquier otro participante en el tejido empresarial, estas entidades no son inmunes a la quiebra o la falta de fondos o rentabilidad para poner en práctica y mantener sus proyectos. Este es el caso de Second Sight Medical Products (“SSMP”), una empresa estadounidense que quebró en 2020, dejando desamparadas a más de 350 personas invidentes que habían recuperado parte de su visión gracias a sus servicios.³ Aunque a finales de agosto de 2022 se anunció su fusión con otra empresa tecnológica,⁴ la quiebra de SSMP constituye un ejemplo admonitorio para todos aquellos usuarios que, de un día para otro, se vieron abandonados a la más literal oscuridad.

Al igual que los conocimientos, experiencias y sensaciones perdidas tras la “muerte” de Roy Batty, todas las actualizaciones necesarias, mantenimiento del *software* y demás prestaciones imprescindibles para el funcionamiento de los implantes afectados desaparecieron cuando SSMP cesó su actividad, dejando su tecnología obsoleta.

Por añadidura, la normativa de propiedad intelectual puede incluso impedir que otras personas recojan el testigo y devuelvan la funcionalidad a los elementos biónicos perjudicados, ya que estos derechos no desaparecen con la quiebra de su titular.

El objetivo del presente artículo es, tras un breve estudio del régimen de propiedad intelectual aplicable, analizar el sistema actual de excepciones de derechos de propiedad intelectual relacionadas con la accesibilidad de las personas con discapacidad, para verificar si el ordenamiento actual está preparado para los desafíos que la nueva realidad tecnológica depara.

En caso de que no lo esté, será necesario configurar nuevos límites que impidan que los derechos de exclusiva en materia de propiedad intelectual supongan un obstáculo, por excepcional que parezca hoy en día, a la plena accesibilidad, integración y desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad.

³ SSMP cobraba 150.000 dólares por el implante de un ojo biónico. STRICKLAND, E. y HARRIS, M., Their bionic eyes are now obsolete and unsupported. IEEE Spectrum 15 de febrero de 2022. Fecha de última consulta: 27 de marzo de 2023. Disponible en el siguiente enlace: <https://spectrum.ieee.org/bionic-eye-obsolete>

⁴ El anuncio de la fusión, que aparentemente continuará con el desarrollo de los implantes afectados, puede consultarse aquí: <https://www.businesswire.com/news/home/20220830005423/en/Second-Sight-Medical-Products-Announces-Successful-Completion-of-its-Merger-with-Nano-Precision-Medical-and-its-Name-Change-to-Vivani-Medical-Inc>

2. EL PAPEL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL ANTE EL CESE DEL FUNCIONAMIENTO DE IMPLANTES BIÓNICOS

La quiebra de SSMP es uno de los casos más ejemplificativos de cómo incluso los avances tecnológicos que mejoran la calidad de vida de las personas dependen finalmente de las necesidades de financiación y derechos de propiedad intelectual de sus titulares.

Dado que la tecnología de implantes es susceptible de dar solución a problemas tan variados como el tratamiento de la enfermedad del Alzheimer, restaurar movilidad o tratar trastornos psiquiátricos, es muy previsible que el caso de SSMP no sea ni el primer ni el único. La competencia entre estas empresas es feroz, y el entorno tecnológico se caracteriza por el alto volumen de inversiones económicas necesarias y lo volátil del mercado.

Incluso aunque haya nuevas entidades privadas o públicas dispuestas a tomar el relevo y proveer a los afectados de una reanudación de la actividad de los implantes obsoletos, es posible que los derechos de propiedad intelectual de su desaparecido titular impidan prestar esta ayuda legalmente: el código de dicho *software* estaría protegido mediante los derechos de propiedad intelectual establecidos por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (“LPI”).

Al contrario que la normativa española en materia de patentes, que supedita los derechos de propiedad industrial de sus titulares al interés social o la utilidad pública declarados por ley, la LPI no contiene ninguna previsión en este sentido.

Dado que la protección de los programas de ordenador, *software*, código e incluso algoritmos de inteligencia artificial se regula mediante los artículos 95 y siguientes de este texto legislativo, esta carencia implicaría que los derechos sobre estas obras permanecerían inaccesibles para su explotación por parte de terceros hasta su entrada en el dominio público: setenta años contados desde su divulgación lícita o creación cuando el autor sea una persona jurídica, o toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento, cuando el autor sea una persona natural.⁵ Evidentemente, estos plazos serían del todo incompatibles para solventar la necesidad que surgiría a los usuarios afectados por el cese del funcionamiento de sus implantes cibernéticos.

⁵ Artículos 26 y ss. LPI.

Sí es cierto que el concepto de propiedad intelectual se estructura conforme a la función social e individual del derecho de propiedad consagradas por el artículo 33 de la Constitución, que implica que dicho derecho cuenta también con un valor protegible para el conjunto de los ciudadanos y no sólo para su titular.

Sin embargo, si la función social del derecho de propiedad implica ponderar el equilibrio entre las facultades del propietario y los imperativos sociales que las delimitan, en materia de propiedad intelectual estas facultades nacen de una esfera más íntima, personal y discrecional del autor –reconocida y protegida a su vez por la Constitución– su artículo 20.b) ampara el acto creador, entendido como el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica–. Es decir, la LPI plantea un complicado balance entre ambas posturas, dado que concede al autor facultades en principio incompatibles con la expropiación de sus derechos, como son el derecho de retirar la obra del comercio y de respeto a la integridad y autoría de la obra.⁶

Ante la difícil articulación de la expropiación de estos derechos, la LPI cuenta con un límite que puede ser la llave para dar solución a este problema, tan futurista y a la vez tan real: el artículo 31 ter. LPI, relativo a la accesibilidad para personas con discapacidad, resultado a su vez de la excepción que en este sentido establece el artículo 5.3.b) de la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (“Directiva 2001/29”). El siguiente apartado analizará en detalle el trasfondo y encaje de estos artículos, así como su necesaria actualización, como respuesta al desamparo sufrido por usuarios de implantes cibernéticos en la situación expuesta.

3. NECESIDAD DE AMPLIAR EL SISTEMA DE LÍMITES DE ACCESIBILIDAD EN FAVOR DE LOS USUARIOS DE IMPLANTES BIÓNICOS

Antecedentes legislativos y trasfondo del sistema de excepciones de accesibilidad para personas con discapacidad

En primer lugar, para dar solución al problema que ocupa este artículo es necesario remontar nuestro análisis al sistema de límites y excepciones al régimen de propiedad intelectual de la citada Directiva 2001/29.

⁶LACRUZ BERDEJO, J. L. Comentario al artículo 2.º, en: *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (Coord. R. Bercovitz). Tercera edición. España: Editorial Tecnos, 2007, pp. 35-36. ISBN 84-309-2998-3.

Dicha Directiva se promulgó como respuesta a los avances tecnológicos que empezaban a coger velocidad a principios de milenio, diversificando y originando nuevas maneras de crear, consumir y explotar obras sujetas a derechos de autor. Ante estas circunstancias, el legislador europeo vio necesidad de establecer un marco jurídico armonizado en materia de derechos de autor y afines, que impidiera que los diferentes Estados Miembros regularan estos desafíos tecnológicos de manera independiente, creando sistemas de protección dispares que supusieran un obstáculo a la libre circulación de servicios o productos que incorporaran o se basaran en obras protegidas, la fragmentación de los mercados o incoherencias legislativas intracomunitarias.⁷

Precisamente uno de los objetos de esta armonización fue la inclusión de las excepciones y limitaciones incluidas en el artículo 5.3.b) de la Directiva 2001/29, por medio del cual los Estados Miembros pueden establecer excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción, comunicación pública y puesta a disposición de obras cuando dicho uso se realice en beneficio de personas con discapacidad, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la discapacidad considerada. Hasta la promulgación de dicho artículo, casi todos los Estados Miembros de la Unión Europea –a excepción de los países nórdicos– contaban con un régimen de protección a la propiedad intelectual que no preveía ninguna excepción similar a la planteada por mencionado artículo 5.3.b), quizá debido a un excesivo proteccionismo a favor de los derechos del autor de la obra intelectual.⁸

El posterior desarrollo legislativo de excepciones a derechos de propiedad intelectual en Europa ha estado siempre restringido a lo dispuesto por el artículo 5.3.b) Directiva 2001/29, que en su concepción fue limitado a favorecer el acceso a las obras a quienes sufran una discapacidad que constituya un obstáculo a la utilización de las obras en sí mismas, prestando especial atención a los formatos accesibles.⁹ En el mismo sentido se han articulado tratados internacionales como el Tratado de Marrakech, adoptado el 27 de junio de 2013 por la Conferencia Diplomática de la OMPI para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, o textos legislativos europeos como el Reglamento (UE) 2017/1563 de 13 de septiembre de 2017 sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos

⁷ Considerandos (4), (5) y (6) de la Directiva 2001/29.

⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., La utilización de una obra intelectual en favor de personas con discapacidad. En: *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*. España: Dykinson, 2009, p. 245. ISBN: 978-84-9849-346-7.

⁹ Considerando (43) de la Directiva 2001/29.

afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos y la Directiva 2017/1564 de 13 de septiembre de 2017, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos.

Cabe destacar que la excepción que introducía esta última Directiva, para cumplir con las obligaciones asumidas por medio del Tratado de Marrakech, se solapaba parcialmente con la excepción prevista en el artículo 5.3.b) de la Directiva 2001/29. Por esto, el legislador de la Unión estableció que el artículo 8 de la Directiva 2017/1564 modificara el artículo 5.3.b) para aclarar que se mantenía la excepción potestativa del mismo con respecto a las personas afectadas por otras discapacidades. Asimismo, se aprovechó para sustituir la palabra “minusvalía” por “discapacidad”, de acuerdo con la terminología del Tratado de Marrakech y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“CNUDPD”).¹⁰

En España, estos sistemas de excepciones se plasmaron por medio del mencionado artículo 31 ter. que, bajo el epígrafe “accesibilidad para personas con discapacidad”, establece que *“no necesitan autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que esta exige”*.

Sin embargo, pese a las múltiples intervenciones del legislador en materia de excepciones a derechos de propiedad intelectual a favor de la accesibilidad, ninguno de los textos legislativos arriba expuestos se ha planteado aún el interrogante que nos ocupa: ¿qué ocurre cuando es la propia obra la que permite que la persona con discapacidad adquiera esas condiciones de accesibilidad?

¿Da respuesta el sistema actual de excepciones al abandono sufrido por usuarios de implantes cibernéticos ante el cese de su explotación?

La respuesta más sencilla al encabezado de este epígrafe es que, por sí solo, ni el artículo 5.3.b) Directiva 2001/29 ni el 31 ter. LPI arriba reseñados dan respuesta total al problema afrontado por los usuarios de implantes cibernéticos.

¹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Límite a la propiedad intelectual en aras de la discapacidad visual. En: *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 10/2017 parte Tribuna*. España: Editorial Aranzadi, 2017, pp. 23-26. ISSN 2174-1840.

En principio, una lectura rápida de ambos preceptos parecería indicar que dan perfecta respuesta a las necesidades enunciadas, dado que elimina la necesidad de autorización del titular de derechos de propiedad intelectual para determinados actos de explotación, siempre que se realicen en beneficio de personas con discapacidad y mediante restricciones que, en principio, no supondrían un obstáculo para el destino pretendido.

Sin embargo y como hemos adelantado, estos preceptos lógicamente no están pensados para devolver la interoperabilidad a implantes cibernéticos que hayan quedado obsoletos –probablemente este supuesto estaba lejos de la mente del legislador al redactarlo–, sino que su principal objetivo es precisamente dar accesibilidad a obras protegidas mediante derechos de propiedad intelectual a personas que posean alguna discapacidad sensorial que les impida disfrutarlas en el formato en el que estas habitualmente se divulgan.

Además, para asegurar la interoperabilidad y funcionamiento del *software* operativo de los implantes cibernéticos sería necesario que los artículos 31 ter LPI y 5.3.b) Directiva 2001/29 concedieran asimismo a sus beneficiarios la facultad de transformar y modificar las obras. Esto es así porque la mera capacidad de reproducción del código necesario no sería suficiente para lograr su funcionamiento, sería necesario actualizarlo, adaptarlo a sistemas operativos diferentes y suplir las carencias que el cese de su explotación por parte de su titular implicaría para que los implantes cumplieran su función.

La ausencia del derecho de transformación entre aquellos derechos de explotación cubiertos por el abanico de excepciones establecido por la Directiva 2001/29 se puede explicar dado que, aunque gran parte de las acciones necesarias para adaptar una obra y hacerla más accesible pueden entenderse como actos de transformación de la misma, lo cierto es que ninguna de dichas adaptaciones convierte el resultado en una obra diferente. Así, por ejemplo, el cambio de formato de un texto al sistema Braille no se consideraría una traducción –comprendida como una modalidad del derecho de transformación– sino como una reproducción en un código diferente al original.¹¹

Por otro lado, ninguno de los artículos estudiados permite la explotación de estas obras protegidas con carácter comercial, lo que impediría que los terceros que hipoté-

¹¹ ESPÍN ALBA, I., Límites del derecho de autor en favor de personas con discapacidad visual. En: *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*. España: Universidad de Almería, 2020, Volumen 22, pp. 114-115. ISBN:2255-1824.

ticamente recogieran el testigo del *software* para implantes pudieran explotarlos con un objetivo mercantil.

En este sentido, también debe tenerse en cuenta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) (Sala Cuarta) asunto C 351/12, de 27 de febrero de 2014, en la que el TJUE dictaminó que la emisión de contenidos protegidos mediante aparatos televisivos o de radio en un establecimiento termal no podía ampararse en el límite contemplado en el artículo 5.3.b) Directiva 2001/29.

Ante el argumento de que la disponibilidad de estas obras resultaba necesaria para la mejoría de la condición de los pacientes del establecimiento termal, tanto el TJUE como la Abogado General (“AG”) rechazaron esta pretensión, argumentando este último que *“el artículo 5, apartado 3, letra b), se limita al uso que no tenga carácter comercial y que además se realice «en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía [...], en la medida en que lo exija la minusvalía considerada»”*.¹² Resulta curioso el hecho de que el AG esgrimió en primer lugar que la excepción del artículo 5.3.b) Directiva 2001/29 no es aplicable a usos con carácter comercial para a continuación descartar su aplicabilidad al supuesto del establecimiento termal porque no existían indicios de que la disponibilidad de obras audiovisuales y musicales en las habitaciones del balneario pudiera tener alguna relación con la discapacidad de los pacientes.

En definitiva, la configuración actual del sistema de límites a los derechos de propiedad intelectual adolecería de dos carencias a la hora de adaptarse a la situación de personas con discapacidad cuyos implantes hayan dejado de funcionar a consecuencia del abandono del titular de los derechos de propiedad intelectual: (i) la no inclusión del derecho de transformación de estas obras, y (ii) la imposibilidad de realizar estos actos de explotación en un contexto comercial.

En el siguiente apartado se propondrá una resolución a este obstáculo, mediante la creación de un nuevo apartado en el sistema de excepciones en aras de la accesibilidad de las personas con discapacidad.

¹² Conclusiones de la Abogado General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 14 de noviembre de 2013, Asunto C-351/12, parágrafo 34.

Propuesta de ampliación del sistema de excepciones para incluir a los usuarios de implantes cibernéticos

La CNUDPD, en su artículo 30, garantiza a las personas con discapacidad el derecho de acceso a la información y a la educación, así como el derecho a participar en la vida cultural, económica y social en igualdad de condiciones con las demás. Su apartado tercero establece que las partes en dicha Convención deben tomar todas las medidas adecuadas, de conformidad con el Derecho internacional, a fin de garantizar que la legislación que protege los derechos de propiedad intelectual no constituya una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales.

La eliminación de dichos obstáculos y barreras de acceso a las personas con discapacidad obedece a la finalidad de que puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida –motivo por el cual sin duda las personas afectadas por la temática del presente artículo accedieron al uso de implantes cibernéticos en su momento–, por lo que el artículo 9 de la CNUDPD impone a los Estados partes la obligación de adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad al entorno físico, el transporte, la información, los servicios abiertos al público y las comunicaciones.

En virtud de lo anterior, se impone una actualización del sistema de excepciones de accesibilidad europeo y español –hasta ahora limitado al acceso e interacción de las personas con discapacidad a determinadas obras– que prevea los avatares a los que estas personas pueden ser expuestas con el desarrollo de la tecnología de implantes de accesibilidad.

Como se ha analizado a lo largo del presente trabajo, los límites establecidos por la Directiva 2001/29, la LPI y demás tratados y mecanismos legislativos hasta ahora suponen una buena base desde la que configurar la nueva excepción propuesta.

En primer lugar, se hace necesario incluir el derecho de transformación entre el catálogo de derechos de explotación cubiertos por los límites establecidos a favor de la accesibilidad de personas con discapacidad. Los actos de transformación son indispensables para actualizar, corregir, hacer interoperable y mantener operativo el *software* necesario para el funcionamiento de los implantes cibernéticos: si no fuera necesario transformar el código para continuar prestando el servicio proporcionado por los implantes, la quiebra o el abandono del titular de los derechos no supondría el cese de su funcionamiento.

Es cierto que el artículo 100 LPI prevé determinados límites a los derechos de explotación de los programas de ordenador que resultarían de utilidad para dar soporte a los usuarios de implantes biónicos dejados de lado por sus titulares: corrección de errores, copias de seguridad, verificar su funcionamiento, programar su interoperabilidad, etc. Sin embargo, lo más probable es que este catálogo no dé respuesta a todas las vicisitudes que puedan darse a la hora de mantener el funcionamiento de estos implantes, dado que este artículo está configurado partiendo de la premisa de que los programas de ordenador requieren una serie de actos y procedimientos técnicos cuya realización es necesaria por parte del usuario legítimo para el uso del programa,¹³ pero en ningún caso los límites contemplados en dicho artículo están previstos para sustituir la figura del titular de derechos de explotación del *software*.

En segundo lugar, el hecho de que el sistema actual de excepciones no ampare su explotación comercial puede suponer un obstáculo al efectivo restablecimiento de los implantes afectados. Así, el artículo 31 ter. LPI limita su aplicabilidad a “entidades autorizadas”, entendiendo como tales aquellas entidades que proporcionen sin ánimo de lucro a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información, o que, siendo instituciones públicas u organizaciones sin ánimo de lucro, tengan estos servicios como una de sus actividades principales, como una de sus obligaciones institucionales o como parte de sus misiones de interés público.

Esta restricción dejaría fuera a todos aquellos terceros que, desinteresadamente o no –recordemos que los servicios de implante de un ojo biónico por parte de SSMP costaban unos 150.000 dólares– podrían pretender restablecer el funcionamiento de estos elementos cibernéticos para solucionar la situación de los usuarios que se vieran afectados por el abandono de los derechos de propiedad intelectual correspondientes.

Está claro que la excepción pretendida no es convencional: existiría la incertidumbre de cuándo podría considerarse que estos programas de ordenador han sido efectivamente abandonados –el caso de SSMP, que logró resurgir de su quiebra, es un perfecto ejemplo de ello–, por lo que sería necesario designar un mecanismo que permitiera obtener la certeza de que los titulares de derechos de estos programas de ordenador no van a continuar su explotación. Además, es cierto que hay importantes intereses económicos en juego: por ejemplo, el código fuente desarrollado por las en-

¹³ Erdozain López, J. C., Programas de ordenador. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*. 7.ª edición. España: Tirant lo Blanch, 2017, p. 237. ISBN: 978-84-9169-410-6.

tidades que lo abandonen posteriormente puede estar valorado en cientos de miles de euros.

La respuesta a la primera incógnita puede partir de la figura de la obra huérfana, regulada en el artículo 37 bis LPI y en la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas. Así, se entiende como obra huérfana aquella cuyos titulares no pueden ser identificados o localizados, tras la ejecución de una labor de búsqueda suficiente. En el caso de que una entidad titular de derechos de propiedad intelectual sobre implantes cibernéticos se extinguiera, podría entenderse que el titular de dichos derechos no puede ser localizado.

La utilidad de la clasificación de estos programas de ordenador como obras huérfanas terminaría, en principio, en su propia clasificación como tales, puesto que el régimen actual de estas obras únicamente permite su digitalización, reproducción y puesta a disposición del público por centros educativos, museos, bibliotecas, hemerotecas y demás organizaciones de archivo con fines de interés público.

Sin embargo, la lógica detrás de su clasificación como tales resultaría de utilidad para determinar exactamente cuándo los usuarios de implantes afectados por la extinción o quiebra del titular de derechos podrían beneficiarse del límite propuesto.

Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas anteriormente, puede argumentarse que el acceso a los derechos de explotación aún vigentes del titular podría suponer un perjuicio económico injustificado, y que la aplicabilidad real del nuevo límite es demasiado reducida como para forzar la modificación del régimen de excepciones de accesibilidad nacional y europeo.

Sobre el posible perjuicio económico, lo cierto es que la propuesta podría ampararse sin demasiada dificultad bajo el sistema de límites materiales a la propiedad intelectual o la “prueba de los tres pasos” sintetizado perfectamente por el apartado segundo del artículo 31 ter. LPI: supuestos especiales que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra, y que no perjudiquen en exceso los intereses legítimos del titular del derecho.

Dado que en el caso que nos ocupa lo que se pretende es precisamente continuar la explotación de la obra y que el titular del derecho se ha extinguido, estos actos de explotación no perjudicarían sus intereses legítimos. En todo caso, es posible configurar este límite dotándole de la reversibilidad que caracteriza el mencionado régimen de las obras huérfanas: en cualquier momento, los titulares de derechos de propiedad

intelectual del software podrían solicitar el fin de su condición de obra huérfana en lo que se refiere a sus derechos y percibir una compensación equitativa por la utilización llevada a cabo durante el período en que el programa de ordenador fue explotado bajo el límite propuesto.

Por otro lado, sobre lo adecuado de reestructurar el sistema de excepciones de accesibilidad a derechos de propiedad intelectual para dar cabida a casos tan excepcionales, debe señalarse que la propiedad intelectual debe entenderse siempre como una herramienta puesta a disposición del objetivo de integración y accesibilidad de las personas con discapacidad.¹⁴ En caso de que los derechos de exclusiva se puedan oponer a las necesidades vitales de personas con discapacidad, para cumplir con la CNUDPD deberán siempre preponderar estas últimas.

A la vista de todo lo expuesto, se propone una ampliación de la excepción establecida por el artículo 31 ter. LPI y 5.3.b) Directiva 2001/29, que (i) incluya, además de los derechos de explotación contemplados actualmente por dichos preceptos, el derecho a la transformación de las obras; (ii) permita a terceros realizar estos actos de explotación con propósito comercial; y (iii) únicamente se active cuando el *software* objeto de la excepción pueda considerarse como obra huérfana. Además, este límite puede prever un mecanismo de compensación equitativa a los titulares de derechos por los actos de explotación realizados a consecuencia de su aplicación, como se prevé en el régimen de obras huérfanas.

4. CONCLUSIONES

Para los usuarios de SSMP, desde que dicha empresa quebró hasta su resurgimiento habrán pasado –por lo menos– dos años en la oscuridad, causada por el cese del funcionamiento de sus implantes visuales. Entre las muchas dificultades existentes para relanzar el funcionamiento de estos elementos biónicos, no debe ignorarse que los derechos de exclusiva de propiedad intelectual pueden llegar a suponer uno de estos obstáculos, impidiendo que terceros retomen el testigo y puedan dar soporte a los afectados por incidentes similares.

Una de las principales críticas al sistema legislativo en general es precisamente su falta de actualización y naturaleza reaccionaria, yendo siempre detrás de la realidad

¹⁴ ESPÍN ALBA, I., Límites del derecho de autor en favor de personas con discapacidad visual. En: *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*. España: Universidad de Almería, 2020, Volumen 22, p. 118. ISBN:2255-1824.

social y económica; el caso de SSMP debería servir precisamente para establecer los mecanismos lo antes posible que prevengan que casos de estas características vuelvan a producirse.

Conforme se desarrolle la tecnología, los avances biónicos y los implantes cibernéticos serán cada vez más frecuentes en nuestra sociedad, y sus usuarios se enfrentarán a una normativa de propiedad intelectual cuyas disposiciones en materia de accesibilidad únicamente están configuradas para dar acceso a obras y prestaciones protegidas, pero no para asegurar que aquellas obras de las que precisamente depende su accesibilidad no puedan quedarse inoperativas de un día para otro. Nuestra realidad ha avanzado tan vertiginosamente que los escenarios anteriormente “distópicos” son parte de nuestro día a día. Pese a ello, nuestros ordenamientos continúan completamente desprevenidos ante las necesidades que los protagonistas de estos avances puedan requerir.

La excepción propuesta, por supuesto, no es perfecta. Sin embargo, será suficiente si su proposición conlleva que se comience a valorar si los mecanismos que hasta ahora han servido para dar respuesta a las necesidades de las personas con discapacidad, no son susceptibles de dejarles abandonados a su suerte.

TRABAJOS FIN DE MÁSTER (TFM) DEL MÁSTER EN DISCAPACIDAD, AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA (UIMP Y FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD)

Natalia Pérez Fernández

Abogada especialista en protección internacional de los derechos humanos

Asesora jurídica de Plena Inclusión España



LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELLECTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF PERSONS WITH INTELLECTUAL DISABILITIES FROM THE PERSPECTIVE OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

SUMARIO: Introducción. –Capítulo 1: La discapacidad intelectual y los derechos humanos; 1.1 Los derechos humanos y las personas con discapacidad. –Capítulo 2: La exclusión de la responsabilidad penal en el derecho penal español y sus consecuencias; 2.1. Supuestos de exclusión de responsabilidad penal reconocidos en el Código Penal; 2.2. Las medidas de seguridad como consecuencia de las eximentes de responsabilidad penal. –Capítulo 3: Las personas con discapacidad intelectual como acusadas en los procedimientos penales desde la perspectiva de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad; 3.1. La defensa de inimputabilidad como

* Recibido el 31 de marzo de 2023. Aprobado el 23 de junio de 2023.

vulneración de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; 3.2. La obligación de adecuar el derecho interno a los tratados internacionales de derechos humanos de los que se es parte. –Conclusiones. –Referencias bibliográficas.

*A mis compañeros de
Plena Inclusión España,
por enseñarme todos los días
el poder de las personas.*

RESUMEN

El derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que todas las personas, sin embargo, existen en las legislaciones nacionales disposiciones que permiten un trato diferenciado y discriminatorio a las personas con discapacidad.

Esto se da por ejemplo en el caso de la declaración de la inimputabilidad y la aplicación, en consecuencia, de medidas de seguridad privativas de libertad. En consecuencia, en el presente trabajo se intenta responder al interrogante de si esto se traduce en un incumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los países que contemplan estas disposiciones.

ABSTRACT

International human rights law has recognized in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities that persons with disabilities have the same rights as all persons, however, there are provisions in national legislation that allow for differentiated and discriminatory treatment of persons with disabilities.

This occurs, for example, in the case of the declaration of inimputability and the application, consequently, of security measures depriving people of their liberty. Consequently, this paper attempts to answer the question of whether this translates into a violation of international human rights law by the countries that contemplate these provisions.

Palabras clave: Discapacidad intelectual, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Derecho Penal, Derechos Humanos, Responsabilidad Penal.

Keywords: Intellectual disability, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Criminal Law, Human Rights, Criminal Liability.

Abreviaturas

| | |
|---------------|---|
| AAIDD | American Association on Intellectual and Developmental Disabilities |
| CDPD | Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. |
| Op. Cit. | Citado previamente |
| <i>Ibidem</i> | Citado de manera inmediatamente anterior |
| CP | Código Penal |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| ONG | Organizaciones no Gubernamentales |
| Coord. | Coordinador/a |
| PP. | Páginas |

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos ha ido evolucionando a un sistema de protección para los individuos de todo el mundo, elevando los estándares bajo los cuales deben actuar los Estados.

Sin embargo, en el mundo de la discapacidad, no fue hasta el año 2006 que se ha podido contar con una Convención que ampare los derechos específicos de las personas con discapacidad.

Desde el año 2006 hasta el año 2022, en España se han realizado enormes avances para adecuar la normativa nacional a la Convención, como, por ejemplo, la más reciente reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021. Sin embargo, continúan existiendo disposiciones normativas que no se adecúan a la Convención.

En el presente trabajo, intentaremos abordar la cuestión de la responsabilidad penal de las personas con discapacidad intelectual en relación con las eximentes reconocidas por el Código Penal, para valorar si estas disposiciones deben adecuarse a la Convención.

Para ello, en el primer capítulo, haremos un breve acercamiento sobre la discapacidad intelectual, su concepto y los derechos humanos de las personas con discapacidad.

A continuación, en el segundo capítulo, haremos una descripción de las eximentes reconocidas en el artículo 20.1 y 20.3 del Código Penal, así como sus consecuencias, es decir, las medidas de seguridad.

Por último, a través del tercer capítulo, intentaremos valorar, a partir de lo expresado por la doctrina y por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, si las eximentes reconocidas en el código penal y, en consecuencia, las medidas de seguridad son disposiciones que deben modificarse para adecuarse a los derechos reconocidos por la Convención.

CAPÍTULO 1: LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

1.1. Los derechos humanos y las personas con discapacidad

El movimiento internacional de los derechos humanos se fortaleció con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. En la Declaración, por primera vez se establecen claramente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar.

Los tratados internacionales de derechos humanos adoptados desde 1945 han conferido una base jurídica a los derechos humanos y han desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales.

Todos estos tratados abarcan a todos los seres humanos. En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948, expresa en su artículo 2 que *toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*

Sin embargo, sólo la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 contiene una mención expresa en su art. 23 a las personas con discapacidad. No obstante, estos tratados ofrecen grandes posibilidades para la protección jurídica de las personas con discapacidad, además de que los mecanismos de protección de dichos tratados pueden,

y en determinadas ocasiones lo han hecho, utilizar sus procedimientos de trabajo para interpretar o aclarar el alcance de los derechos reconocidos al ámbito de la discapacidad (Palacios, 2008).

A pesar de esto, era de suma importancia poder contar con un instrumento vinculante de protección específica para las personas con discapacidad, por lo que se elaboró la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 13 de diciembre de 2006.

Su fundamento se expresa en el preámbulo, el cual reconoce la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso, debido que, pese a los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo.

La Convención se estructura en un preámbulo y 50 artículos, que recogen derechos humanos de carácter civil, político, social, económico y cultural. Estos derechos constituyen un núcleo normativo interrelacionado. Entre ellos podemos encontrar:

- Artículo 5, sobre el derecho a la igualdad y no discriminación.

Este artículo establece que:

“1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.”

En este sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General n.º 6 sobre la igualdad y la no discriminación (2018) establece que estos principios son una piedra angular de la protección internacional garantizada por la Convención debido que están intrínsecamente relacionados con la dignidad humana. Son tanto principios como derechos, se hace referencia a ambas en el artículo 3 como principios y en el artículo 5 como derechos.

Este artículo establece que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal. Esto significa que *no deben existir leyes que permitan denegar, restringir o limitar específicamente los derechos de las personas con discapacidad, y que deben incorporarse las consideraciones relativas a la discapacidad en todas las leyes y políticas.*

La discriminación por motivos de discapacidad se define en el artículo 2 como *“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”*.¹

La definición incorpora a la denegación de ajustes razonables como forma específica de discriminación por motivos de discapacidad.

Este artículo tiene un amplio alcance, no sólo hace referencia a personas que tengan una discapacidad o la hayan tenido, sino que alcanza a todas aquellas personas que estén de alguna u otra manera asociada ésta. Tampoco es necesario que la persona efectivamente tenga una discapacidad, sino que alcanza con que el motivo de la discriminación sea la discapacidad.

A su vez, el Comité también expresa que los Estados parte tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho de todas las personas con discapacidad a la igualdad y la no discriminación. Esto implica no sólo que deben abstenerse de re-

¹ La definición de ajustes razonables viene dada por el artículo 2 de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, el cual establece que son: "Las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

alizar cualquier acto que discrimine a las personas con discapacidad, sino que también deben modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra esas personas.

- Artículo 12, sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley.

Este artículo establece que:

“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

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

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

La igualdad ante la ley es un principio básico general de la protección de los derechos humanos y es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales como, por ejemplo, con respecto a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de derechos fundamentales como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014).

Este artículo de la Convención establece que los Estados Partes tienen el deber de reconocer que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás. El hecho de que una persona tenga una discapacidad no puede ser nunca una razón legítima para no reconocerle su capacidad jurídica.

A su vez, establece que se debe proporcionar a las personas con discapacidad los apoyos necesarios para ejercer su capacidad jurídica. Estos apoyos no deben estar estandarizados, sino que tienen que adecuarse a las necesidades de apoyo que pueda tener cada persona.

También establece que los sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica deben contar con salvaguardias adecuadas que impidan abusos e influencias indebidas. Estas salvaguardias deben asegurar que cualquier medida relativa al ejercicio de la capacidad jurídica respete sus derechos, voluntad y preferencias.

A este respecto, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su Observación General n.º 1 (2014) expresa que los Estados partes tienen la obligación de respetar, proteger y hacer realidad el derecho de todas las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley, así como abstenerse de cualquier actuación que prive a las personas con discapacidad del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. A su vez, deben velar por que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. El reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica es esencial para el acceso a la justicia en muchos aspectos. Para que las personas con discapacidad puedan exigir el cumplimiento de sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones con las demás, debe reconocérseles la personalidad jurídica con la misma capacidad ante las cortes de justicia y los tribunales.

Asimismo, establece también el Comité que el respeto del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás incluye el respeto de su derecho a la libertad y a la seguridad de la persona. La negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es un problema habitual. *Esa práctica constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención* (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014).

- Artículo 13, sobre acceso a la justicia.

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

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

El acceso a la justicia es un principio básico del Estado de Derecho (Naciones Unidas, Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Tal como lo expresa Inés de Araoz (2018), se trata de un instrumento esencial para hacer valer los demás derechos humanos, para restablecer derechos, resarcir a las víctimas, reconocer a la persona y hacer frente a la discriminación.

Las características particulares de la persona con discapacidad, combinadas con el entorno policial y procesal, tienen como consecuencia que las personas con discapacidad pueden experimentar una situación de mayor vulnerabilidad en cuanto al acceso a la justicia porque afrontan múltiples barreras (De Lorenzo García, 2019).

Entre estas barreras podemos encontrar a las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica; la falta de accesibilidad física y cognitiva de la administración de justicia, los obstáculos para acceder a la asistencia y representación jurídicas; la falta de formación de los profesionales (Naciones Unidas, Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, 2020).

En el sistema de justicia, a menudo se considera que las personas con discapacidad no son dignas o no pueden beneficiarse de las garantías procesales que se ofrecen a todos los demás ciudadanos. Hasta derechos fundamentales como el derecho a guardar silencio y la presunción de inocencia pueden denegarse ya sea de forma directa, en la legislación o las políticas, o indirecta, en la costumbre y la práctica. Esto acarrea enormes riesgos de consecuencias negativas como confesiones falsas, veredictos erróneos o situaciones de privación ilícita de libertad (Naciones Unidas, 2020).

Por todo ello, la Convención en su artículo 13 establece el deber de los Estados Partes de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás.

A su vez, reconoce que los Estados Partes deben proporcionar los ajustes de procedimiento que las personas con discapacidad puedan requerir para acceder a la justicia. Los ajustes de procedimiento son un medio para hacer valer efectivamente el derecho a un juicio imparcial y el derecho a participar en la administración de justicia, y son un elemento intrínseco del derecho de acceso a la justicia.

Los artículos 12 y 13 de la Convención se encuentran fuertemente relacionados, debido que el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sigue siendo el punto clave cuando se habla de acceso a la justicia de las personas con discapacidad (Fernández Martínez & De Rada Gallego, 2021). La privación de la capacidad jurídica y las modalidades de sustitución para la adopción de decisiones pueden excluir a las personas con discapacidad de los procedimientos judiciales e impedirles participar en estos. A este respecto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha expresado en su informe sobre el Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/HRC/37/25) lo siguiente:

“En ocasiones las personas con discapacidad son sometidas también a pruebas para determinar su capacidad o aptitud para comparecer en juicio, las cuales pueden dar lugar a su reclusión o la administración de tratamientos en contra de su voluntad, muchas veces por una duración superior a las condenas impuestas. El Comité se ha opuesto firmemente al concepto de incapacidad para comparecer en juicio, aduciendo que es discriminatorio, y ha solicitado que se elimine de los sistemas de justicia penal. Esta posición ha recibido apoyo del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, que ha pedido que se dé a las personas con discapacidad psicosocial la oportunidad de ser sometidas rápidamente a juicio, con el apoyo y los ajustes necesarios, en lugar de declararlas incapaces.”

Otra manifestación de la denegación de la capacidad jurídica en el acceso a la justicia es la práctica de declarar la inimputabilidad (“non-liability”; “non-imputabilité”) o aducir “enajenación mental”, que supone atribuir a la persona una “alteración psíquica” o un “trastorno mental” en el momento de la comisión del presunto delito que da lugar a una exoneración de responsabilidad penal. A raíz de ello, se aparta a la persona del procedimiento y se la somete a una serie de medidas de seguridad que implican privación de libertad y administración de tratamientos en contra de su voluntad, muchas veces por un tiempo indefinido, de modo que se deniega el mismo acceso a las garantías procesales que al resto de las personas, en vulneración del derecho a un juicio imparcial. El Comité ha recomendado que se revisen los procedimientos penales para derogar el concepto inimputabilidad, así como cualquier versión de la alegación de enajenación mental. Además, ha solicitado que se eliminen las medidas de seguridad que entrañan tratamientos médicos o psiquiátricos forzados en instituciones y ha manifestado su preocupación por las que implican una falta de garantías periódicas en el sistema de justicia penal y una privación indefinida de libertad, recomendando la abolición de estas prácticas.”

- Artículo 14, sobre Libertad y seguridad de la persona

“1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.”

La libertad y la seguridad de la persona es uno de los derechos más preciados de toda persona, así lo ha manifestado el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD/C/12/2). En particular, todas las personas con discapacidad tienen derecho a la libertad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Convención. Siempre que exista una privación de libertad debe ser conforme a la legislación, en ningún caso podría privarse a una persona de la libertad por el solo hecho de tener una discapacidad.

El artículo 14 establece que los Estados Parte deben asegurar que las personas con discapacidad que sean privadas de su libertad debido a un proceso tengan derecho a las garantías en igualdad de condiciones con las demás personas y sean tratadas de conformidad con los principios de la Convención.

Como hemos mencionado anteriormente, este artículo se encuentra estrechamente relacionado con el artículo 12 de la Convención, debido a que, como ha establecido el Comité (A/72/55), la declaración de incapacidad para comparecer ante los tribunales y de inimputabilidad en los sistemas de justicia penal así como la reclusión de personas con discapacidad sobre la base de tales declaraciones, contravienen el artículo 14 de la Convención porque privan a la persona de su derecho a las debidas garantías procesales y las salvaguardias aplicables a todo acusado. El Comité ha instado a los Estados Partes a que retiren este tipo de declaraciones del sistema de justicia penal, y ha recomendado que se permita a todas las personas con discapacidad que hayan sido acusadas de delitos y permanecen recluidas en prisiones o instituciones, defenderse de los cargos penales que se les imputan, y que se les proporcionen apoyo y los ajustes necesarios para facilitar su participación efectiva, así como ajustes procesales para garantizar un juicio imparcial y las debidas garantías procesales.²

CAPÍTULO 2: LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL Y SUS CONSECUENCIAS

2.1. Supuestos de exclusión de responsabilidad penal reconocidos en el código penal

Para comenzar a hablar de responsabilidad penal en el derecho penal español, debemos conocer primero su significado.

Muñoz Conde y García Arán (2010) la definen como *la posibilidad de imputar el hecho a una persona para hacerle responsable del mismo*. Es decir, el individuo que realiza acciones peligrosas para la normal convivencia o que ataca bienes jurídicos de gran importancia debe responder por lo que ha hecho en la medida en que posea un cierto grado de desarrollo de sus facultades psíquicas, conozca el carácter prohibido de lo que ha hecho y pueda motivarse por las normas jurídicas.

² Véase también CRPD/C/MNG/CO/1, párr. 25; CRPD/C/DOM/CO/1, párr. 29 a); CRPD/C/CZE/CO/1, párr. 28; CRPD/C/HRV/CO/1, párr. 22; CRPD/C/DEU/CO/1, párr. 32; CRPD/C/DNK/CO/1, párrs. 34 y 35; CRPD/C/ECU/CO/1, párr. 29 b); CRPD/C/KOR/CO/1, párr. 28; CRPD/C/MEX/CO/1, párr. 27, y CRPD/C/NZL/CO/1, párr. 34.

El Código Penal también la define a través de su articulado. En primer lugar, en el artículo 1 establece que no será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración, por lo tanto, podemos ver que debe tratarse de una conducta (que puede ser activa u omisiva) y que esa conducta debe estar descrita en el código penal. En el artículo 5 el código expresa que no hay pena sin dolo o imprudencia, es decir, que sólo se podrán penar las conductas que se realicen con dolo o culpa, y el artículo 27 determina que los responsables criminalmente de los delitos son los autores y cómplices.

Por todo ello, podemos decir que la responsabilidad penal es la consecuencia jurídica de una conducta humana típica, antijurídica y culpable.

Sin embargo, la propia definición nos expresa que la mera constatación de la realización de un hecho injusto tipificado por la ley penal no basta para la exigencia de responsabilidad criminal, sino que la misma requiere necesariamente la afirmación de culpabilidad de la persona (Beizama Bergara *et al.*, 2016). Cuando hablamos de culpabilidad, hacemos referencia al reproche que se le hace a la persona que comete el hecho injusto tipificado por la ley.

Para afirmar la culpabilidad de la persona es necesario contar con dos requisitos: que conozca la lesividad material de su comportamiento y su ilicitud, así como que sea capaz de dirigir su voluntad sobre dicha comprensión. A este conjunto de condiciones o facultades mínimas requeridas para considerar culpable a una persona de la conducta antijurídica que realizó se la llama imputabilidad (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1999).

Pero ¿qué pasa con aquellas personas que cometen un hecho injusto tipificado por la ley, pero no comprenden la ilicitud del hecho o no pueden actuar conforme esa comprensión?

A este respecto, el código penal español establece que toda aquella persona que no es capaz de comprender la ilicitud de un hecho delictivo o actuar conforme a dicha comprensión, así como quienes tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad, carecen de responsabilidad penal.

Así, el artículo 20 en sus incisos 1 y 3 expresa que:

“Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prevenir su comisión.

[...]

3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

[...]

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.”

Como podemos observar, no es lo mismo hablar de anomalía o alteración psíquica. A este respecto, la doctrina ha señalado diferencias, por ejemplo, según Esbec Rodríguez (Esbec & Gómez Jarabo, 200) la anomalía psíquica sería entendida como un defecto o disfunción congénita precozmente adquirida (tal como la discapacidad intelectual o los trastornos de la personalidad), mientras que la alteración psíquica haría referencia a un trastorno mental de nueva aparición en una mente sana y bien desarrollada, como, por ejemplo, una demencia.

La STS (2.º) 271/18, de 6 de junio, establece que además se debe probar que dicha anomalía o alteración impide a la persona, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión. Es decir, es necesaria una relación entre la circunstancia de la persona y la conducta delictiva.

Sin embargo, esta incapacidad de comprensión de la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión no siempre debe ser total. El código penal establece a este respecto la posibilidad de aplicar una eximente incompleta cuando la persona tenga mermadas esas capacidades en diferente grado o intensidad (art. 21.1 CP) o una atenuante analógica (art 21.7 CP).

2.2. Las medidas de seguridad como consecuencia de las eximentes de responsabilidad penal

Ahora bien, hemos visto que el código penal reconoce situaciones en donde se puede eximir total o parcialmente a la persona acusada de la responsabilidad penal, pero ¿qué consecuencias conlleva aplicar estas eximentes?

Tanto para el caso del art. 20.1 como para el caso del artículo 20.3, el código penal establece como consecuencia la posibilidad de aplicarse medidas de seguridad privativas de libertad.

Las medidas de seguridad son la sanción penal que se aplica cuando una persona es declarada criminalmente peligrosa tras la comisión de un delito. Se encuentran reguladas en el Título IV del Código Penal.

En el caso del inciso 1, el código penal establece en el artículo 101 lo siguiente:

“Artículo 101. 1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.”

A su vez, en el caso del inciso 3, el código penal establece en su artículo 103 que:

“Artículo 103. 1. A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3.º del artículo 20, se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado tercero del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

3. En este supuesto, la propuesta a que se refiere el artículo 98 de este Código deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza.”

En el caso de una eximente incompleta (en relación con los números 1.º y 3.º del art. 20 CP), el código establece la posibilidad de aplicar de forma concurrente penas y medidas de seguridad (art. 99 CP), teniendo en cuenta que el internamiento será posible siempre que “la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no exceda de la pena prevista por el Código para el delito” (art. 101.1 104 CP).

Las medidas de seguridad, al igual que las penas, responden al principio de legalidad, por lo cual, el artículo 95 del código penal expresa que se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, siempre que concurren dos circunstancias: que la persona haya cometido un hecho previsto como delito y que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

Por otra parte, el artículo 96 del código penal establece que las medidas de seguridad pueden ser privativas o no privativas de libertad. Las medidas privativas de libertad son el internamiento en centro psiquiátrico, el internamiento en centro de deshabitación y el internamiento en centro educativo especial.

Hay dos principios que el código penal nos señala en relación con las medidas de seguridad. En primer lugar, el artículo 6 expresa que las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. En segundo lugar y en estrecha relación con el artículo 6, el apartado 2 del artículo 95 expresa que cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas de seguridad no privativas de libertad.

Al igual que la pena, la medida de seguridad se justifica por ser un medio de lucha contra el delito. La diferencia fundamental con aquélla radica en que mientras que la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la culpabilidad o responsabilidad del sujeto, en la medida de seguridad se atiende a la peligrosidad de éste (Muñoz Conde & García Arán, 2010).

Así lo establece el artículo 6 del Código Penal, al expresar que éstas se fundamentan en la peligrosidad de la persona a la que se impongan, peligrosidad que se considera exteriorizada por la comisión de un hecho previsto como delito.

Por peligrosidad se entiende la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso la probabilidad de que una determinada persona cometa en el futuro un delito. El interés en evitar ese posible futuro delito es lo que justifica la medida de seguridad. El delincuente es objeto de la medida de seguridad, bien para reeducarlo y corregirlo, bien para apartarlo de la sociedad en el caso de que aquello no sea posible (Muñoz Conde & García Arán, 2010).

Así también lo expresa la STS 3925/2009, de 11 de junio:

“Por último, interesa destacar, en cuanto puede incidir en la duración de las medidas de seguridad privativas de libertad, el distinto fundamento de éstas y de las penas. Como hemos dicho el fundamento de las medidas es la peligrosidad, esto es el peligro de la reincidencia, (art. 6 CP), por lo tanto, prevención, mientras que el de las penas, es la culpabilidad (art. 5 CP), y, por lo tanto, represión, sin perjuicio de ciertas funciones preventivas latentes en ellas, y de que las teorías que fundamentan la pena en la prevención especial, o que admiten una unificación de los fines de la pena, tienden a superponer aspectos de la pena con las medidas.”

También lo destaca la STS (2.º) 728/2016, de 30 de septiembre:

“Como ya se ha destacado en reiteradas resoluciones de esta Sala, la mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas en lo referente a las consecuencias jurídicas de delito, pues no sólo contemplan la imposición de una pena en supuestos de perpetración de una infracción penal, sino que prevén la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales cuando el sujeto activo del delito presenta determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad de reiteración y, además, que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales especiales (SSTS 345/2007, de 24-4, 1019/2010, de 2-11, o 124/2012, de 6-3).” (Fernández Martínez et al., 2018).

Hablamos entonces de una previsión de futuro que permite pronosticar que la persona revela una peligrosidad delictiva con probabilidad de reiteración. Por lo tanto, tal como lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia, las medidas de seguridad no se fundamentan en el principio de culpabilidad, sino en la peligrosidad del autor del

hecho punible y en la probabilidad de que pueda cometer nuevos delitos, acercándose más a un derecho penal de autor que a un derecho penal de acto.

En este sentido Fonseca (2007) expresa que existe unanimidad por parte de la doctrina criminológica en reconocer que el pronóstico de peligrosidad es con cierta frecuencia arbitrario, debido a que no se estructura en datos objetivos de orden científico o en análisis de probabilidad, sino que se utilizan en general métodos clínicos y estadísticos como observación del comportamiento o uso de inventarios o escalas. El uso de estos inventarios o escalas, principalmente en el caso de su aplicación con las nuevas tecnologías, encuentra muy controvertida su compatibilidad con las garantías penales y procesales básicas en un Estado de Derecho (Martínez Garay, 2018, pp. 485-502).

Morales Prats (2005) destaca que la configuración de esta eximente requiere un dialogo y la integración del saber psiquiátrico y psicológico en el derecho penal. En este sentido, los jueces necesitan que los expertos en Psiquiatría forense les ofrezcan la información lo más detallada posible sobre el elemento biológico, para apreciar la existencia de la eximente, dado que, aunque el perito debe limitarse a dar cuenta del dato empírico dejando al jurista la decisión sobre la consecuencia jurídica, los conocimientos empíricos no pueden ser ignorados en la determinación de la capacidad del autor.

También merece especial atención cuál debe ser el lugar donde deben cumplirse las medidas de seguridad. Los artículos 101 y 103 del CP hacen referencia a un internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, sin aclarar si debe ser un establecimiento penitenciario u otro ubicado en el seno de la comunidad, o si debe ser público o privado. Por su parte, el artículo 96 hace referencia a internamiento en centro psiquiátrico o en centro educativo-especial.

De acuerdo con los artículos 7.c) y 11.b) de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, los artículos 183 y 184.b) del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario y el artículo 21 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, podemos expresar que el lugar de cumplimiento son los establecimientos especiales, y más concretamente los establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias.

En este sentido, en el criterio 51 de la XII reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 2003 (Consejo General del Poder Judicial, 2003) se decía que se debería dar preferencia a la utilización de los servicios comunitarios sobre los específicamente penitenciarios y limitar en la mayor medida posible el internamiento en unidades u hospitales psiquiátricos penitenciarios.

En el caso de las personas con discapacidad intelectual, la posibilidad de aplicar una eximente completa debido al art. 20.1 o 20.3 del CP o incompleta debido al art. 21.1 del CP responde a la consideración que hacen los tribunales sobre la afectación de las capacidades cognitivas y/o volitivas de la persona acusada con discapacidad intelectual basada en los informes y valoraciones realizados, en la mayoría de los casos, por profesionales de la psiquiatría. Así, la jurisprudencia nos demuestra que, en términos generales, cuando se valora que la persona acusada con discapacidad intelectual no tiene la capacidad para comprender la ilicitud del hecho, se aplica la eximente completa, cuando se valora que tiene sus capacidades notablemente disminuidas, pero no anuladas se aplica la eximente incompleta, mientras que cuando el tribunal considera que aparece una disminución menor de las facultades intelectuales y volitivas pero la persona acusada con discapacidad intelectual presenta dificultades para conocer y valorar las consecuencias de su conducta, se aplica una atenuante analógica (Beizama Bergara *et al.*, 2016).

Esto nos permite afirmar que, en el ámbito penal español, la presencia de la discapacidad intelectual es susceptible, en la mayoría de los casos, de constituir una circunstancia modificativa de responsabilidad criminal en sus diferentes formas. Este hecho podría responder a que los tribunales españoles consideran en la mayoría de las ocasiones que la discapacidad intelectual constituye un trastorno en el que inherentemente se ven afectadas en diferente gradación las capacidades cognitivas y volitivas de los individuos (Beizama Bergara *et al.*, 2016).

CAPÍTULO 3: LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL COMO ACUSADAS EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3.1. La defensa de inimputabilidad como vulneración de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

La CDPD reconoce que todas las personas con discapacidad son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal, por lo tanto, *no deben*

existir leyes que permitan denegar, restringir o limitar específicamente los derechos de las personas con discapacidad, y deben incorporarse las consideraciones relativas a la discapacidad en todas las leyes y políticas.

También hemos visto que la Convención reconoce que la capacidad legal no debe ser limitada en virtud de la discapacidad; que se debe asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás y que los Estados Partes de la Convención deben asegurar que las personas con discapacidad que sean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan derecho a las garantías en igualdad de condiciones con las demás personas.

Sin embargo, a lo largo del desarrollo del presente trabajo, se ha puesto en evidencia que existen en el ordenamiento jurídico español disposiciones específicas en el derecho penal que pueden aplicarse en determinados casos cuando la persona acusada tiene discapacidad intelectual.

Entonces debemos plantearnos el siguiente interrogante: ¿son estas disposiciones del derecho penal específicas en relación con la discapacidad intelectual contrarias a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad?

A este respecto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe sobre el Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/HRC/37/25) ha expresado que una de las formas de manifestación de la denegación de la capacidad jurídica (en relación a los artículos 12 y 13 de la Convención) en el acceso a la justicia es la práctica de declarar la inimputabilidad o aducir “enajenación mental”. Ello conlleva a que se aparte a la persona del procedimiento y se la somete a una serie de medidas de seguridad que implican privación de libertad y administración de tratamientos en contra de su voluntad, de modo que se deniega el mismo acceso a las garantías procesales que al resto de las personas, en vulneración del derecho a un juicio imparcial. Este informe resalta también que el Comité ha recomendado que se revisen los procedimientos penales para derogar el concepto inimputabilidad, así como cualquier versión de la alegación de enajenación mental. Además, ha solicitado que se eliminen las medidas de seguridad que entrañan tratamientos médicos o psiquiátricos forzados en instituciones y ha manifestado su preocupación por las que implican una falta de garantías periódicas en el sistema de justicia penal y una privación indefinida de libertad, recomendando la abolición de estas prácticas.

A su vez, el informe manifiesta que al ordenarse las medidas de seguridad en razón de la supuesta “peligrosidad” de la persona para sí misma o para terceros, se brinda un

trato desigual, ya que se basan en una percepción de una deficiencia o supuestos relacionados con la deficiencia, en lugar de una determinación de la culpabilidad en la comisión de un delito mediante un procedimiento con las debidas garantías procesales. Por lo tanto, considera que estas prácticas culminan con el abandono del derecho de la persona a la presunción de inocencia y la denegación de las debidas garantías procesales que deberían aplicarse a todas las personas.

En el mismo sentido, en sus Observaciones finales sobre el informe inicial de Bélgica (CRPD/C/BEL/CO/1), en relación con el artículo 14 de la Convención (Libertad y seguridad de la persona) el Comité expresó:

“27. [...] Las medidas de seguridad son formas de sanción social que no se adoptan sobre la base del principio de proporcionalidad, sino que suelen basarse en el estado de una persona que se considera "peligrosa". El procedimiento utilizado para establecer medidas de seguridad en relación con las personas consideradas no responsables de sus actos es incompatible con las garantías procesales que establece el derecho internacional de los derechos humanos, entre otras, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el derecho a un juicio imparcial.

28. El Comité recomienda al Estado parte que revise la ley de mayo de 2014 con objeto de eliminar el sistema de medidas de seguridad para las personas con discapacidad que sean declaradas no responsables de sus actos. Las personas con discapacidad que hayan cometido un delito deben ser sometidas a juicio de conformidad con el procedimiento penal ordinario, en un pie de igualdad con los demás, con las mismas garantías y con los ajustes procesales específicos necesarios para velar por su participación en condiciones de igualdad en el sistema de justicia penal.”

También en este sentido, el Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/72/55) expresa en relación con el artículo 14 de la Convención que éste no admite excepciones en virtud de las cuales pueda privarse a una persona de su libertad por motivos de deficiencia real o percibida. Las declaraciones de incapacidad para comparecer ante los tribunales y de inimputabilidad en los sistemas de justicia penal, así como la reclusión de personas con discapacidad sobre la base de tales declaraciones, son contrarias al artículo 14 de la Convención porque privan a la persona de su derecho a las debidas garantías procesales y las salvaguardias aplicables a todo acusado. En consecuencia, ha instado a los Estados Partes a que retiren este tipo de declaraciones del sistema de justicia penal, y ha recomendado que se permita a todas las personas con discapacidad que hayan sido acusadas de delitos y permanecen reclusas, sin juicio, en prisiones o instituciones, defenderse de los cargos penales que

se les imputan, y que se les proporcionen apoyo y los ajustes necesarios para facilitar su participación efectiva, así como ajustes procesales para garantizar un juicio imparcial y las debidas garantías procesales.

En el dictamen respecto de la Comunicación 32/2015, Arturo Medina Vela c/México (CRPD/C/22/D/32/2015) el Comité valora que el Estado de México ha violado el artículo 12 de la Convención debido que, al considerar como inimputable al señor Medina Vela en el procedimiento penal seguido en su contra, no le fue reconocida su capacidad jurídica para enfrentar un proceso penal en igualdad de condiciones con los demás. También expresa que la aplicación del procedimiento especial para inimputables no garantizó en el caso del sr. Medina Vela la adopción de ajustes de procedimiento que permitieran al autor acceder a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, negándole la posibilidad de ser parte activa en el proceso.

En idéntico sentido el Comité consideró que al imponer medidas de seguridad al autor (desde el inicio del proceso y luego al haberlo condenado), fundamentada en la posible peligrosidad que representaba para la sociedad y basada únicamente en certificados médicos, el Estado de México incurrió en una violación del art. 14 de la Convención. Recordó que la existencia de una discapacidad no puede justificar en ningún caso una privación de la libertad, el internamiento basado en una discapacidad psicosocial o intelectual real o percibida está prohibido y los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y reparar los internamientos involuntarios o basados en la discapacidad.

Por otra parte, en el informe de Naciones Unidas “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad”, se establece el deber de los Estados de derogar o enmendar las leyes, normativas, políticas, directrices y prácticas, incluidas las órdenes judiciales, que sometan, sin las debidas garantías procesales, a los acusados con discapacidad a internamiento en una prisión, un centro de salud mental u otra institución por un período de tiempo definido o indefinido (a veces denominado hospitalización por cuidados, o medidas de seguridad o detención a discreción del gobernador) sobre la base de una peligrosidad o una necesidad de cuidados percibidos.

En concordancia con el Comité, la Red de Conocimiento sobre Acceso a la Justicia *Access to Justice Knowledge Hub* por su nombre en inglés) en un informe presentado en julio de este año sobre la implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en los sistemas de justicia penal (2022) expresa que negar a las personas con discapacidad la oportunidad de impugnar las acusaciones penales en su contra con base a percepciones acerca de su capacidad en el momento del pre-

sunto delito constituye un acto de discriminación por motivos de discapacidad, toda vez que eso les impide participar en el sistema de justicia en igualdad de condiciones con los demás. A su vez, expresan que las intervenciones involuntarias, incluyendo la institucionalización, con base en percepciones sobre la discapacidad y/o peligrosidad de una persona no deben formar parte de ningún proceso judicial, todo ello en relación con los derechos a la capacidad jurídica, a un juicio justo y a la libertad.

También en esta línea se expresan Sheinbaum y Vera (2016):

“Cuando una persona es declarada inimputable, a través de un dictamen médico forense, se asume de inmediato su incapacidad para decidir y se le niegan derechos básicos como: 1. Elegir libremente a su defensa, 2. La posibilidad de rendir su declaración y de ejercitar contradicción respecto de las acusaciones sostenidas en su contra, y 3. La posibilidad de apelar a la sentencia, entre otros. El menoscabo de la personalidad jurídica de los inimputables, específicamente la capacidad de ejercicio durante el procedimiento, violenta la efectividad en el acceso a la justicia para personas con discapacidad. No se podría hablar de un acceso efectivo a la justicia, cuando sustancialmente al sujeto que se enfrenta a un órgano jurisdiccional se le niega su derecho de participar activamente en su juicio. Es decir, el reconocimiento del derecho a la personalidad y capacidad jurídica es esencial para el acceso a la justicia y para que las personas con discapacidad puedan exigir el cumplimiento de sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones con los demás. El respeto a los derechos humanos de las personas con discapacidad, a su autonomía e independencia individual, exige repensar la inimputabilidad y eliminar las medidas de seguridad, reconociendo que su participación en los procesos judiciales debe darse en igualdad de condiciones que los demás, pero contando con todos los salvaguardas, los apoyos y ajustes necesarios que cada caso en específico amerite.”

Otra de las cuestiones que debemos considerar con relación al interrogante que se nos plantea es que la legislación española sobre las cuestiones de inimputabilidad responde a un modelo médico de la discapacidad, modelo que ha sido dejado de lado por la Convención.

Sobre esto se ha expresado también la Red de Conocimiento sobre Acceso a la Justicia en su informe:

“Al igual que la capacidad para ser juzgado, la defensa de la incapacidad mental se encuentra profundamente arraigada en el modelo médico de la discapacidad. En la mayoría de los casos en los que se plantea la defensa de incapacidad mental psiquiatras comparecen como peritos.”

[...]La mayoría de las decisiones acerca de la capacidad de un acusado se basan en el testimonio de expertos en psiquiatría. Ocasionalmente los tribunales pueden ignorar el testimonio médico, pero en la mayoría de los casos prevalece la opinión clínica.”

En este sentido, y tal como lo expresa el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General n.º 6 (2018), el modelo médico o individual de la discapacidad impide que se aplique el principio de igualdad a las personas con discapacidad, no se reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos, sino que éstas quedan “reducidas” a sus deficiencias. En estos modelos se considera como norma dispensar un trato diferencial o discriminatorio a las personas con discapacidad y excluirlas, y esa actitud se legitima mediante un enfoque de la discapacidad basado en la perspectiva médica.

El modelo de discapacidad basado en los derechos humanos reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. Según ese modelo, la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad.

También en este sentido se expresa Fernández Espinoza (2022), quien manifiesta que se debe eliminar la medida de seguridad de internamiento por motivos de discapacidad intelectual bajo el criterio de peligrosidad como fundamento primordial para dictaminar esta medida restrictiva de derechos y libertades, y por el tiempo de duración de la sanción impuesta según el tipo penal, porque ello forma parte del desfasado modelo médico o rehabilitador de la discapacidad que se contraponen a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

Por ello, continuar con la aplicación de la medida de seguridad de internamiento significaría perpetuar el modelo médico que ha sido desplazado por el modelo social, lo que resultaría incompatible con los estándares internacionales dispuestos en la CDPD y en los diversos informes y recomendaciones emitidos por las Naciones Unidas que promueven el respeto de la dignidad y la libertad de la persona con discapacidad mental, con el objetivo de garantizar su autonomía e inclusión social (Fernández Espinoza, 2022).

3.2. La obligación de adecuar el derecho interno a los tratados internacionales de derechos humanos de los que se es parte

Si nos atenemos a los principios del derecho de los tratados, debemos considerar que los Estados están obligados a respetar sus compromisos internacionales. En este

sentido, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece en su art. 26 el principio de *pacta sunt servanda*, es decir, que todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe. A su vez, el art. 27 establece que:

“El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

En caso de conflicto entre normas internacionales y normas internas de un Estado, éstos tienen la obligación de adecuar su ordenamiento interno a la normativa internacional. Monroy Cabra (2008) expresa que:

“A pesar de las múltiples funciones que el derecho nacional cumple en la esfera del Derecho Internacional, se debe enfatizar que la presencia o ausencia de una norma dentro del orden interno del Estado, incluyendo la Constitución, no pueden ser aplicadas para evadir una obligación internacional. Cualquier otra solución deja al Derecho Internacional con carácter precario.”

También Cuenca Gómez (2012, p.61-94) se manifiesta en este sentido, expresando:

“En efecto, la CDPD es, desde su publicación y entrada en vigor, en virtud de lo establecido en el art. 96 CE, parte del orden jurídico interno y sus disposiciones deben aplicarse con carácter preferente a las normas nacionales que se enfrenten con su contenido. Pero, además, según lo establecido en el art. 10.2 CE las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y el conjunto del Ordenamiento jurídico español, deben ser interpretadas de conformidad con la CDPD.”

La Constitución española en su artículo 96.1 reconoce que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez que se publiquen oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno. En virtud de este precepto, la CDPD, ratificada por España en el año 2008, forma parte del derecho español, incorporación que tiene una relevante trascendencia en el derecho interno exigiendo cambios normativos en diversas ramas del ordenamiento jurídico, entre ellas, la del derecho penal (Cuenca Gómez, 2010).

También en su art. 10.2, expresa que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que están reconocidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales de Derechos Humanos ratificados por España. Así, este precepto dota a los tratados sobre derechos de un valor especial dotándoles de un rango constitucional (Asís Roig, 2004).

En suma, en relación con el artículo 10. 2 de la Constitución debemos considerar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que establece que esta interpretación no podrá prescindir de la que a su vez hagan los órganos de garantía del Tratado, es decir, los Comités. Así, en la STC 61/2013, de 14 de marzo, el Tribunal expresa:

“el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5; o STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9).”

A este respecto, Fernández De Casadevante Romaní (2019) expresa que se desprende nítidamente la obligación a cargo del Estado de reconocer y otorgar efectos jurídicos a los dictámenes de los comités de Naciones Unidas, en cuanto un Estado Parte de un tratado ha aceptado, formal, expresa y libremente, la competencia del comité para supervisar el respeto de los derechos humanos consignados en dicho compromiso internacional.

Por todo ello, podemos decir que la norma de derechos fundamentales completa está integrada por el texto o disposición constitucional y por el texto o disposición de los tratados y es, por consiguiente, esa norma el canon o parámetro a partir del cual debe analizarse la legitimidad constitucional del resto de normas del ordenamiento (Sáiz Arnaiz, 1999). En consecuencia, las normas infraconstitucionales que limitan o reducen el contenido que atribuyen a los derechos los tratados internacionales estarían contradiciendo la Constitución (Cuenca Gómez, 2010).

El encontrarse en el ordenamiento jurídico español las normas relativas a la defensa de la inimputabilidad, contrarias al derecho internacional de los derechos humanos, implica que España debería modificar estas disposiciones para adecuarlas a los estándares de la Convención.

Pero ¿qué alternativas podemos encontrar a la legislación actual?

A este respecto, la Red de Conocimiento sobre Acceso a la Justicia (2022) expresa en su informe que, en lugar de una defensa específica de la discapacidad, al igual que cualquier otra persona acusada, una persona con discapacidad debería tener un acceso

equitativo a todos los tipos de defensa. Sin embargo, estas defensas deben valorarse con un enfoque basado en la CDPD, tomando en cuenta la realidad vivida por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.

De acuerdo con la Convención, un trato equitativo significa que las personas con discapacidad pueden hacer uso de los mismos tipos de defensa disponibles para cualquier otra persona, como, por ejemplo, la legítima defensa, el error invencible o el miedo insuperable. Sin embargo, estas defensas deben considerar la dimensión subjetiva de la persona con discapacidad y no valorarse, como, por ejemplo, establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el miedo insuperable, que su valoración ha de realizarse “*desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres*”, lo cual se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo.³

Esto nos permitiría comprender cómo las percepciones experimentadas por la persona con discapacidad pueden afectar su formación de la intención o su interpretación del conocimiento de los elementos pertinentes para el delito que se le imputa.

En concordancia con esto, podemos encontrar un Amicus Curiae presentado en la Corte Internacional de Justicia en diciembre de 2021 por Tina Minkowitz y Robert D. Fleischner, dentro de la causa *The prosecutor v. Dominic Ongwen* (ICC-02/04-01/15.^a). En este Amicus se expresa que, según el enfoque de la CDPD, la igualdad de trato significa que los acusados con discapacidad pueden hacer uso de las mismas defensas que están disponibles para todas las demás personas, considerando cómo el individuo en particular percibió las circunstancias en las que actuó, incluso si esa percepción puede haber sido inexacta o no ajustada a lo que otros podrían imaginar como razonable o esperado en sus circunstancias objetivas. Por ello, se debe observar si las percepciones de la persona con discapacidad lo han llevado a tener la intención de un resultado diferente al que ocurrió.

También en este sentido De Lorenzo García (2019) expresa que la prohibición de indefensión implica, en otros aspectos, que las partes dispongan en posición de igualdad de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimen conveniente. Por lo tanto, si los procedimientos no contienen los ajustes necesarios para garantizar la participación de las personas con discapacidad en una igualdad de condiciones real difícilmente podrá conseguirse la igualdad exigida por la Convención.

³ Extracto de sentencia obtenido de <https://www.mundojuridico.info/circunstancia-eximente-de-miedo-insuperable/>

CONCLUSIONES

1. Si bien todos los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos aplican a las personas con discapacidad, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha venido a marcar un cambio de paradigma, promoviendo, protegiendo y asegurando el goce pleno y en condición de igualdad de los derechos de las personas con discapacidad. La convención reconoció expresamente que las personas con discapacidad son iguales ante la ley y, en consecuencia, se debe prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad. De igual manera, establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

A su vez, establece el deber de los Estados Parte de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, así como la obligación de asegurar que siempre que exista una privación de libertad, ésta debe ser conforme a la legislación, en ningún caso podría privarse a una persona de la libertad por el sólo hecho de tener una discapacidad.

2. Existen determinadas disposiciones específicas en el derecho penal español que pueden aplicarse a las personas con discapacidad intelectual en relación con su discapacidad. A su vez, establece como consecuencia para estas disposiciones las medidas de seguridad privativas de libertad. Esto tiene como fundamento la peligrosidad de la persona, alejándose del fundamento de culpabilidad que tiene la pena y acercándose a un derecho penal de autor más de un derecho penal de acto.

3. En consecuencia, si valoramos estas disposiciones en relaciones a lo establecido en la Convención podemos observar que la exención de responsabilidad del artículo 20.1 y 20.3 del código penal se basa en la denegación de la capacidad de la persona, lo que tiene como consecuencia una privación de la libertad, otorgando a la persona un trato desigual basado en su discapacidad y su “peligrosidad”, en lugar de una determinación de la culpabilidad en la comisión de un delito mediante un procedimiento con las debidas garantías procesales. Por lo tanto, como lo ha expresado en reiteradas ocasiones el Comité, podemos establecer que estas disposiciones son contrarias a los artículos 5, 12, 13 y 14 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad.

Una persona con discapacidad debería tener un acceso equitativo a todos los tipos de defensa. Sin embargo, estas defensas deben valorarse con un enfoque basado en la CDPD, tomando en cuenta la realidad vivida por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.

4. En concordancia con el derecho de los tratados que establece las obligaciones de los Estados de respetar los compromisos asumidos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, podemos observar que España tiene la obligación de adecuar las disposiciones relativas a la inimputabilidad a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASÍS ROIG, R. “Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”. En: Peces-Barba Martínez, G. y Ramiro Avilés, M., (coord.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*. Madrid. Dykinson, 2004, pp. 285-302.
- BEIZAMA BERGARA, Y., GARCÍA LUENGO, I., ALMENARA CÓRDOVA, M. E., LARRAÑAGA TOSAT, L., ROMERO BÁEZ, A., “El delincuente con discapacidad intelectual: reflexiones psicojurídicas sobre su responsabilidad criminal y las medidas de seguridad”. En: *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2016. Vol.16, pp. 97-113.
- COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal, parte general*. 5.º edición corregida, aumentada y actualizada, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Consejo General del Poder Judicial. *Criterios de Actuación, conclusiones y acuerdos*. XII reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 2003. Madrid, enero de 2003. Disponible en el siguiente enlace.
- CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), *Estudio sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid. Ed. Dykinson. S. L.
- CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR 10*, diciembre 2012, pp. 61-94.
- DE ARAOZ, I. *Cuaderno de buenas prácticas. Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*. Madrid. Plena Inclusión, diciembre de 2018.
- DE LORENZO GARCÍA, R. “El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad” en *Anales de Derecho y Discapacidad*. Junio 2019. A/19, año IV, N.º 4, pp. 11-31.
- ESBEC, E. y GÓMEZ-JARABO, G. *Psicología forense y tratamiento jurídico legal de la discapacidad*. Madrid. Edisofer. 2000.

- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid. Editorial Dykinson, 2019. ISBN 978-84-1324-518-8.
- FERNÁNDEZ ESPINOSA, W., H., “El modelo social de la discapacidad y la incompatibilidad de aplicar la medida de seguridad de internamiento para la persona en situación de inimputabilidad.” En: *Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú*. Vol. 4, n.º 4, Perú. Enero-junio, 2022, pp. 101-145.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., De Rada Gallego, I. *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*. Foro justicia y discapacidad, Consejo General del Poder Judicial. Enero de 2021
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., DÍAZ ABAD, N., SANCHO GARGALLO, I., FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., MUÑOZ CALVO, A., GARCÍA LORENTE, J. *Estudio sobre la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad por los órganos jurisdiccionales españoles*. Madrid. Foro Justicia y Discapacidad. Consejo General del Poder Judicial. 2018.
- FONSECA, G. M. *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica* (Tesis Doctoral). Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada. 2007.
- GARCÍA PONS, A. *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La convención internacional de 13 de diciembre de 2006*. Madrid. Colección La Llave, Editorial Universitaria Ramón Areces. 2008.
- MARTÍNEZ GARAY, L. “Peligrosidad, algoritmos y dueprocess: el caso State vs. Lomis”. En: *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 20, julio de 2018, pp. 485-502
- MONROY CABRA, M. G. “El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional”. En: *ACDI*, año 1, n.º 1, 2008, pp. 107-138.
- MORALES PRATS, F., “Art. 20.1. Código Penal”. En: *Comentarios al nuevo Código Penal*. Navarra, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- MUÑOZ CONDE, F., GARCÍAARÁN, M., *Derecho Penal parte general*. 8.ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- PALACIOS, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, Colección CERMI.ES, n.º 36. 2008.
- Red de Conocimiento sobre Acceso a la Justicia. *La implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en los sistemas de justicia penal. Un resumen informativo*. Julio de 2022.

- SÁIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- SCHALOCK, R. L., LUCKASSON, R., TASSÉ, M. J. *Discapacidad Intelectual. Definición, diagnóstico y sistemas de apoyos*. Traducción de Verdugo, M. A., y Navas, P. Hogrefe. Madrid, Tea Ediciones. 2021.
- SHEINBAUM, D., VERA, S., *Hacia un sistema de justicia incluyente. Proceso penal y discapacidad psicosocial*. México. Documenta México. 2016.

Ámbito internacional

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Anexo Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad*. A/72/55.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación* núm. 32/2015. CRPD/C/22/D/32/2015.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Informe sobre su 12.º período de sesiones* (15 de septiembre a 3 de octubre de 2014). CRPD/C/12/2.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observaciones finales sobre el informe inicial de Bélgica*. 2014. CRPD/C/BEL/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general n.º 1 Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. Naciones Unidas, 2014.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general n.º 6 sobre la igualdad y la no discriminación*. Naciones Unidas. 2018.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.
- Corte Internacional de Justicia. *Amicus Curiae dentro de la causa The prosecutor v. Dominic Ongwen*. ICC-02/04-01/15.^a
- Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- Naciones Unidas. *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*. Derechos Humanos, Procedimientos especiales, Relatores Especiales, Expertos independientes y grupos de trabajo. Ginebra, agosto de 2020.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. A/HRC/37/25.

Legislación

España. *Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario*. BOE, de 15/02/1996, núm. 40.

España. *Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas*.

«BOE», de 18/06/2011, núm. 145.

España. *Constitución española*. BOE, de 29/12/1978, núm. 311.

España. *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria*. BOE, de 05/10/1979, núm. 239.

España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, BOE, de 24/11/1995, núm. 281.

Páginas web

<https://www.plenainclusion.org/discapacidad-intelectual/recurso/discapacidad-intelectual/> Consultada a fecha de marzo de 2023.

<https://www.ohchr.org/es/instruments-and-mechanisms/international-human-rights-law> Consultada a fecha de marzo de 2023.

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAA AAAEAMtMSbF1jTAAAUMzAzNLtbLUouLM_DxbIwMDC0NDIxOQQGZa-pUt-ckhlQaptWmJOcSoAnDJWLjUAAAA=WKE Consultada a fecha de marzo de 2023.

<https://www.mundojuridico.info/circunstancia-eximente-de-miedo-insuperable/> Consultada a fecha de marzo de 2023.

Jurisprudencia

STS (2.º), 6 de junio, 271/18.

STS, 11 de junio, 3925/2009.

STS (2.º), 30 de septiembre, 728/2016.

STC, 14 de marzo, 61/2013.

Gregorio Saravia Méndez

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

////////////////////////////////////
VALOR JURÍDICO Y APLICABILIDAD DE LOS DICTÁMENES DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA ONU EN EL ÁMBITO DEL ORDENAMIENTO LEGAL INTERNO ESPAÑOL*

LEGAL VALUE AND APPLICABILITY OF THE OPINIONS OF THE UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE FIELD OF THE SPANISH DOMESTIC LEGAL ORDER

SUMARIO: Introducción. –1. La Convención en España. –2. El enfoque de derechos humanos. –3. El Comité y sus funciones interpretativas respecto a la Convención. –4. El Comité y sus funciones cuasi jurisdiccionales. –5. Un caso paradigmático: Vincenç Flores Calero, policía de la Guardia Urbana de Barcelona y el dictamen del Comité sobre la Comunicación n.º 34/2015. –6. Valor jurídico de los dictámenes del Comité: visto desde la órbita nacional e internacional. –7. Conclusiones. –Referencias bibliográficas.

* Recibido el 21 de marzo de 2023. Aprobado el 23 de junio de 2023.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es señalar la relevancia que tiene para las personas con discapacidad que el Estado español cumpla los dictámenes de un órgano de tratado de derechos humanos tan relevante, como es el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. Resulta indispensable reconocer que los derechos de las personas con discapacidad son, respecto a su ejercicio, derechos humanos jurídicamente vinculantes para un Estado, como el español, que forma parte de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

ABSTRACT

The aim of this paper is to highlight the relevance for persons with disabilities of the spanish State complying with the rulings of such an important human rights treaty body as the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities. It is essential to recognise that the rights of persons with disabilities are, with regard to their exercise, legally binding human rights for a State, such as Spain, which is a party to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Palabras clave: dictámenes-obligatoriedad-derechos humanos-Comité-discapacidad.

Keywords: decisions-obligatory-human rights-Committee-disability.

INTRODUCCIÓN

Si bien España se sitúa a la cabeza, dentro del concierto internacional, de los Estados en cuanto a desarrollo legislativo de reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad, no podemos perder de vista que éstos se siguen vulnerando de forma cotidiana y persistente.

A su vez, resulta indispensable reconocer el enorme valor que tiene la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la CDPD o Convención) cuando reafirma la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos y libertades en ella reconocidos. Al igual que debe ser destacado el papel que cumple el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, el Comité) en cuanto al examen experto que realizan sobre el contenido y aplicación de las disposiciones contenidas en la CDPD.

El enfoque que asume esta investigación sitúa a la persona con discapacidad como titular de una serie de derechos respecto de los cuales existen una diversidad de problemas, actitudes, barreras y obstáculos que la sociedad fija y que operan en detrimento o incluso imposibilidad del ejercicio de los mismos.

En cuanto a su aplicación nacional, la Constitución establece que los Tratados Internacionales tras su publicación forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, que es referente de interpretación de los derechos fundamentales¹.

Al respecto, conviene tener en cuenta lo establecido en el Art. 96.1 y el Art. 10.2 de la Constitución Española².

Provoca estupor que, vista la claridad de lo que ordenan estas disposiciones constitucionales, los poderes públicos españoles se muestren indiferentes e incluso reticentes al momento de llevar a cabo los procedimientos legales que persiguen la reparación de graves violaciones de derechos humanos. Sobre todo, cuando éstos están reconocidos en normas internacionales de carácter obligatorio y a cuyo cumplimiento el Estado español se ha comprometido de forma voluntaria.

Genera, a su vez, esperanzas el hecho de que, tal como afirman las juristas expertas en derechos humanos Sonia Olea Ferreras y Carmen Comas-Mata Mira (2021), “en la historia reciente de nuestro país nunca como hasta ahora había permeado tanto en la sociedad el derecho internacional de los Derechos Humanos”.

¹ Coincidimos plenamente con Antonio-Luis Martínez-Pujalte cuando afirma que “uno de los fenómenos más importantes que se ha producido en el ámbito del Derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX es el proceso de internacionalización de los derechos humanos, que ha cristalizado en la puesta en marcha de mecanismos internacionales de garantía de los derechos humanos superiores a los Estados, y cuyo último hito relevante, ya en pleno siglo XXI, ha sido la aprobación y entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Vid.* MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., “Mecanismos para dotar de efectividad a las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, N.º 6, julio 2021, pp. 61-84, p. 61.

² En relación con el Art. 10.2 CE hay que considerar la relevante jurisprudencia del Tribunal Constitucional que dispone que esta interpretación no podrá dejar de lado la tarea de exegesis que realizan los Comités. La STC 61/2013 de 14 de marzo, FJ5 interpreta que «el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales” (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5; o STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9).

Quizás nos encontremos ante la paradoja de que en los medios de comunicación y en las redes sociales cada vez más podemos encontrarnos con referencias a los órganos de la ONU o a los Comités que condenan al Estado español por violaciones a los derechos humanos, mientras que es indignante el estado de indefensión en el que están todas aquellas personas que obtuvieron, luego de muchas vicisitudes, un dictamen a favor del reconocimiento de dicha vulneración pero no obtuvieron la reparación correspondiente ni tampoco la garantía de no repetición.

Con este breve trabajo de investigación se busca llamar la atención sobre la relevancia que tiene para las personas con discapacidad que el Estado español cumpla los dictámenes de un órgano de tratado de derechos humanos, como es el Comité, y que tomemos conciencia a nivel social de la urgencia con la que hay que atajar todo tipo de discriminación hacia el grupo social puesto que no sólo se traducen a ataques a la dignidad de seres humanos sino que también erosionan los propios pilares del Estado de Derecho democrático.

1. LA CONVENCIÓN EN ESPAÑA

La Convención es un Tratado Internacional de Derechos Humanos, y como tal forma parte del Derecho Internacional de derechos humanos.

La enorme trascendencia que tiene desde su aprobación la Convención responde a lo que supuso y supone un cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la discapacidad, al enfocarlo como un ejercicio de derechos humanos jurídicamente vinculante para los diferentes Estados que se adhirieron.

A partir de los años ochenta del siglo pasado, se comenzó a abrir paso este cambio de paradigma que es el modelo social de la discapacidad.

Este modelo tiene dos pilares centrales. Por un lado, las causas que originan la discapacidad no son científicas, sino sociales. Por otro lado, se establece la condición irrevocable de la persona con discapacidad como persona humana, a partir de la premisa de que toda vida humana es igual de digna.

La variedad de cuerpos jurídicos internacionales de derechos humanos debe asumir con total naturalidad que no se trata de normalizar al individuo con discapacidad, sino de repensar a las sociedades. Todo esto supone actuar, además de en el ámbito sanitario y asistencial clásico, en todos aquellos campos o ámbitos que incidan en los derechos de las personas con discapacidad. Y hacerlo de una forma transversal. En este sentido, los Estados son actores fundamentales o pueden llegar a serlo en la medida en que se

tomen en serio la obligación de realizar aquellas modificaciones legislativas necesarias para desplegar en sus ordenamientos las obligaciones legales derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos y en particular de la Convención.

En las décadas de los años 80, 90 y 2000, España ha ido ratificando la casi totalidad de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito europeo como en el sistema internacional, y ha ido aceptando expresamente la competencia de los órganos de supervisión establecidos. Sin embargo, siguen existiendo déficits en el ordenamiento jurídico porque actualmente no están materializados los cauces para dotar de efectividad a las resoluciones de los órganos de supervisión. En virtud de ello, ocurre la paradójica situación de que se declara la violación por España de un derecho reconocido en alguno de los tratados, pero resulta imposible proporcionar a la víctima una respuesta adecuada, tal como hemos afirmado en la Introducción.

Desde su aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2006, la Convención ha experimentado un proceso de desarrollo en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, por un lado, y de ratificación por los diferentes Estados parte, por otro.

La ratificación e incorporación de la Convención en el derecho interno de los Estados implica otorgar al Tratado un rango supralegal (en la mayoría de los casos), o incluso constitucional (en otros), y lo reconoce como instrumento jurídico vinculante y de aplicación directa en el ordenamiento jurídico del país, lo cual conlleva una obligación de garantizarla desde ese mismo momento por los tres poderes estatales.

Además, algunos Estados, en concordancia con la obligación establecida en el artículo 4 de la Convención, han venido adaptando su ordenamiento jurídico interno a la luz de dicho instrumento internacional.

En el caso de España, la Convención entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008 y desde aquel histórico momento la adaptación de la misma al ordenamiento jurídico ha sido y es un gran desafío. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la Convención forma parte plenamente del ordenamiento jurídico español y es invocable ante las autoridades políticas, judiciales y administrativas.

La Convención trata principalmente sobre el reconocimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad y en esa línea volver a mencionar el Art. 10.2. CE que señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Uni-

versal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Esto significa que la Convención como tratado es una norma jurídica al igual que lo son las leyes, decretos o cualquier otro tipo de norma y puede y debe ser invocada ante los tribunales de justicia en defensa de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias. Pero, además, se muestra un alcance singular porque no solo obliga al intérprete de las normas de derechos a utilizar las normas internacionales, sino porque sitúa a estas en un nivel suprallegal.

Hay que destacar que España fue uno de los primeros Estados en dictar una ley específica de adaptación del ordenamiento jurídico a la Convención mediante la Ley 26/2011 de 1 de agosto, y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de la misma rúbrica.

De esta manera, se reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos con el consiguiente deber de garantía de los mismos por los poderes públicos y se deja atrás el concepto asistencial en el ámbito de la discapacidad.

2. EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Durante muchos siglos, las personas con discapacidad tuvieron que vivir en los márgenes de la sociedad de acuerdo con una serie de modelos que, desde el punto de vista histórico, se caracterizaron por el hecho de que las mismas fueron objeto de persecución, exclusión, estigmatización y desprecio. No será hasta bien entrada la segunda parte del siglo XX, y luego de recorrer un larguísimo camino, que la situación empezaría a cambiar. A lo largo de la historia hemos transitado por distintas visiones que se corresponden con un modelo de abordaje de la discapacidad. La visión de la persona con discapacidad se refleja en las prácticas sociales y en las regulaciones de dichas prácticas, en todos los aspectos de la sociedad. Forma parte de la cosmovisión de cada época.

El actual modelo al que se aspira y que está recogido en los tratados internacionales, es el modelo social y el enfoque de derechos humanos. Su germen tuvo lugar en los procesos de la lucha por los derechos civiles del propio movimiento de las personas con discapacidad, que aparece fundamentalmente en torno a la Universidad de Berkeley en la década de 1970 en los Estados Unidos de América.

Desde este movimiento a favor de la vida independiente se reivindicó el tránsito desde un modelo basado en premisas médicas hacia un modelo social. En lugar de considerar a la persona con discapacidad unidimensionalmente solamente desde sus diferencias biológicas, comenzar a verla como un ser completo, multidimensional y

como sujeto de derechos en razón de su dignidad inherente como ser humano. El Movimiento por la Vida Independiente reclamó una nueva mirada sobre el fenómeno de la discapacidad. El lema del propio movimiento en favor de este modelo no fue otro que *NOTHING ABOUT AS WHITHOUT US, nada sobre nosotros sin nosotros*.

Todo ello supone un cambio de perspectiva revolucionario transitar, desde una visión del mundo y un modelo en el que primaba la “integración” y la “rehabilitación”, con la mirada puesta en un supuesto déficit del sujeto, hacia la inclusión y el pleno ejercicio de las libertades y derechos en el marco de una vida independiente. De ahí que se haga indispensable la garantía de la prestación de los apoyos necesarios para alcanzar el mayor grado de autonomía personal posible. El foco se dirige hacia el entorno de la persona con discapacidad, ya que es aquel el que coloca a la persona en situación de desventajosa o desigualitaria.

En la actualidad, aún con excepciones significativas, la mirada social sobre la discapacidad no se restringe a considerarla como un mero atributo de las personas o un defecto de las mismas sino como una parte de la diversidad humana. Y por ello, no puede ser considerada como un problema individual, sino como el resultado de una determinada concepción social cuyo patrón de medida y forma no es incluyente con todo aquello que difiera, que sea diverso. De ahí que las políticas, las leyes, las prácticas y comportamientos sociales deban modificarse para no seguir operando como un obstáculo a la plena inclusión de las personas con discapacidad.

Tampoco se debe perder de vista, la situación de la familia de una persona con discapacidad. En muchos casos, es el entorno más inmediato de la persona el que tiene que asumir la asistencia personal de su familiar con discapacidad, sin contar con los recursos necesarios para ello o con dosis de sacrificio muy duras.

Cuando hablamos del enfoque de derechos humanos, estamos haciendo referencia a una concepción que coloca a la dignidad humana en el centro y que establece que ésta da origen al reconocimiento de derechos con alcance universal. Ello significa que todas las personas son igualmente dignas, titulares de derechos, tengan o no discapacidad. Cuando la persona es considerada un sujeto de derecho, ello significa que tiene derechos, que tiene que tener la posibilidad de ejercerlos y de obtener reparación en el caso de que éstos sean vulnerados.

El enfoque de derechos humanos también está vinculado con una determinada visión de la ciudadanía y proclama que ésta debe ser igualmente plena para todas las personas, más allá de sus situaciones concretas, entre las que se puede encontrar a la discapacidad.

El 13 de diciembre de 2006, la CDPD fue aprobada y significó un paso enorme hacia la consecución del respeto, el apoyo y el reconocimiento de la relevancia que tiene la instauración de sistemas jurídicos, políticos y sociales realmente inclusivos de las personas con discapacidad.

La CDPD cumple además un papel pedagógico, ya que ofrece una mirada de las personas con discapacidad como personas que no requieren, esperan ni necesitan la piedad o la conmiseración de los demás. Son personas, iguales en derechos, autónomas y libres para diseñar sus planes de vida, sin injerencias ni presiones de los demás. Para ser una parte activa de la sociedad, las personas con discapacidad necesitan, cada una según sus circunstancias concretas, que los espacios sociales tales como la educación, el trabajo, el empleo, la vida política, la cultura, el ocio, sean accesibles y usables para todas las personas. Que sean imaginados, proyectados, estructurados y ejecutados teniendo en cuenta a todas las personas.

Otro eje esencial del enfoque de derechos humanos, son las mujeres y niñas con discapacidad. Muchas de ellas postergadas, olvidadas, discriminadas. Por ello, la CDPD dedica un artículo específico para garantizar sus derechos e inclusión, así como mejorar sus condiciones de vida y ciudadanía. La discapacidad tiene rostro de mujer, porque son ellas las que tienen que padecer una doble discriminación: por su situación y por ser mujer, y porque son ellas las que asisten, ayudan, cuidan, a las personas con discapacidad. Desde personas mayores con discapacidad a personas con grandes necesidades de apoyo, siempre, o casi siempre, la que acompaña es una mujer. Tanto a nivel internacional, como nacional, queda mucho por hacer respecto de la igualdad real, plena y efectiva de las mujeres y las niñas con discapacidad. La CDPD trae consigo una serie de valores que sirven como guía para afrontar la búsqueda de soluciones ante la discriminación por razón de género. Un tipo de discriminación que da lugar a otras formas múltiples e interseccionales de discriminación contra las mujeres. En este sentido, las mujeres con discapacidad son particularmente objeto de discriminaciones en la igualdad de acceso a la educación, en las oportunidades económicas, en el acceso a la justicia, en el igual reconocimiento como persona ante la ley, y en muchos otros contextos como son los de la atención sanitaria, la salud sexual y reproductiva, y la vida independiente³.

³La Fundación CERMI Mujeres es la entidad referente instrumental de actuación del movimiento CERMI en relación con las mujeres y las niñas con discapacidad, y en su página web se encuentra un repositorio muy completo de legislación e información relevante, a la vez que actividades, formación, incidencia política y otros asuntos de la agenda de la defensa y promoción de los derechos de las mujeres con discapacidad. Al respecto, véase: <https://www.fundacioncermimujeres.es/mision-vision-y-valores>

Ante este panorama tan desalentador, desde el enfoque de derechos humanos, se insiste en las obligaciones que los Estados han contraído al ratificar la CDPD y que no se limitan a poner fin a las acciones discriminatorias, sino que también suponen impulsar el desarrollo y el empoderamiento de las mujeres y las niñas con discapacidad y garantizar la idoneidad de los canales que sirven para amplificar sus demandas, alzar la voz y que se hagan públicas sus exigencias. Se trata de alcanzar la meta de que las mujeres con discapacidad puedan vivir sus vidas en libertad, autónomamente, dueñas de sus decisiones en todas aquellas facetas que definen su existencia. Y que puedan desarrollarse plenamente, sin temor a ser víctimas de la violencia machista.

Hablar del enfoque de derechos humanos, es hablar de que todas las políticas y leyes deben generarse contando con la opinión de las personas con discapacidad, sumando todas sus aportaciones en las distintas fases del trabajo y la acción política. De esta manera, el derecho de la discapacidad debe ser tenido en cuenta de forma transversal, ya que recoge una realidad poliédrica que es la de las propias personas con discapacidad. Por ello, el derecho de la discapacidad debe impregnar la cultura institucional de todas las administraciones públicas. Sólo de esa manera, todos los ámbitos de la administración, a nivel nacional, autonómico o local, abordarán a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

Que las personas con discapacidad puedan contar con una herramienta jurídica de carácter obligatorio como es la CDPD, no sólo sirve para que hagan valer sus derechos sino también para que reciban el amparo, la protección, las garantías del sistema internacional de derechos humanos. Para ello, es necesario que el Estado parte en la Convención la haya ratificado. A través del acto de ratificación, dicho Estado se compromete formalmente a eliminar las medidas discriminatorias y garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

Sabemos, por tomar un ejemplo, que para que los derechos se cumplan de manera efectiva no alcanza con que estén recogidos en un texto legal. Resulta indispensable que la sociedad en su conjunto tome conciencia sobre la situación de exclusión y discriminación en las que se encuentran las personas con discapacidad, que conozcan sus realidades, sus potencialidades, sus necesidades y se pueda reflexionar colectivamente cómo construir una sociedad más inclusiva y más justa.

También resulta indispensable que los medios de comunicación colaboren en la formación de una opinión pública que sea respetuosa con las personas con discapacidad. Ello implica que no se puedan hacer mofas hirientes o comentarios crueles, camuflados con supuesto humor, para referirse a las personas con discapacidad. Desde los medios de comunicación se construyen imágenes muy potentes y que tienen mucha

llegada e impacto en la población general, por ello su tarea a la hora de presentar a las personas con discapacidad debe ser responsable y proactiva en el cambio sociocultural que está pendiente. Aquel que apuesta fuerte por erradicar todos los tipos de discriminación, incluso aquellos que suelen ser más sutiles e indirectos.

3. EL COMITÉ Y SUS FUNCIONES INTERPRETATIVAS RESPECTO A LA CONVENCIÓN

De la propia Convención surgió la creación del Comité que tiene entre sus fines 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.

En efecto, la Convención creó en su artículo 34 el Comité, que tiene numerosas funciones atribuidas, pero, en último término, su labor se puede resumir en garantizar la correcta aplicación de los derechos humanos consagrados en la Convención.

Las personas que integran el Comité desempeñan sus funciones a título personal y está dispuesto que han de ser personas de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia en los temas a que se refiere la presente Convención⁴.

En el momento de entrada en vigor de la Convención, el Comité estaba conformado por un total de 12 expertos. Este número se incrementó hasta alcanzar un total de 18 una vez se obtuvieron otras 60 ratificaciones o adhesiones de la Convención, tal y como estaba dispuesto en el artículo 34.2 de la Convención.

Los miembros del Comité son elegidos por los Estados parte, que han de tomar en consideración una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad.

A la hora de aproximarnos a la definición acerca de qué es una Observación General, debemos tener en cuenta que el Comité contempla en sus Métodos de Trabajo⁵ la facultad de realizar Observaciones Generales (apartados 54 a 57).

⁴“Dado que cumplen estas funciones tan importantes con independencia, los órganos creados en virtud de los tratados garantizan un enfoque no selectivo y un énfasis igualitario para todos los derechos humanos. La naturaleza del sistema de tratados, basada en el conocimiento y la normativa, lo blindo contra cualquier acusación de politización. La precisión, relevancia y calidad de las recomendaciones de estos órganos son las características básicas que deben mantenerse y enriquecerse para que todas las partes interesadas puedan aprovecharlas y fomenten mejoras a nivel nacional”. *Vid.* Informe de la Alta Comisionada sobre el fortalecimiento del sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas (A/66/860) pág. 9.

⁵ CRPD/C/54.

Al momento de elaboración del presente trabajo, el Comité ha elaborado 7 Observaciones Generales: Observación General número 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley; Observación General número 2 (2014) Artículo 9: Accesibilidad; Observación General número 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad; Observación General número 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva; Observación General número 5 (2017) *sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*; Observación General número 6 (2018) *sobre la igualdad y la no discriminación*; *Observación General número 7 (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención*⁶.

Actualmente se encuentra en proyecto una nueva Observación General relativa al artículo 27, sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo.

Las Observaciones General reflejan una interpretación de los distintos artículos que se funda en los principios generales expuestos en el artículo 3 de la Convención entre los que se encuentran:

el respeto de la dignidad inherente

la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

la no discriminación;

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; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad;

la igualdad entre el hombre y la mujer;

y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

⁶Para un estudio pormenorizado de las Observaciones Generales, remitimos a la lectura de SARAVIA MÉNDEZ, G, *Las Observaciones Generales del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. Explicadas y Comentadas*, Ed. Cinca-CERMI, Madrid, 2022.

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas explica esta función del Comité en un Informe sobre el fortalecimiento del sistema de tratados de derechos humanos, reconociendo su utilidad demostrada: “Todos los comités han adoptado la práctica de exponer sus puntos de vista sobre el contenido de las obligaciones contraídas por los Estados partes en la forma de “comentarios generales” o “recomendaciones generales”. Estas han evolucionado en longitud y complejidad y actualmente constituyen comentarios detallados y exhaustivos sobre disposiciones concretas de los tratados y sobre la relación entre los artículos del tratado y temas/problemas específicos. Al emitir comentarios generales, los órganos creados en virtud de los tratados tienen por objeto hacer que la experiencia adquirida hasta el momento esté disponible a través del examen de los informes de los Estados partes y, cuando sea pertinente para las comunicaciones individuales, en beneficio de todos los Estados partes, con el fin de apoyar y promover la implementación ulterior de los tratados. Todos los órganos creados en virtud de los tratados solicitan regularmente asesoramiento especializado más allá del comité durante el proceso de elaboración. En este sentido, los comités celebran jornadas de debates generales o reuniones informales a los que los Estados, en la mayoría de los casos, están invitados como observadores. En algunos casos, el proyecto de observación general/recomendación general se cuelga en el sitio web y las contribuciones se buscan por escrito de todos los interesados” (A/66/860, del 26 de junio de 2012, pg. 93).

En su tarea interpretativa, el Comité lleva a cabo un trabajo de enorme valor para los operadores jurídicos que trabajan en los Estados parte y promueven, a su vez, una mejor y más completa aplicación de la Convención.

Por último, mencionar que en las Observaciones se desarrollan las implicancias y derivaciones de los derechos reconocidos en la Convención. También se puede apreciar como las Observaciones abogan por ofrecer un acercamiento al modelo social de discapacidad y al indispensable enfoque de derechos humanos.

4. EL COMITÉ Y SUS FUNCIONES CUASI JURISDICCIONALES

Hablar de funciones cuasi jurisdiccionales tiene sentido, si tenemos en cuenta que el Protocolo Facultativo otorga al Comité la autoridad para examinar denuncias individuales de violaciones de cualquiera de los derechos consagrados en la CDPD, cuando una persona haya agotado las vías de recurso jurisdiccionales a nivel doméstico nacional⁷.

⁷ Un Estado parte de la CDPD debe haber firmado y ratificado el Protocolo Facultativo por separado, y por supuesto debe ser parte de la CDPD para que esté habilitada esta opción.

Por otro lado, el Comité posee también facultades para realizar investigaciones, que pueden llegar a incluir una visita *in situ*, siempre que el Estado esté de acuerdo, para el supuesto de que cuente con información fiable de que se han producido violaciones graves o sistemáticas por parte de dicho Estado⁸.

Para los fines de este trabajo, resulta indispensable resaltar la función que el Comité lleva adelante respecto de las quejas individuales ya que guarda similitud con las tareas propias de un órgano cuasi-jurisdiccional y, en este sentido, sus decisiones en este ámbito llegan a conformar una suerte de jurisprudencia. Ésta deviene en guía insustituible para comprender el significado específico de lo que exige la Convención y constituye un punto de referencia ineludible para los operadores jurídicos y las diversas instancias jurisdiccionales que cumplen sus funciones en los Estados parte.

Agotadas, entonces, las instancias judiciales nacionales se abre la posibilidad de que una vulneración de un derecho de la CDPD sea puesta en conocimiento del Comité y que éste actúe generando posibles consecuencias en la situación judicial de la persona afectada por la mencionada vulneración.

Esta fórmula de protección individual por medio de reclamaciones individuales, conocidas como Comunicaciones, se debe a la existencia del Protocolo Facultativo anexo a la CDPD. Allí se establece, como venimos diciendo, un mecanismo de denuncias individuales y un mecanismo de investigación⁹.

⁸ En relación con España, por ejemplo, el Comité realizó un informe sobre la educación inclusiva que fue fruto de una investigación llevada a cabo *in situ* de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del Protocolo Facultativo. El Comité observó que, pese a que las estadísticas disponibles indican un porcentaje alto de inclusión educativa de personas con discapacidad, se ha perpetuado un patrón estructural de exclusión y segregación educativa discriminatorio, basado en la discapacidad, a través de un modelo médico, que afecta desproporcionadamente y en especial a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial y a las personas con discapacidad múltiple. Vale recordar que el artículo 6 del Protocolo Facultativo establece que: "1. Si el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información. 2. Tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna que esté a su disposición, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que lleven a cabo una investigación y presenten, con carácter urgente, un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio (...)". Véase: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-persons-disabilities>

⁹ En aplicación del Protocolo Facultativo, el Comité ha emitido Comunicaciones que fueron consecuencia de denuncias presentadas, por ejemplo, contra Dinamarca a causa de la violación del respeto del hogar, de la familia y discriminación por motivos de discapacidad; contra Arabia Saudita a causa de una discapacidad resultante de la tortura e imposición de la pena de muerte tras un proceso sustanciado sin las debidas garan-

La posibilidad de incoar una denuncia individual contra un Estado a un órgano de Tratado depende de la concurrencia de dos presupuestos. El primero, que el Estado tiene que haber ratificado el Tratado de derechos humanos correspondiente y, el segundo, que tiene que haber reconocido explícitamente esta competencia específica a través de un acto de voluntad expreso y distinto del que corresponde al de la ratificación del propio Tratado. Estamos ante una competencia distinta de la función general de seguimiento, ya que ésta cumple con la tarea de determinar si se ha vulnerado el articulado del Tratado del que se trate en relación con un caso particular.

Recapitulando, en cuanto al mecanismo de denuncias individuales, el Comité –como órgano de la CDPD– tiene competencia para recibir peticiones o denuncias de personas de un Estado parte de la Convención y el Protocolo Facultativo que aleguen que el Estado ha infringido sus obligaciones. Este procedimiento, como principal manifestación de la función de control, ha sido incorporado para todos los órganos de tratados mediante declaraciones complementarias previstas en las propias Convenciones o bien mediante la adopción de los ya mencionados Protocolos Facultativos (Cordona, 2019).

En este sentido, el Comité tiene poder de decisión sobre la admisibilidad de la denuncia, hace llegar sus sugerencias y recomendaciones si concluye que se ha producido una violación y está facultado para realizar investigaciones, que pueden incluir una visita al territorio si el Estado está de acuerdo, cuando exista información fiable de violaciones graves o sistemáticas por el Estado parte.

En cuanto a los requisitos de admisibilidad, el sistema de denuncias individuales exige haber agotado los recursos internos y que la denuncia no esté pendiente de ser resuelta por otro mecanismo de carácter internacional o regional¹⁰.

Tras la recepción de una comunicación y antes de pronunciarse sobre la cuestión de fondo, el Comité puede pedirle al Estado parte que tome medidas provisionales. En

tías; contra México a causa del derecho a gozar de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás; contra Tanzania a causa de tratamientos crueles, inhumanos y degradantes; contra Argentina a causa de las condiciones de detención, de accesibilidad y ajustes durante una privación de libertad; contra Hungría a causa de la capacidad jurídica y derecho al voto; o contra Suecia a causa del acceso a la información, accesibilidad y ajustes razonables. Al respecto, véase: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Tablependingcases.pdf>

¹⁰ En cuanto al agotamiento de la vía interna, existen ciertas excepciones si la persona puede demostrar que el seguimiento de los recursos internos resultaría excesivamente prolongado o ineficaz para el caso concreto. El procedimiento de las comunicaciones individuales es común a todos los Comités, se detalla en sus Reglamentos y sigue el patrón fijado por el Comité de Derechos Humanos.

dicho caso, el Estado parte deberá estudiar su procedencia con urgencia. Las medidas de carácter provisional podrán ser solicitadas en circunstancias excepcionales para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la posible vulneración de derechos. En otras palabras, se trata de medidas indispensables para salvaguardar el fin mismo del procedimiento de comunicaciones individuales. Si se produjeran daños irreparables, perderían su razón de ser las propias actuaciones que el Comité estaría en condiciones de emprender.

Finalizado el procedimiento de denuncias individuales, el Comité toma una decisión sobre el fondo del asunto en la que vienen recogidas dos clases de pronunciamientos.

Por un lado, el dictamen estrictamente hablando, es decir, el pronunciamiento sobre si se ha producido, o no, una vulneración del articulado de la CDPD.

Por otro lado, en caso afirmativo, la propuesta de una serie de recomendaciones que resulten idóneas para poner remedio y que pueden ser de distintas clases:

- a) medidas para poner fin a las violaciones de derechos de la víctima;
- b) restitución, indemnización y rehabilitación de la víctima;
- c) reforma de la legislación y cambios en las políticas y prácticas;
- d) medidas generales dirigidas a la no repetición.

Tal como ha sostenido el experto en derechos humanos, Jorge Cardona Llorens, el valor jurídico de estas tres clases de decisiones: las medidas provisionales, los dictámenes o recomendaciones puede ser diferente (Cardona, 2019). No obstante, este trabajo únicamente va a analizar el valor jurídico y la aplicabilidad de los dictámenes del Comité.

Antes de proceder con dicha tarea, hemos creído conveniente explicitar que los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la CDPD responden a dos conceptos claves como son la igualdad y la dignidad. A partir de estos, se irradian todos los derechos recogidos entre el artículo 5 y el artículo 30.

Ahora bien, los derechos humanos tienen la particularidad de ser universales, indivisibles, interdependientes y relacionados entre sí. De ahí que el contenido de los derechos de las personas con discapacidad no quede limitado a lo que la CDPD dispone, sino que son más amplios. Por ello, cuando se busque identificar los alcances de un derecho no tendríamos que tomar como referencia únicamente a la CDPD sino tam-

bién a las Observaciones Generales que han sido ya mencionadas en el tercer epígrafe de este trabajo y que sirven como guía para la interpretación y aplicación de la propia CDPD.

Que la discapacidad haya ido ganando espacio como hecho relevante para el Derecho, es el resultado de un proceso en el que intervienen varios factores pero que pueden sintetizarse en dos: la creciente relevancia social/política del fenómeno de la discapacidad y el incipiente, a la vez que robusto, desarrollo del derecho de la discapacidad¹¹.

En efecto, el abordaje de la discapacidad como una disciplina jurídica específica acompaña al proceso de transformación que se ha venido dando desde el modelo médico-rehabilitador al modelo social. No resulta osado afirmar que nos encontramos ante una oportunidad histórica para la puesta en marcha y/o fortalecimiento de formas de atención a las personas con discapacidad que ya no se correspondan a una visión de la discapacidad centrada en el déficit. Se trata, sin margen a dudas, de un proceso estructural y cultural que deje aparcados los modelos asistenciales y promueva modelos de apoyo basados en un marco de derechos humanos.

Ya podemos adelantar que, desde la opinión que mantenemos al respecto, esta cuestión se relaciona de manera directa con el enfoque de derechos humanos. Si a éste lo entendemos como una suerte de compromiso entre las personas con discapacidad y los poderes públicos del Estado para que éstos amparen sus derechos de la manera más efectiva posible, despojar o no reconocerles valor jurídico a los dictámenes del Comité significa privar a los particulares de una garantía a ser oídos y atendidos en sus demandas cuando se ha producido una vulneración de sus derechos. Aunque luego tendremos oportunidad de volver sobre esta cuestión, creemos que para las personas con discapacidad ha constituido y constituye un enorme avance contar con la CDPD y con las labores del Comité. Que los Estados no tengan la última palabra no tiene por qué implicar un menoscabo de su soberanía, sino una apuesta por sistemas jurídicos más abiertos a la incorporación de fórmulas que resulten más cercanas y garantistas a las personas con discapacidad.

¹¹ Desde la Fundación Derecho y Discapacidad, junto con el CERMI, se ha venido trabajando muy intensamente en los últimos años en la consolidación del Derecho de la Discapacidad como una rama autónoma y específica del derecho. El Derecho de la Discapacidad ofrece un marco sólido para la sistematicidad y la coherencia de un amplio repertorio de materiales jurídicos que se encuentran dispersos y que tienen por objeto la protección jurídica de las personas con discapacidad en España. Al respecto, *vid.* ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., PÉREZ BUENO, L. C., “Los Principios”, “Valores”, en DE LORENZO GARCÍA, R., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.), *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 139-178, pp. 179-202, respectivamente.

En el siglo XXI, no deberíamos seguir manteniendo una visión del Estado y sus atributos, competencias y poderes que responda a una mentalidad propia del siglo XIX. Desde hace décadas, asistimos a un desarrollo magnífico del sistema de protección internacional de los derechos humanos y del protagonismo de las personas como centro al que se dirigen sus normas.

5. UN CASO PARADIGMÁTICO: VICENÇ FLORES CALERO, POLICÍA DE LA GUARDIA URBANA DE BARCELONA Y EL DICTAMEN DEL COMITÉ SOBRE LA *COMUNICACIÓN N.º 34/2015*

Juristas especialistas en la materia, señalan que resulta pertinente atender a la distinta naturaleza de las funciones de las que se encargan los Comités ya que dicha naturaleza es susceptible de tener influencia a la hora de reflexionar sobre el valor jurídico que se puede reconocer a las decisiones que toman dentro de las competencias que tienen reconocidas. Así, por ejemplo, las Observaciones Finales que el Comité hace a un Estado parte de la CDPD todo indica que carecen de un valor jurídico que genere una obligación porque constituirían, más bien, recomendaciones o sugerencias que están vinculadas con un cumplimiento más efectivo de lo que establece el articulado de la propia CDPD.

No obstante, otro parece ser el derrotero cuando de lo que se trata es de analizar el supuesto de los dictámenes producidos como resultado de un procedimiento puesto en marcha por una denuncia individual. En este caso, ni la CDPD ni tampoco su Protocolo Facultativo nos ofrecen claves claras y precisas acerca del valor jurídico que cabría reconocerle a un dictamen y únicamente se limitan a echar mano de una fórmula genérica que exigiría al Estado parte darle la *debida consideración*.

Por nuestra parte, creemos que existen argumentos de peso para sostener que los dictámenes que versan sobre una vulneración a un derecho que está consagrado en la CDPD en un caso particular tienen un valor jurídico vinculante y que es un error interpretarlos como simples recomendaciones.

Antes de ir a la exposición de dichos argumentos, hemos considerado oportuno ofrecer unas líneas sobre el caso de Vicenç Flores Calero¹² ya que bajo nuestro criterio

¹² Vicenç Flores Calero es actualmente profesor y Presidente de AIL-POLD, Asociación para la Inclusión Laboral de Policías Locales con Discapacidad. Entre los fines de la Asociación está la defensa de todos aquellos miembros del cuerpo de las policías locales y policías autonómicas, que tengan una enfermedad, ya sea común o por accidente laboral; con un grado de disminución por resolución del Departamento correspondiente y aquellos que tengan decretada una por el Instituto Nacional de la Seguridad Social de una invalidez permanente con todos sus grados, ya sea por enfermedad o por accidente laboral. Véase: <https://ailpold.com/bienvenida/>

es un caso paradigmático a la hora de determinar los efectos tan perniciosos que puede ocasionar en la protección de los derechos de las personas con discapacidad la ausencia de un criterio claro cuando se trata de determinar el valor jurídico que un dictamen del Comité debería tener.

De acuerdo con un breve resumen de los hechos, el 20 de mayo de 2009 Vicenç Flores Calero –agente de la policía local de Barcelona– sufrió un accidente de tránsito, en cumplimiento de sus funciones, que le provocó una discapacidad motora permanente.

El 20 de julio de 2010, el Ministerio del Trabajo e Inmigración declaró la situación de incapacidad permanente laboral para el desempeño de la profesión de Vicenç. Como consecuencia de dicha declaración, se determinó su jubilación forzosa y se le expulsó del cuerpo de policía local¹³.

El 30 de julio de 2010, el autor solicitó ante el Ayuntamiento de Barcelona el “pase a segunda actividad” y la designación de un puesto de trabajo adaptado a su discapacidad.

El 15 de septiembre de 2010, el Ayuntamiento de Barcelona denegó la petición del autor.

El 14 de marzo de 2011, el autor interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Barcelona ante el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 13 de Barcelona. El tribunal consideró que la ordenanza impugnada violaba derechos fundamentales tales como el acceso y permanencia en los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad y no discriminación (artículos 23 y 14 de la CE). Además, estableció que debía examinarse el pase del autor a segunda actividad.

El 13 de julio de 2012, el Ayuntamiento de Barcelona interpuso recurso de apelación contra la sentencia referida ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Este revocó la sentencia apelada, aplicando la ordenanza que no permite el paso a “segunda actividad” en caso de “incapacidad permanente total”.

¹³ Vale recordar que la “incapacidad permanente total”, por su parte, inhabilita al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de dicha profesión, aunque no para la realización de otras tareas.

El 30 de septiembre de 2012, el autor interpuso recurso de amparo contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ante el Tribunal Constitucional, alegando violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución) en relación con el derecho de igualdad y legalidad (apartados 2 y 3 del artículo 9 de la C.E.).

El 18 de noviembre de 2014, el Tribunal Constitucional notificó al autor la no admisión de su recurso de amparo por no haber agotado los medios de impugnación.

El 21 de abril de 2015, el autor presentó su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La demanda fue declarada inadmisibile por no cumplir con lo establecido en los artículos 34 y 35 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La defensa de Vicenç alegó que este rechazo estaba insuficientemente fundado, y que su caso no fue sometido a un examen de fondo.

Desde nuestro punto de vista, que coincide con lo sostenido por Vicenç y su defensa, la normativa nacional española resulta discriminatoria en este caso ya que de forma arbitraria estableció la jubilación forzosa de su trabajo como policía local y le negó la posibilidad del paso a segunda actividad, todo ello motivado por la condición de *incapacidad permanente total para el desempeño de la profesión habitual*.

De esta manera, no se fomenta el empleo de las personas con discapacidad en el sector público, en la medida en que no se les permite continuar con su empleo cumpliendo funciones diferentes a las que ya no pueden desempeñar, como resultado de una discapacidad sobrevenida. Incluso no se le reincorpora, ya que se lo expulsó de la función pública.

En la *Comunicación n.º 34/2015*, el Comité recuerda que la CDPD impone a los Estados parte la obligación general de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, incluyendo aquellos relacionados con el trabajo y el empleo.

Además, la Convención exige a los Estados partes reconocer el derecho de las personas con discapacidad de conservar su empleo, en igualdad de condiciones con las demás. Para ello deben los Estados adoptar todas las medidas pertinentes, incluso legislativas, para prohibir la discriminación con motivos de discapacidad en la continuidad en el empleo, y velar por la realización de ajustes razonables a favor de personas que adquieran una discapacidad durante el empleo.

Los ajustes razonables constituyen una obligación que debe realizarse desde el momento en que una persona con discapacidad requiera acceder a situaciones o entornos accesibles, o quiera ejercer sus derechos. Para ello, es necesario que el garante de los derechos entable un diálogo con la persona con discapacidad, encaminado a la inclusión de esta última en las soluciones posibles que permitan la mejor realización de sus derechos y el fomento de sus capacidades¹⁴.

El Comité observó que se descartó la posibilidad de iniciar un proceso de evaluación de las barreras que le impidieron permanecer en el cuerpo de policía, dado que Vicenç fue privado de su condición de funcionario público en el momento de su jubilación forzada, y que no tuvo ninguna oportunidad de solicitar ajustes razonables que le hubieran permitido desempeñar funciones distintas. El Comité observó asimismo que el Estado parte no ha demostrado que no hubiera otro tipo de funciones dentro del cuerpo de policía en el que servía Vicenç que éste hubiera podido desempeñar.

En el presente caso, el Comité considera que la normativa que impidió a Vicenç el pase a segunda actividad no permite resguardar los derechos que le corresponden en virtud de la CDPD, en especial, considerando la posibilidad que su discapacidad sea evaluada en concreto, a través de una gestión que fomente las capacidades que pueda tener para la realización de una segunda actividad u otras actividades complementarias. Por tanto, la normativa aplicada al autor es contraria a los derechos incluidos en los artículos 5 y 27 de la CDPD.

El Comité advirtió que en España existe una gran diversidad de normativas a nivel de las comunidades autónomas o incluso dentro de un mismo ayuntamiento que generan situaciones discriminatorias, con motivo de discapacidad, para el tratamiento de situaciones similares¹⁵.

Constatadas estas vulneraciones a la CDPD, el Comité recomendó que España proporcione a Vicenç el derecho a una compensación por los gastos judiciales en que ha incurrido y que adopte las medidas apropiadas para garantizar que pueda ser sometido

¹⁴ En este caso, el Comité constata que la posibilidad de diálogo mencionado, encaminado a evaluar y fomentar las capacidades del autor dentro del cuerpo policial, se vio totalmente frustrada porque su condición de funcionario le fue retirada tras haber sido jubilado forzosamente, y que no tuvo posibilidad alguna de solicitar ajustes razonables para la realización de una segunda actividad.

¹⁵ El Comité consideró que España debe cumplir con las Obligaciones Generales contempladas en el artículo 4 de la CDPD para modificar y armonizar las normas domésticas a nivel local, autonómico y nacional, que impiden el pase a segunda actividad sin una evaluación de los problemas y oportunidades que pueden tener las personas con discapacidad, y que constituyen, a su vez, una afectación del derecho al trabajo.

a una evaluación funcional alternativa, ya sea considerando las capacidades que podría tener en una segunda actividad u otras actividades complementarias, incluyendo los eventuales ajustes razonables que puedan requerirse.

Por último, el Comité estableció que España debe tomar todas las medidas que resulten necesarias para: 1) ajustar el Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona (ordenanza) y su aplicación con los principios de la CDPD y las recomendaciones de dictamen emitido en relación con la Comunicación n.º 34/2015; 2) armonizar la diversidad de normativas locales y regionales que regulan el pase a segunda actividad de quienes se desempeñan como funcionarios en la administración pública.

Después de un muy largo periplo judicial, llegó la Sentencia, de 16 de noviembre de 2020, emitida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Barcelona N.º 173/2020 que estima, parcialmente, el derecho de Vicenç a someterse a una evaluación para la segunda actividad y deja bien claro que el artículo 7.2 del Reglamento de la Guardia Urbana del Ayuntamiento es nulo y que debe realizar un ajuste razonable ante una incapacidad sobrevenida y permitir el pase a una segunda actividad. Además, ordena al Ayuntamiento de Barcelona el restablecimiento del derecho de igualdad al recurrente, sometiéndole a un examen funcional alternativo y que en el caso de que sea positivo, sea restituido su puesto de trabajo y resarcido económicamente.

El Ayuntamiento de Barcelona hizo caso omiso del dictamen del Comité y recurrió la sentencia.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña volvió a darle la razón a Vicenç y confirmó que el Ayuntamiento debe examinarlo y, si es preciso, encontrarle un puesto en la estructura municipal.

Para los fines de este trabajo, sobre todo es relevante señalar que el Ayuntamiento de Barcelona ha alegado que las recomendaciones formuladas por el Comité carecen de fuerza obligacional y de eficacia directa dentro del territorio español.

He aquí la cuestión que abordaremos en el próximo apartado.

6. VALOR JURÍDICO DE LOS DICTÁMENES DEL COMITÉ: VISTO DESDE LA ÓRBITA NACIONAL E INTERNACIONAL

Empezando por el análisis de la perspectiva interna o doméstica, entendemos que para este análisis es fundamental traer a colación el criterio expuesto por la Sala Tercera

del Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de julio de 2018 (Recurso 1002/2017, Resolución 1263/2018) que ha supuesto un avance en la aplicación de la garantía de los derechos humanos en España en relación a la debida reparación cuando se vulnera el derecho al acceso a la justicia en todas y cada una de sus dimensiones.

En este caso, se analiza la naturaleza de un dictamen del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, al resolver un Recurso de Casación contra la Sentencia dictada el día 2 de noviembre de 2016 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. En dicha sentencia, podemos leer textualmente: “tenemos que resaltar (i) que *el Dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que, por expresa previsión del artículo 96 de la Constitución Española, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado*; (ii) que, *por imponerlo así el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*” (la negrita y el subrayado son nuestros).

Se trata, sin lugar a dudas, de una sentencia que sienta un precedente muy valioso ya que determina que un dictamen de un órgano de tratado internacional –como es el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer– ratificado por España forma parte de su ordenamiento jurídico y es por tanto aplicable¹⁶.

Lamentablemente, detrás de esta sentencia en el tiempo nos encontramos con una doctrina jurisprudencial que no ha considerado que los dictámenes de los Comités fueran vinculantes y por tanto puede ser vista, siguiendo a Antonio-Luis Martínez-Pujalte “como un ejemplo aislado dentro de una trayectoria jurisprudencial que (...) se ha caracterizado en líneas generales por ignorar las resoluciones de los Comités de los tratados de derechos humanos” (Martínez-Pujalte, 2021).

Hay que tener en cuenta que España ha ratificado hasta el momento todos los Tratados de Derechos Humanos del sistema universal de protección de los Derechos Hu-

¹⁶ Otra sentencia reciente, en este caso de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2022, cita textualmente la doctrina sentada para aplicarla a un caso en el que la víctima llegó al Comité contra la Tortura: “(...) aunque ni la Convención ni el Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité de la CEDAW, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció la Convención y el Protocolo” (la negrita y el subrayado son nuestros).

manos y sus Protocolos Facultativos, con excepción de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores migrantes, y ha aceptado las competencias de sus respectivos Comités para recibir y resolver las quejas individuales presentadas contra nuestro país por particulares¹⁷.

No obstante, como decíamos en la Introducción, España ha dejado la tarea a medias en la medida en que aún no ha terminado de reconocer de forma idónea el valor jurídico de los dictámenes al no haber articulado los mecanismos apropiados para asegurar su cumplimiento y para dotarles de efectividad en el derecho interno¹⁸.

Además de la normativa constitucional que hemos citado en la Introducción y que está contenida en los artículos 10.2 y 96.1 de la C.E., en España debemos tener en cuenta la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que refuerza dicha obligatoriedad. En este sentido, la norma establece los siguientes criterios:

- a) Eficacia de los Tratados internacionales válidamente celebrados a la fecha que determine el Tratado, o en su defecto a partir de la fecha de su entrada en vigor (art. 28.2).
- b) Son de aplicación directa, y tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla deben adoptar las medidas para su ejecución dentro de su ámbito competencial (art. 30).

¹⁷ Tal como afirma Antonio-Luis Martínez-Pujalte: “que los tratados internacionales de derechos humanos, como todos los demás tratados internacionales ratificados por España, forman parte de nuestro ordenamiento interno, no ofrece duda alguna. En efecto, el artículo 96.1 de la Constitución española (en adelante, CE) dispone –recogiendo una larga tradición doctrinal y jurisprudencial anterior, que por lo demás ya había encontrado reflejo en el artículo 1.5 del Código Civil– que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, es decir, consagra la recepción automática de los tratados en el Derecho español”. *Vid.* MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., “Mecanismos para dotar de efectividad a las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos”, *op. cit.*, p. 67.

¹⁸ De hecho, la Abogacía General del Estado, a través de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en su CIRCULAR 1/2020. TRASLADO DE NOTA SOBRE “LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LOS COMITÉS ENCARGADOS DEL SEGUIMIENTO DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS”, del 22 de octubre de 2020, ha establecido que: “a.- Los dictámenes no tienen fuerza jurídica vinculante; b.- Los dictámenes tienen un valor interpretativo de los Tratados de Derechos Humanos y son un argumento de autoridad que debe de orientar la interpretación y aplicación de los tratados por parte de los Estados parte; (...) h.- Los Estados parte incumplirían sus obligaciones internacionales si no dan la debida consideración a las recomendaciones y solicitudes de los distintos comités”.

- c) Prevalencia de los tratados en caso de conflicto, frente a cualquier norma del ordenamiento interno, salvo las de rango constitucional (art. 31).
- d) En la interpretación de los tratados adoptados por organizaciones internacionales se tendrá en cuenta toda norma pertinente de la organización (art. 35.2).
- e) Las disposiciones dictadas en ejecución de tratados internacionales se interpretarán de conformidad con el tratado que desarrollan (art. 35.4).

Desde el punto de vista defendido en este trabajo, consideramos que las recomendaciones incluidas en un dictamen del Comité en atención a un caso individual tienen fuerza de obligatoriedad y eficacia directa.

Por ello, afirmamos que, en referencia concreta a los dictámenes del Comité, que ponen fin a procedimientos iniciados por comunicaciones individuales y en los que se determina que se ha producido una vulneración de alguno de los derechos reconocidos en la CDPD, tienen carácter vinculante para el Estado parte.

Tal como han sostenido Sonia Olea y Carmen Comas-Mata (2021), las recomendaciones individuales incluidas en los dictámenes “deberían ser de progresivo cumplimiento en la constitución, reforma o derogación de políticas públicas y legislación”.

No se trata de una interpretación infundada, porque la misma halla su origen en las siguientes tres consideraciones:

- 1) la competencia de los Comités para recibir y examinar comunicaciones individuales es una competencia expresamente aceptada por el Estado.
- 2) el Estado ha delegado en el Comité la facultad para dictaminar posibles violaciones de la CDPD, por lo que no puede posteriormente ignorar las resoluciones del Comité en ejercicio de esa facultad expresamente delegada.
- 3) en el caso de que ignorase el dictamen del Comité, el Estado estaría incurriendo en una vulneración de la buena fe (principio fundamental del derecho internacional vinculado con el cumplimiento de los tratados) y “del principio general del Derecho que prohíbe ir contra los actos propios, denominado en Derecho Internacional principio del estoppel, y que constituye una aplicación particular del principio de buena fe” (Martínez-Pujalte, 2021).

Desde un punto de vista internacional, también cabría reconocer la enorme valía de los dictámenes del Comité a la hora de fijar el sentido que tienen los artículos de la CDPD, y establecer, mediante una interpretación autorizada, cuando se hayan producido vulneraciones a los derechos recogidos en las mismas¹⁹.

Si bien el Protocolo Facultativo de la CDPD no hace mención expresa de los efectos jurídicos de los dictámenes que emite el Comité para la atención de casos particulares, al argumento expuesto por el Tribunal Supremo y mencionado *ut supra* para el caso que involucra a un dictamen del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, podría extenderse por analogía a los dictámenes emitidos por el Comité de la CDPD.

Además, tal como afirman Carmen Comas-Mata y Sonia Olea (2021), se debe tener en cuenta que “de acuerdo con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, los estados están obligados a actuar de buena fe para cumplir las obligaciones convencionales” (Menéndez, 2009). Esto significa que España debe ceñirse a lo que prescribe el clásico principio del derecho internacional *PACTA SUNT SERVANDA* y entonces sí ha ratificado la CDPD junto con su Protocolo Facultativo debería reconocer las facultades que el Comité tiene en el cumplimiento de las funciones para las que fue creado.

Otro asunto relevante para este análisis lo constituye el conocimiento sobre qué aspectos de la configuración del procedimiento en la toma de decisiones del Comité estarían dotados de legitimidad institucional y por tanto se podrían equiparar a la legitimidad que le es reconocida a las decisiones que producen los órganos jurisdiccionales. Para ello, deberemos tener en cuenta tanto los aspectos formales de su composición, como los procedimentales en la toma de sus decisiones.

En primer lugar, no es menor el dato de que el Comité está integrado por personas expertas en temas de discapacidad que cuentan además con una íntegra moralidad y una reconocida competencia en el ámbito determinado por la propia CDPD.

¹⁹ La experta Pilar Trinidad Núñez ha sostenido con razón que los dictámenes emitidos para resolver quejas individuales permiten analizar e interpretar en profundidad el alcance de los artículos del tratado en cuestión y conforman una suerte de jurisprudencia que se convierte en “una guía muy importante para entender el significado específico en circunstancias concretas de lo que exige el Pacto y, por consiguiente, es un valioso punto de referencia para los tribunales y las instancias decisorias de todos los Estados Partes al examinar la misma cuestión u otras similares”. Véase: TRINIDAD NÚÑEZ, P., “La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de los derechos humanos creados en el seno de Naciones Unidas” en MARIÑO MENÉNDEZ, F., *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Español*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2009.

En segundo lugar, las personas que integran el Comité a pesar de contar con un conocimiento experto no reciben ningún tipo de remuneración y son independientes en el sentido de que no representan a los propios Estados parte (aun cuando sean nombrados y elegidos por éstos) sino que están a título propio y personal.

En tercer lugar, también es dable señalar que el Comité recoge en su composición un criterio de equidad e imparcialidad a través de la procedencia geográfica-cultural de las personas que lo integran y el equilibrio en cuestión de género que mantiene a nivel representativo²⁰. Esta cualidad viene reforzada tanto por lo establecido en el Reglamento del propio Comité como en las denominadas Directrices de Addis Abeba que consagran diferentes criterios que sirven para asegurar su imparcialidad e independencia.

Si ahora dirigimos nuestra mirada hacia cuestiones procedimentales que determinan la actuación del Comité en el ámbito de las comunicaciones individuales, el primer rasgo reseñable viene constituido por la publicidad misma de las reglas que aseguran una configuración de un tipo de proceso contradictorio en el que las partes tienen la garantía del principio de igualdad de armas y en el que se asegura que los Estados puedan ejercer su derecho de defensa.

Por aplicación de estos dos principios, se reconoce a ambas partes las mismas posibilidades y medios para comparecer en el proceso, y, por otro lado, ambas partes pueden acceder a toda la documentación y realizar las alegaciones que consideren oportunas.

Por si fuera poco, el Comité publica y razona jurídicamente sus decisiones en forma de sentencia e incluso es posible la emisión de votos particulares.

A tenor de los argumentos expuestos en este apartado, no resulta osado llegar a sostener que los dictámenes elaborados por el Comité a partir de la aplicación del Protocolo Facultativo pueden ser tenidos como pronunciamientos autorizados y legítimos, en la medida en que responden a la naturaleza propia del Comité y los fines que persigue la Convención misma.

²⁰ En la actualidad el Comité está compuesto por 11 mujeres y 7 hombres provenientes de los siguientes países y culturas: Guatemala, Marruecos, Nigeria, Mongolia, Panamá, Israel, Brasil, México, Kenia, Australia, República de Corea, Nueva Zelanda, Jamaica, Ghana, Lituania, Suiza, Tailandia e Indonesia.

Para concluir, consideramos que en la medida en la que los Estados parte –como España– han reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones individuales en las que se determina si el Estado ha violado, o no, las obligaciones contenidas en la Convención la interpretación que el Comité realiza en el desarrollo de esta tarea no puede ser desconocida para definir el alcance de las obligaciones que se derivan de la CDPD y está llamada a tener efectos reales y concretos en el caso individual.

7. CONCLUSIONES

En el marco del objetivo que este trabajo se había fijado, esto es llamar la atención sobre la relevancia que tiene para las personas con discapacidad que el Estado español cumpla los dictámenes de un órgano de tratado de derechos humanos, como es el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, podemos ofrecer las siguientes conclusiones:

1.- La enorme trascendencia que tiene desde su aprobación la CDPD, al haber introducido un cambio revolucionario de paradigma en el tratamiento jurídico de la discapacidad.

2.- Los derechos de las personas con discapacidad, son respecto a su ejercicio derechos humanos jurídicamente vinculante para los diferentes Estados que forman parte de la CDPD.

3.- En la actualidad, aún con excepciones significativas, la mirada social sobre la discapacidad no se restringe a considerarla como un mero atributo de las personas o un defecto de las mismas sino como una parte de la diversidad humana.

4.- Que las personas con discapacidad puedan contar con una herramienta jurídica de carácter obligatorio como es la CDPD, no sólo sirve para que hagan valer sus derechos sino también para que reciban el amparo, la protección y las garantías del sistema internacional de derechos humanos.

5.- En su tarea interpretativa, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad lleva a cabo un trabajo de enorme valor para los operadores jurídicos que trabajan en los Estados parte y promueven, a su vez, una mejor y más completa aplicación de la CDPD.

6.- Los Comités cuando resuelven comunicaciones individuales y, en concreto, cuando determinan si se ha vulnerado, o no, un derecho que forma parte de un Tratado

desempeñan una labor cuasijudicial y su legitimidad para cumplir con esta función es similar a la de un Tribunal.

7.- Una serie de principios básicos del derecho internacional ofrecen fundamento jurídico suficiente para que hablemos de un nuevo paradigma de justiciabilidad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y por supuesto de la propia CDPD y las posibilidades que abre su Protocolo Facultativo.

8.- El paradigmático caso de Vicenç Flores Calero que llegó al Comité, actuando en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, terminó con un dictamen que estableció que España incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 27, el artículo 3, el artículo 4 y el artículo 5, de la CDPD. A día de hoy, las recomendaciones que el Comité formuló a España siguen sin haberse cumplido de forma cabal y completa. Al demandante no se le ha proporcionado el derecho a una compensación adecuada, el Ayuntamiento de Barcelona no ha adoptado las medidas apropiadas para garantizar que el autor pueda ser sometido a una evaluación funcional alternativa, considerando las capacidades que podría tener en una segunda actividad u otras actividades complementarias, incluyendo los eventuales ajustes razonables que puedan requerirse y el Estado tampoco ha armonizado la diversidad de normativas locales y regionales que regulan el pase a segunda actividad de quienes se desempeñan como funcionarios en la administración pública, de conformidad con los principios de la CDPD.

9.- El hecho de que los Estados hayan manifestado su voluntad de adhesión a un Tratado Internacional de DDHH y hayan ratificado el mismo, además de asumir el compromiso que implica firmar su Protocolo Facultativo, nos permite sostener que existe un nivel más de protección y garantía de los derechos humanos, fuera del ámbito interno nacional.

10.- La existencia de este nivel mayor de protección que ofrece la CDPD y su Protocolo Facultativo, en la medida en que sus dictámenes sean vinculantes cuando determinan que se ha producido una vulneración de derechos a un particular, mejoran la vida de las personas con discapacidad a través de herramientas jurídicas que hacen posible una verdadera garantía de reparación y de no repetición.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y artículos

- ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., PÉREZ BUENO, L. C., “Los Principios”, “Valores”, en DE LORENZO GARCÍA, R., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.), *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 139-178, pp. 179- 202.
- CARDONA LLORENS, J., “The legal value of the views and interim measures adopted by United Nations Treaty Bodies”, *Spanish Yearbook of International Law*, N.º 23, 2019, pp. 146-165.
- COMAS-MATA MIRA, C., OLEA FERRERAS, S., “La efectividad de los dictámenes de los órganos de seguimiento de tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico español: examen particular de la discapacidad”, en DE LORENZO GARCÍA, R., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Discapacidad. Volumen II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 219-282.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., “Mecanismos para dotar de efectividad a las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, N.º 6, julio 2021, pp. 61-84.
- PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI-Cinca, Madrid, 2008, pp.37-200.
- SARAVIA MÉNDEZ, G, *Las Observaciones Generales del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. Explicadas y Comentadas*, Ed. Cinca-CERMI, Madrid, 2022.
- TRINIDAD NÚÑEZ, P., “La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de los derechos humanos creados en el seno de Naciones Unidas”, en MARÍÑO MENÉNDEZ, F., *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Español*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2009, pp. 329-349, p. 348.
- VILLÁN DURÁN, C., “El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 114-115.

Otros recursos

A) Ámbito Nacional

Página web del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
<https://www.cermi.es/>

Página web de la Fundación CERMI Mujeres <https://www.fundacioncermimujeres.es/>

Página web de la Asociación para la Inclusión Laboral de la Policía Local con Discapacidad <https://ailpold.com/>

Página web del Consejo General del Poder Judicial <https://www.poderjudicial.es/search/>

Página web del Ministerio de Justicia <https://www.mjusticia.gob.es/es>

Página web del Tribunal Constitucional de España

<https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/default.aspx>

B) Ámbito internacional

Página web del Comité ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
<https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd>

Página web del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU

https://www.ohchr.org/en/ohchr_homepage

José Toribio Gómez

Abogado e intérprete de lengua de signos

EL ACCESO A LA JUSTICIA POR PARTE DE LAS PERSONAS SORDAS EN ESPAÑA*

ACCESS TO JUSTICE FOR DEAF PEOPLE IN SPAIN

SUMARIO: Introducción. –1. La interpretación en el Derecho español; 1.1. La comunidad sorda y la lengua de signos; 1.2. La interpretación en lengua de signos. –2. La lengua de signos y la interpretación en lengua de signos en el derecho español. –3. Accesibilidad y acceso a la justicia. El lugar de la interpretación; 3.1. El Derecho de acceso a la justicia; 3.2. Barreras en el acceso a la justicia para las personas sordas; **3.1.** El papel de la interpretación. –4. La interpretación de lengua de signos en algunas decisiones sobre el acceso a la justicia. –5. Conclusiones y propuestas de mejora. –6. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

Este trabajo aborda la situación de las personas sordas en sus relaciones con la justicia, teniendo en cuenta las barreras que encuentran, y tomando como eje fundamental el estudio de la distinta normativa existente en torno a las personas sordas y la figura del intérprete de lengua de signos, pues la intervención de este perfil resulta

* Recibido el 29 de marzo de 2023. Aprobado el 23 de junio de 2023.

en muchos casos, crucial para romper las barreras de comunicación e información que encuentran en su vida cotidiana.

ABSTRACT

This work addresses the situation of deaf people in their relations with justice, taking into account the barriers the encounter, and taking as a fundamental axis the study of the different existing regulations regarding deaf people and the figure of the sign language interpreter, since the intervention of this profile is, in many cases, crucial to break the communication and information barriers that they encounter in their daily life.

Palabras clave: Personas sordas, lengua de signos, intérprete, derechos, accesibilidad, justicia.

Keywords: Deaf people, sign language, interpreter, rights, accessibility, justice.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como origen una problemática social que encuentran las personas sordas (en adelante, PS) en el ejercicio de su derecho al acceso a la justicia, se trata de las dificultades para acceder a la interpretación de lengua de signos.

La lengua de signos (en adelante, LS) es la lengua natural de las PS, siendo la clave de su identidad. Una de las principales reivindicaciones históricas de las personas sordas, ha sido el reconocimiento de la LS como garantía de equidad, inclusión y libertad.

Fruto de ello, en los últimos años se ha venido llevando a cabo la aprobación de distintas normativas que, progresivamente, han facilitado el acceso y comunicación de las PS con las Administraciones Públicas.

Una perspectiva de derechos humanos impone mirar a las PS desde el punto de vista de la capacidad, no desde su pérdida auditiva (FESORD 2000). El mismo enfoque nos permite representar a las PS como una minoría lingüística y, en la medida en que su lengua es desconocida por la sociedad en general y por los operadores jurídicos en particular, la garantía de sus derechos, entre los que se incluye el acceso a la justicia, requiere del uso de los servicios de interpretación como condición para salvar las barreras de comunicación y la información, que se reducirían drásticamente para las PS.

Desde la perspectiva del modelo social de la discapacidad, el modelo de derechos humanos, las barreras de acceso a la información y a la comunicación que encuentran

las PS provienen de la propia sociedad, ya que *“la discapacidad no puede ser consecuencia directa de las limitaciones individuales de las personas con discapacidad, sino de las propias limitaciones que encuentra la sociedad para garantizar que las necesidades de estas personas sean adecuadamente valoradas en la organización social”* (Cabra, 2020).

A partir del marco presentado, la pregunta de investigación a la que se pretende dar respuesta es la siguiente: ¿Puede afirmarse que, en España, la interpretación de lengua de signos en el acceso a la justicia por parte de las personas sordas se encuentra plenamente garantizada de forma real y efectiva?

Con el fin de facilitar la comprensión del lector, el contenido del trabajo se ha estructurado en una serie de capítulos que parten de una serie de pinceladas acerca de la comunidad sorda y la LS. Seguidamente, se aborda la interpretación en el derecho español, donde se hará acopio de los principales preceptos legales que hacen referencia a la necesidad de interpretación como derecho de las personas en sus relaciones con la justicia, haciendo mención expresa a aquella referida particularmente a las PS y/o a la LS. A continuación, se procederá al análisis de la normativa en materia de accesibilidad, en particular, aquella que hace referencia expresa al derecho de acceso a la justicia, siguiendo para ello, dos de los principales textos legales que amparan este derecho como son la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Constitución Española de 1978, para continuar indicando las principales barreras que encuentran las PS en este ámbito y la importancia de la interpretación.

Seguidamente, se pondrán de manifiesto algunas resoluciones judiciales que se han considerado de interés y que guardan relación directa, bien con la interpretación judicial en LS o con el derecho a intérprete en general.

Por último, se ofrecen una serie de conclusiones fruto de la elaboración de este trabajo, así como un breve listado de propuestas de mejora a tener en cuenta, con el fin de favorecer una mejor accesibilidad e inclusión de las PS en los aspectos relacionados con la justicia.

1. LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

1.1. La comunidad sorda y la lengua de signos

Actualmente, la Confederación Estatal de Personas Sordas (CNSE) define la comunidad sorda como *“una minoría lingüística y cultural conformada en torno a la lengua de signos, siendo esta su rasgo identitario, y a una concepción visual del*

mundo. Está formada por personas tanto sordas como oyentes que comparten objetivos e intereses comunes canalizados a través de las organizaciones de y para personas sordas, que se guían por la intención de salvaguarda de su lengua, cultura, valores o actitudes para poder desarrollarse plenamente y empoderarse como grupo”.

Las lenguas de signos y las lenguas orales cuentan con características diferentes. Las primeras, son visuales-gestuales, su organización se basa fundamentalmente en el espacio y son percibidas a través de la vista, mientras que las segundas, son auditivo-vocales, su organización es temporal y se perciben a través de la vista.

Puede afirmarse que la discapacidad auditiva es una discapacidad invisible, ya que a simple vista no se observa en la PS ninguna diferencia respecto de las personas sin discapacidad. Por ello, que esta circunstancia supone en muchas ocasiones que nos encontremos ante una barrera, y esa barrera es precisamente el elevado grado de desconocimiento de la realidad de las PS por parte de la sociedad.

Siendo esto cierto, la principal barrera que encuentran las PS tiene que ver con la accesibilidad, y es que, para poder ejercer un derecho este debe ser accesible, ya que, si no dan las condiciones idóneas de acceso, ese derecho no existe.

La población con discapacidad auditiva es muy heterogénea y ello es debido a múltiples factores que, aunque consideramos que no son objeto de este trabajo, sí podríamos enumerar y sintetizar en los siguientes:

- Momento de aparición de la sordera.
- Tipo y grado de la pérdida auditiva (Oficina Internacional de Audiofonología).
- Edad, contexto familiar, educativo y social.

Según la Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia elaborada por el INE en 2020, publicada el 28 de abril de 2022, en España hay un total de 1.230.000 personas con discapacidad auditiva con una edad de 6 y más años. El 97,78 % no utiliza la LS, mientras que el 2,22 % sí lo hace. Es decir, según datos de 2020, en España había 27.300 personas usuarias de LS con edades comprendidas entre los 6 años o más.

Pese a esta heterogeneidad, todas las personas con discapacidad auditiva suelen encontrar barreras en el acceso a la comunicación e información, pero la manera que encuentra cada una de ellas para romper esas barreras es distinta, lo que trae como consecuencia que cada una haga uso de un sistema de comunicación diferente.

Algunas personas con discapacidad auditiva recurrirán a la LS con sus diferentes modalidades, mientras que otras basarán su acceso a la información y la comunicación en la lengua oral, mediante la lectura labial o el empleo de diversas ayudas o recursos técnicos tales como audífonos, implantes cocleares, bucles magnéticos o aparatos de frecuencia modulada, entre otros.

Asimismo, es muy frecuente que muchas PS no tengan un buen dominio de la lengua oral (ni hablada ni escrita), lo que se traduce en que tengan serias dificultades de comprensión lectora y expresión escrita, por lo que la información que reciben a través del lenguaje escrito, en muchos casos, no es efectiva. De ahí, que el empleo de herramientas como el subtítulo sea realmente útil para tan solo una parte de la comunidad sorda.

1.2. La interpretación en lengua de signos

En primer lugar, es inevitable comenzar indicando la evidente diferenciación que en España se mantiene respecto de los traductores e intérpretes de lenguas orales y los de LS. Hemos de matizar que cuando nos referimos a lenguas orales, lo hacemos en contraposición a las lenguas de signos, ya que, aunque las primeras pueden ser también escritas, cuando se utilizan de forma verbal la información se transmite por vía acústica, oral-auditiva, mientras que, en el caso de las lenguas de signos, el canal de transmisión es el visual-gestual.

Por lo que a la interpretación de lenguas orales se refiere, actualmente en España contamos con las figuras del Traductor Jurado e Intérprete Jurado, por un lado, y del intérprete judicial por otro.

Atendiendo a la definición recogida en el art. 9.1 del Real Decreto 724/2020, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, *“los Traductores Jurados y los Intérpretes Jurados son profesionales a los que el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación ha otorgado sus respectivos títulos tras la superación de los exámenes o, en su caso, la acreditación del cumplimiento de los requisitos que disponga al respecto la normativa vigente en cada momento para la obtención del título mediante el reconocimiento de cualificaciones profesionales, incluidas las disposiciones del Derecho de la UE”*.

Respecto de la figura del traductor-intérprete judicial, según Ortega (2011), *“la interpretación judicial podría considerarse un subgénero de la interpretación jurídica, entendiéndola esta como la que tiene lugar en todo el entorno en el que se desarrollen*

actuaciones de carácter jurídico (tribunales, comisarías de policía, servicios de inmigración, prisiones, etc.)”.

El intérprete judicial de lenguas orales puede pertenecer directamente a la Administración de Justicia, accediendo mediante oposición, o puede desempeñar su función de manera independiente como *freelance*, o bien prestar sus servicios a través de una empresa en caso de que el servicio se encuentre licitado.

En el caso de la interpretación en LS, no existen los intérpretes jurados, así como tampoco existe la posibilidad de acceder a la función pública mediante oposición, y lo más usual es que los intérpretes sean proporcionados por la asociación o federación de PS del territorio, pues suelen contar con un convenio de colaboración con la propia Administración. En algunas zonas donde la Administración ha licitado el servicio, este ha sido adjudicado a empresas privadas que poco o nada tienen que ver con la comunidad sorda, y que se limitan a proporcionar un intérprete cuando el juzgado en cuestión así lo requiere, lo que, en muchas ocasiones, ha generado las quejas de las PS que han puesto de manifiesto numerosas carencias en cuanto a la calidad interpretativa de los profesionales.

Del mismo modo, no existen intérpretes especializados en la rama jurídica. Los intérpretes que desarrollan la labor de interpretación de forma puntual en juzgados o tribunales son los llamados “intérpretes de servicios”, y son los mismos que desempeñan funciones en otros ámbitos de la vida cotidiana como el educativo, el social o el sanitario, entre otros.

La formación reglada exigida para ejercer la labor de intérprete es relativamente reciente, y no es hasta fechas muy próximas cuando se crea una titulación universitaria. Hasta 2016, la titulación oficial era el Ciclo Formativo de Grado Superior en interpretación de lengua de signos, que convirtió a los intérpretes en Técnicos Superiores. Esta titulación también habilita para llevar a cabo funciones de guía-interpretación con personas sordociegas.

En un estudio elaborado por FILSE y la CNSE, el 83 % de los encuestados afirmaba que no era adecuado que la formación del intérprete de lengua de signos y del guía-intérprete se correspondiera con un Ciclo Formativo de Grado Superior. En efecto, es una titulación que resultaba insuficiente pues con una duración de 2.000 horas (dos cursos académicos) no puede capacitarse a una persona que parte de un nulo conocimiento de la comunidad sorda y de la LS, para ser un intérprete profesional. Este, junto a otros motivos, supuso la reciente desaparición del CFGS con el fin de crear una titulación universitaria. Con su desaparición tuvo lugar la creación de un nuevo CFGS

en mediación comunicativa, pero en ningún caso esta titulación supone la obtención de la condición de intérprete, ya que sus funciones son muy diferentes.

En el curso 2016-17, la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, se convierte en la primera¹ universidad española en ofertar un grado universitario, concretamente, Grado en Lengua de Signos Española y Comunidad Sorda.

A día de hoy, el título de Técnico Superior en interpretación de la lengua de signos sigue considerándose perfectamente válido para ejercer la profesión. De hecho, la mayor parte de las ofertas de empleo incluyen como requisito de titulación el CFGS.

Sin embargo, en lo que a formación en el ámbito jurídico se refiere, no son pocas las voces, entre las que nos incluimos, que opinan que la formación del ILS sigue contando con graves carencias, ya que en la interpretación judicial en LS, *“la dificultad se encuentra, de hecho y con harta frecuencia, en la falta de correspondencia entre lenguaje verbal y lenguaje de señas, que en la práctica se suple por medio de la paráfrasis gestual, lo que exige un mínimo conocimiento conceptual del lenguaje técnico usado en el trabajo profesional de interpretación y, por ende, una mínima y adecuada formación jurídica”*. [...] *En la práctica nos encontramos, con harta frecuencia, con situaciones en las que el intérprete se encuentra sorprendido ante la necesidad de utilizar un término cuya significación y trascendencia en castellano puede desconocer y, en tales casos, mucho padece la interpretación que realiza. Se trata de una cuestión que afecta a la profesionalidad del intérprete y, desde ese punto de vista, la necesidad de su formación jurídica parece conveniente e incluso necesaria”*. Storch (2005).

En este mismo sentido viene a expresarse el Parlamento Europeo en su Resolución de 23 de noviembre de 2016, sobre las lenguas de signos y los intérpretes profesionales de lengua de signos cuando dice que *“consciente de la importancia de contar con servicios de interpretación y traducción exactos y precisos, en particular en los tribunales y otros contextos jurídicos; insiste, por consiguiente, en la importancia de los intérpretes profesionales de lengua de signos especializados y altamente cualificados, en particular en estos contextos”*.

En 2019, tuvo lugar el seminario “Barreras en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en la Unión Europea” celebrado en la Universidad Carlos III, y contó

¹ Desde 2008, la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona ofrece un Grado de Traducción e interpretación con perfil de interpretación/traducción de lengua de signos catalana.

con la participación de la CNSE, quien *“destacó el valor de la lengua de signos como garantía de igualdad en los procesos judiciales, y urgió a la creación de una bolsa de intérpretes especializados que estén presentes durante todas las instancias del proceso judicial”*.

2. LA LENGUA DE SIGNOS Y LA INTERPRETACIÓN EN LENGUA DE SIGNOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, establece que todas las personas cuentan con todos los derechos y libertades que en ella se incluyen, prohibiendo cualquier tipo de distinción por motivos raciales, de sexo, religión, idioma, etc., y aunque no se indica de forma expresa, debe entenderse que también se prohíbe por razón de discapacidad, pues el artículo deja abierta la puerta a la inclusión de otros motivos cuando alude a cualquier otra condición. Los artículos 7, 8 y 10 se relacionan directamente con el ámbito de la justicia, pues en ellos se establece la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección, el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales contra actos que vulneren sus derechos fundamentales y el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España el 27 de julio de 1977, establece igualmente el respeto y garantía de los derechos reconocidos en el Pacto prohibiendo la discriminación de igual modo que la DUDH, y contempla la posibilidad de recurrir ante los tribunales en caso de vulneración.

El artículo 9 contempla el derecho de cualquier persona detenida a ser informado del motivo de su detención en el mismo momento que se produce, así como de los motivos en los que se funda la acusación.

Por su parte, el artículo 14.3. a) y f) reconoce el derecho de toda persona inmersa en un proceso penal o civil a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella, y el derecho a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.

Tal y como ya se indicó en líneas anteriores, tomaremos como base principal del resto de la normativa que a continuación se indicará, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York,

el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España y en vigor desde 2008. La CDPD se basa en los principios y valores que sustentan a los derechos humanos, como son: *“la dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, el concepto de autonomía o de libre determinación, la igualdad inherente de todas las personas independientemente de las diferencias, la no discriminación, la accesibilidad, la igualdad de oportunidades, la plena participación y la ética de la solidaridad que la sociedad exige para sustentar la libertad de las personas con los apoyos sociales correspondientes”* (Jáuregui y Jaureguizar, 2020).

Tomando de nuevo como referencia el art. 13 relativo al acceso a la justicia, puede apreciarse cómo su redacción resulta un tanto genérica, aunque *“la importancia del art. 13 no radica en su concreto contenido, sino en la declaración de principios y la fuerza vinculante que el mismo tiene en los países que han ratificado la misma. En efecto, en virtud del art. 96.1 de la CE, la Convención forma parte de nuestro ordenamiento interno, por lo que es directamente aplicable, y en virtud del artículo 10.2 del mismo texto legal, las normas relativas a derechos fundamentales deberán ser interpretadas por los tribunales de acuerdo a los tratados internacionales ratificados por España”* (Monereo et al. 2020).

La Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993, de las Naciones Unidas estableció una serie de normas sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, donde en su artículo 5 apartado b), dedicado a las posibilidades de acceso a la información y la comunicación refleja la prestación de servicios de interpretación para facilitar la comunicación entre las PS y las demás personas.

Pasando al plano del sistema regional europeo, encontramos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, ratificado por España en 1977, que establece derechos al detenido y al acusado prácticamente similares a los indicados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluyendo la asistencia de intérprete, así como establece la prohibición de discriminación entre otros motivos, por razón de lengua e igualmente abre la posibilidad de incluir la discapacidad cuando indica la prohibición por cualquier otra situación.

Hemos creído conveniente hacernos eco de dos Recomendaciones. La primera de ellas es la Recomendación n.º (92) 6, adoptada por el Comité de Ministros el 9 de abril de 1992, sobre una política coherente para la rehabilitación de las personas con minusvalía, donde en su Línea de acción n.º 3: Información y comunicación, se afirma la necesaria aceptación del uso de la LS por parte de las personas con discapacidad, in-

cluidos los servicios de defensa, y en la Línea de acción n.º 12: Protección jurídica, la necesidad de garantizar una igualdad de acceso al sistema judicial por parte de las personas con discapacidad, posibilitando la accesibilidad a su derecho de información y comunicación.

La segunda, es la Recomendación 1598 (2003) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la protección de las lenguas de signos en los Estados miembros del Consejo de Europa, que trae causa de la negativa a incluir las LS en la Carta Europea sobre Lenguas Regionales o Minoritarias. La Recomendación 1492 (2001), de 23 de enero, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, solicitaba al Comité de Ministros proporcionar a las diferentes lenguas de signos una protección similar a la establecida por dicha Carta, mediante la elaboración de un instrumento jurídico específico sobre los derechos de los usuarios de la LS, documento que aún no ha sido realizado.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe toda discriminación, recogiendo, ahora sí, la discriminación por razón de discapacidad, además de la lengua. A su vez, establece el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva y el derecho a ser oído por un juez independiente e imparcial, garantizando también los derechos de defensa.

Pasando al plano nacional, nuestro texto constitucional recoge en su artículo 14 la igualdad de todos los españoles a la ley, excluyendo la discriminación por diversos motivos, entre los que cabe incluir, pese a que no se indica expresamente, la lengua y la discapacidad, pues así ha de entenderse por interpretación extensiva de la expresión cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y más aún si cabe en conexión con el art. 10.2 que viene a establecer la necesaria interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidas conforme a lo dispuesto en Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Igualmente, debe tenerse en cuenta el artículo 9.2, que viene a establecer que los poderes públicos han de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Por su parte, el artículo 49, tantas veces solicitado de reforma por las entidades del sector para su adaptación a la CDPD, establece actualmente que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los

disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos.

En relación con el ámbito que nos ocupa, el art. 17 establece el derecho de la persona detenida de ser informado inmediatamente y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, lo cual supone que en el caso de las PS haya que solicitar los servicios de interpretación para posibilitar la comunicación.

De otro lado, el artículo 24 informa del derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, así como el de todos de ser informados de la acusación formulada contra ellos y a un proceso público con todas las garantías. Es en este precepto donde debe entenderse incluido el derecho a ser asistido por intérprete, tal y como reconoció el propio TC en las sentencias que indicamos en las primeras páginas de este trabajo.

En cuanto el Código Penal, este incluye diversos preceptos donde se alude la buena labor que ha de llevar a cabo el intérprete, so pena de incurrir en delito y, en consecuencia, ser castigados por ello. Es el caso de los artículos 459 y 460.

Continuando con el derecho sustantivo, el Código Civil, modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no ha supuesto apenas cambios para las PS, puesto que en el caso de la discapacidad auditiva la provisión de medidas de apoyo no es necesaria para permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Ello no obsta para reconocer el enorme avance que para las personas con discapacidad ha supuesto esta reforma.

Fundamentalmente, en materia testamentaria es donde podemos apreciar aspectos que les son de aplicación a las PS, como es el caso de los artículos 665, 684, 695, 698, 707 y 709. Todos ellos hacen referencia de una u otra forma a la necesidad de recurrir a los servicios de un intérprete, aunque no se hace referencia expresa a la LS.

En cuanto a la capacidad para disponer por testamento, el artículo 665 alude a la necesidad de facilitar los ajustes razonables a la persona con discapacidad con el fin de que esta pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias, para lo cual, inevitablemente, ha de solicitarse un ILS.

Respecto a la forma del testamento, el artículo 684 establece que cuando el testador se exprese en una lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete elegido por el propio testador a fin de traducir la disposición testamentaria a la oficial, debiendo escribirse en las dos lenguas.

Es frecuente entre las PS, sobre todo aquellas de más edad, que suelen tener problemas de redacción y comprensión de textos escritos, por lo que en virtud del artículo 695, en el caso de testamento abierto, el Notario deberá hacer uso de los recursos necesarios, tales como la figura del intérprete, con el fin de, en primer lugar, redactar el testamento de acuerdo a la voluntad del testador y en segundo lugar, asegurarse de que ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad.

La Ley 8/2021 ha supuesto también la modificación de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, añadiendo un nuevo párrafo al final del artículo 25 que establece que *“para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”*.

Por último, no queremos dejar pasar la oportunidad de reiterar nuestra opinión acerca de la necesidad imperativa de facilitar a los intérpretes una formación especializada y para ello, traemos a colación la siguiente reflexión relacionada con las intervenciones ante notario:

“En primer lugar, para la adecuada translación de la declaración de voluntad señalada, es precisa la previsión legal de una previa y mínimamente suficiente formación de intérpretes “adecuados”, esto es, con una mínima formación léxico-jurídica, con el objetivo final de creación, en su día, de un cuerpo de intérpretes jurados sólidamente formados, para dar efectos de fe pública (“oficiales” en la terminología legal) a sus traducciones e interpretaciones. Pues, en el caso de la instrumentación de un acto notarial por parte de una persona sorda, ¿quién da fe de la voluntad del otorgante sordo señante? ¿el Notario que desconoce la lengua de señas, o el intérprete respecto del que, sin ser jurado y mayormente sin tener unos mínimos conocimientos de elemental léxico jurídico, se atribuyen, aun indirecta o translaticiamente, efectos de fe pública notarial a su interpretación?” (Storch, 2005).

Fruto de la obligada adaptación del ordenamiento jurídico español a lo dispuesto en la Convención de Nueva York, la Ley 8/2021, ha venido a incluir, entre otros numerosos aspectos que se circunscriben al ámbito de las personas con discapacidad, la adición de un nuevo precepto, el art. 7 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo contenido reproducimos parcialmente:

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

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

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

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

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

Parece claro que, con la introducción de este nuevo artículo, se garantiza de manera inequívoca el derecho de las PS a contar con los servicios de un intérprete en toda clase de procedimientos, y no solo en los órdenes civil y penal como ocurría anteriormente. Al hilo de esta modificación legal, la CNSE celebró la inclusión de este nuevo artículo, por tratarse de “una demanda histórica del movimiento asociativo de la CNSE que favorece la participación en condiciones de igualdad de las personas sordas al quedar garantizada la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno” (Europapress, 2021).

Por último, el artículo 147 trata sobre el registro en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen de las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante los jueces o magistrados o, en su caso, ante los letrados de la Administración de Justicia.

Otra de las mejoras que ha traído la Ley 8/2021 ha tenido su reflejo en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que incorpora un nuevo artículo 7 bis prácticamente idéntico al ya mencionado artículo 7 bis de la LEC.

La CDPD también supuso la modificación de los requisitos para poder formar parte del Tribunal del Jurado que la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, establecía, prohibiendo la exclusión por razón de discapacidad, tal y como se preveía antes de la modificación operada en 2017. De esta forma, la Administración de Justicia debe proporcionar los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables a las personas con discapacidad que lo requieran. Sí hemos de decir que, entre los distintos requisitos para ser jurado, también se encuentra el de saber leer y escribir, por lo que algunas PS podrían verse excluidas por este motivo. Quizás, debería haberse tenido en cuenta las especiales circunstancias que rodean a algunas PS y la posibilidad de que el ILS pueda llevar a cabo esas funciones en caso de que fuera necesario, pues también forman parte de su perfil profesional la interpretación de textos escritos a LS y viceversa.

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 vino a cumplir el mandato de adaptación normativa dado por la CDPD, resultando de especial importancia pues se aporta una definición de las personas con discapacidad conforme a lo dispuesto en la CDPD, además de recoger distintos conceptos de discriminación.

Podemos observar cómo su artículo 5 enumera distintos ámbitos de aplicación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, donde se encuentra también la Administración de Justicia.

Así mismo, los artículos 74, 75, 76 y 77 recogen diferentes medidas de defensa de cara a resolver posibles vulneraciones de derechos en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación.

En el ámbito de las PS y la LS, a nivel estatal contamos con la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las PS, con discapacidad auditiva y sordociegas, que viene a reconocer el derecho de libre opción de las PS al aprendizaje, conocimiento y uso de las lenguas de signos españolas, entre otros aspectos, siendo de aplicación en sus relaciones con las Administraciones Públicas, entre ellas, la Administración de Justicia y Penitenciaria, donde se establece que alude a la formación y disponibilidad de servicios de interpretación.

Es cierto que la promulgación de esta ley supuso un hito en la historia de las PS en España, ya que se reconocía oficialmente la LSE y se establecían una serie de medidas con el fin de garantizar los derechos de las personas usuarias. Sin embargo, el alcance de estas medidas no llega a concretarse lo suficiente, por lo que desde los últimos años se viene reclamando un desarrollo reglamentario de esta ley.

Así se exteriorizó en la celebración del Día Internacional de las Personas Sordas en 2017, donde bajo el lema “Lengua de signos: un derecho humano y fundamental”, se dio lectura de un manifiesto en el que denunciaba que pese a los avances de los últimos años las PS todavía no eran iguales en derechos, ya que su acceso estaba condicionado al lugar de residencia y a la mayor o menor dotación económica.

Tras este breve recorrido por la actual normativa que rige en materia de discapacidad y relacionada con las PS, es notorio que en los últimos años se están produciendo grandes avances en este ámbito, lo cual no puede ser sino motivo de satisfacción por el gran trabajo que están llevando a cabo las distintas entidades representativas del sector de las personas con discapacidad, junto con muchos organismos y personas implicadas en este ámbito. No obstante, es claro que aún queda mucho camino por recorrer, muchas normas que aprobar y otras muchas que mejorar, pero es palpable una progresión en los derechos de las personas con discapacidad y una mayor concienciación por parte de los poderes públicos y de la sociedad en general en torno a este colectivo, lo cual ha de servir de motivación para seguir luchando y afrontar los nuevos retos del futuro.

3. ACCESIBILIDAD Y ACCESO A LA JUSTICIA. EL LUGAR DE LA INTERPRETACIÓN

3.1. El derecho de acceso a la justicia

El acceso a la justicia es un principio básico del Estado de Derecho y un derecho instrumental esencial para hacer valer los demás derechos humanos, restablecer derechos y resarcir a las víctimas, entre otras cosas. Constituye una concreción inmediata del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama y garantiza el artículo 24 de la Constitución Española, así como el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (De Lorenzo 2019).

Para comenzar a hablar del derecho a la justicia en España, de nuevo debemos hacer mención expresa a un texto que, sin duda alguna, ha supuesto un antes y un después para los derechos de las personas con discapacidad, pues ha traído consigo la consolidación del modelo social de derechos humanos, donde la discapacidad es el re-

sultado de la interacción entre la situación individual y los factores sociales. Nos referimos a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

Tras establecer el propósito de la CDPD, en ella se aportan una serie de definiciones entre las que se encuentran los conceptos de comunicación y lenguaje. Respecto a este último, aclara que cuando se haga referencia a este término, deberá entenderse referido tanto a la lengua oral como a la LS, así como a otras formas de comunicación no verbal, por lo que, de esta manera, vienen a equipararse todas las formas de comunicación, situando a la LO y a la LS en el mismo nivel.

Conviene notar, que de los cincuenta artículos que constan en la CDPD, cinco de ellos hacen referencia expresamente a la LS (arts. 2, 9, 21, 24 y 30).

En el modelo de la CDPD, la accesibilidad es un requisito previo para que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente, participar en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con los demás, y disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales. Es por ello que si no se dan los factores que garanticen una adecuada accesibilidad, todos los restantes derechos se verán claramente afectados.

Directamente conectados con el derecho de acceso a la justicia, se encuentran los artículos 5 y 12. El primero de ellos, hace referencia al derecho de igualdad ante la ley, derecho a obtener igual protección legal y a beneficiarse de la misma en igual medida sin discriminación alguna. Además de establecer un mandato a los Estados Partes de prohibir toda discriminación por razón de discapacidad, exige que estos deban adoptar todas las medidas encaminadas a asegurar la realización de ajustes razonables. Por su parte, el artículo 12 establece, entre otros aspectos, el igual reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley, reconociendo su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás y estableciendo la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a los apoyos necesarios con el fin de ejercer su capacidad jurídica.

Pero sin duda, el precepto fundamental sobre el que pivota este trabajo, es el artículo 13 de la CDPD que lleva por título Acceso a la justicia, que establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes

de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

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

Siguiendo a De Lorenzo (2019), el acceso a la justicia de las personas con discapacidad se configura como *“el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permiten sin discriminación alguna, la utilización del servicio público de la Justicia para conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos en igualdad con los demás, mediante los apoyos personales o técnicos necesarios, para adecuar su grado de autonomía personal en este ámbito”.*

El acceso a la justicia implica que las personas con discapacidad tienen derecho a participar en igualdad de condiciones con las demás en el sistema de justicia en su conjunto, comprendiendo su intervención como demandantes, víctimas, acusados, jueces, jurados y abogados, por ejemplo, como parte de un sistema democrático que contribuya a la buena gestión de los asuntos públicos (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2018).

Por otro lado, y tal y como se puede apreciar de la lectura del apartado 1, se hace uso intencionadamente, de la expresión ajustes de procedimiento y no de ajustes razonables, y es que esta diferenciación es fundamental, puesto que el derecho de acceso a la justicia funciona como garantía para el disfrute y el ejercicio efectivo de todos los derechos. Por lo tanto, no proporcionar ajustes de procedimiento sería una forma de discriminación por motivos de discapacidad en relación con el derecho de acceso a la justicia (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos).

En cuanto a la legislación nacional, nuestro texto constitucional en su artículo 24 consagra el derecho a la tutela efectiva y el derecho a la defensa. En palabras del propio Tribunal Constitucional en su sentencia 19/1981, de 8 de junio, *“reconoce el derecho de todos a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas”.*

A su vez, el art. 24 de la Constitución ampara el derecho a contar con la asistencia de un intérprete en los casos que se cumplen los requisitos para ello.

En este sentido, el Tribunal Constitucional en sus sentencias 5/1984, 74/1987, 71/1988, 30/1989 y 188/1991 entre otras, vino a afirmar que el derecho a no sufrir indefensión y a la defensa comprende el derecho de toda persona acusada a ser asistida por un intérprete cuando no comprenda o no pueda expresarse fluidamente en el idioma utilizado por el Tribunal.

Tal y como se indica en el art. 13.1 CPDP, este derecho no se circunscribe tan solo a los casos en los que la persona en cuestión, se encuentre inmersa en un procedimiento penal como acusada, sino que se extiende a la declaración de testigos, y a todo tipo de procedimientos judiciales, incluyéndose la fase de instrucción y otras fases previas.

3.2. Barreras en el acceso a la justicia para las personas sordas

Las barreras suponen cualquier obstáculo que encontramos tanto en la acción como el pensamiento y que impiden un disfrute de los derechos de manera igual para todos.

Pueden ser clasificadas en cuatro tipos: físicas, sensoriales, cognitivas y sociales.

Las barreras sensoriales son los obstáculos que impiden el acceso a la comunicación y/o los mensajes. Sirva como ejemplo, la ausencia de intérpretes de lengua de signos (Saravia 2022).

La principal barrera que encuentran las PS en su acceso a la justicia, así como en otros ámbitos de la vida cotidiana, tiene que ver con el acceso a la información y la comunicación.

No es la discapacidad auditiva la que propiamente impide el acceso a la información, sino las barreras de comunicación. Las barreras de comunicación son “aquellos obstáculos, trabas o impedimentos que dificultan o limitan la libertad de acceso y comunicación de las personas que tienen limitada, temporal o permanentemente, su capacidad de relacionarse con el entorno mediante la audición y la lengua oral” (CNSE 1997).

Cuando hablamos de acceso a la justicia, hemos de pensar de pensar en un concepto amplio y no únicamente restringido a las actuaciones que se llevan a cabo ante los órganos jurisdiccionales. Las barreras que encuentren las PS podrán ser distintas en función del ámbito en que nos encontremos.

En este sentido, podemos enumerar una serie de ámbitos que guardan relación en mayor o menor medida con el concepto de justicia comúnmente entendido, así como diversas actuaciones en las que la persona sorda puede relacionarse con diferentes operadores jurídicos.

Algunos de estos ámbitos son los siguientes:

- Actuaciones en dependencias policiales: interrogatorios, declaración de testigos, formulación de denuncias...
- Servicios en notarías, asesorías jurídicas y encuentros con abogados, procuradores, peritos...
- Actuaciones en la celebración de juicios.
- Servicios en instituciones penitenciarias: Comunicaciones del interno con otros reclusos, con el personal y con el exterior.

Respecto al primero de estos ámbitos, las comisarías de Policía disponen de un teléfono al que dirigirse en el caso de que una persona sorda acuda a sus instalaciones. Este teléfono corresponde a la entidad responsable de prestar el servicio de ILSE y normalmente, suele funcionar las 24 horas del día durante los 365 días del año. Pero en función del punto geográfico donde se encuentre, este servicio puede estar restringido a un determinado horario y prestarse solamente en días laborables como es el caso de pequeños municipios, lo cual supone un grave problema, ya que la persona sorda quedaría en una clara situación de indefensión. Es por ello que en 2015, la Dirección General de la Policía y la CNSE firmaron un acuerdo de colaboración con el fin de mejorar la protección y seguridad de las PS y desde entonces, progresivamente con la Policía se está implementando el servicio de vídeo-interpretación en lengua de signos SVIvisual, que permite, tanto a la Policía ponerse en contacto con un ILSE las 24 horas del día, como la posibilidad de que sea la propia PS quien entable contacto en caso de emergencia, comunicándose a los Centros Inteligentes de Mando, Comunicación y Control de la Policía Nacional, y procediéndose a la vídeo-interpretación.

Los servicios que presta un ILSE con operadores jurídicos tales como abogados o notarios suelen ser proporcionados por las propias asociaciones y federaciones de PS, pues estos servicios son incluidos en el catálogo de servicios que deben prestarse dentro del convenio de colaboración entre la entidad y la administración en cuestión. Los principales problemas que encontramos en este tipo de servicios es, de un lado, la antelación con la que ha de solicitarse el ILSE debido a la escasa disponibilidad de los mismos, lo que obliga a la PS a concretar una cita previa teniendo en cuenta también la disponibilidad del propio letrado o notario, y de otro, la calidad de la interpretación.

La asistencia a juicios es lo que primero en que suele pensarse cuando hablamos de acceso a la justicia, y quizás sea uno de los ámbitos más complicados en cuanto a interpretación se refiere.

Teniendo en cuenta el mencionado art. 9 de la CDPD referido a la accesibilidad, hemos de decir que, en ocasiones, las PS encuentran barreras antes siquiera de que tenga lugar cualquier actuación, pues las dependencias judiciales no son accesibles en el sentido de que los llamamientos a las personas que han de ser partícipes en la celebración de una vista (víctimas, testigos, investigados, etc.), son realizados de manera verbal.

Es cierto que, en muchas ocasiones, suele incorporarse en la puerta de la sala una hoja anunciando los horarios de los juicios programados para ese día, con sus horas aproximadas de celebración, pero es muy frecuente que se produzcan retrasos y modificaciones que afectan al orden previamente establecido.

Una vez pasamos a la sala, es fundamental tener en cuenta la ubicación del intérprete, ya que este deberá situarse en un lugar donde pueda mantener contacto visual con la PS en todo momento, al mismo tiempo que esta puede observar al juez, al fiscal y a los letrados de las dos partes, sin olvidar que la vista ha de ser grabada, por lo que ha ponerse especial cuidado en el aspecto de la ubicación.

En el caso de que se le muestre algún documento a la PS, se debe dejar un tiempo prudencial para que lo examine, sin hablar en ese momento, ya que no es posible observar el documento y mirar al intérprete al mismo tiempo.

Si se procede a la lectura de documentos, se debe mantener una velocidad normal, que permita la interpretación garantizando que se transmite toda la información. Puede pensarse que cierta información no es realmente relevante, pero el intérprete debe interpretar el mensaje al completo, ya que no le corresponde seleccionar que información es importante y cual no.

Decíamos, que quizás este sea uno de los ámbitos más complicados para un intérprete y es que, en muchas ocasiones, los operadores se expresan usando un vocabulario técnico que puede dificultar mucho su labor, sobre todo, si no cuenta con conocimientos específicos en la materia.

Por otra parte, no siempre existen signos que equivalgan a una palabra, por lo que el ILS se verá obligado a realizar una paráfrasis y en último caso, hacer uso del alfabeto dactilológico.

En la mayoría de procedimientos, la actuación del intérprete no se limita únicamente a su presencia en el juicio, sino que, como es lógico, la PS ha mantenido en-

cuentros previos con su letrado. A su vez, si se trata de un procedimiento penal y ha habido una detención previa con puesta a disposición judicial o no, también habrán tenido lugar diversas actuaciones interpretativas. Queremos decir con ello que, en un mismo procedimiento pueden darse numerosos servicios de interpretación. Pues bien, no hay ninguna norma que indique que el intérprete para todas ellos deba ser el mismo, sino que, lo que la legislación protege es el derecho de ser asistido por intérprete. Esto puede suponer un problema en el sentido de que, en muchas ocasiones, tanto intérprete como PS han de “adaptarse” mutuamente, y el hecho de fuera posible que el mismo intérprete acudiera a todos los actos, facilitaría en gran medida la labor del letrado, la del intérprete mismo, y la de la PS, que vería aumentada su confianza y seguridad, ya que sabría de antemano que intérprete es el que va a acudir la próxima vez que se le requiera.

Por último, otro ejemplo de barrera que suelen encontrar las PS, aunque extensible a otros muchos ámbitos, guarda relación con los documentos escritos. A tenor de lo dispuesto en los Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad de la ONU, la Directriz 4.1 del Principio 4 establece en sus apartados a), b) y e) que las personas con discapacidad tienen derecho a acceder a la información y las notificaciones legales en el momento oportuno y de manera accesible en igualdad de condiciones con las demás, y para ello, los Estados deberán promulgar leyes normativas, políticas y directrices que reconozcan este derecho en todos los aspectos de los procesos judiciales y habrán de velar para que su acceso sea posible a través de diferentes métodos, como la LS, y lenguaje sencillo y la lectura fácil, entre otros, además de asegurar que se preste apoyo en tiempo real a las personas que lo necesiten a través de la interpretación en LS.

El último de los ámbitos que hemos creído conveniente traer a colación es el ámbito penitenciario.

La Dirección General de Instituciones Penitenciarias cuenta con un protocolo oficial de actuación para el caso de personas con discapacidad elaborado en colaboración con las principales entidades representativas del sector de la discapacidad, que recoge los derechos reconocidos en la CDPD y que incluye diversas actuaciones a llevar a cabo desde que el interno accede a las instalaciones.

En el caso de las PS, el Protocolo prevé la proyección del vídeo “La prisión paso a paso”. Este vídeo contiene información subtitulada y en LS acerca del funcionamiento de la prisión y, además, se hace entrega de un documento escrito en el que se recoge el mismo contenido.

Es de relevancia mencionar que el Programa Individualizado de Tratamiento (PIT) puede recoger diferentes tipos de adaptaciones en función de sus necesidades, entre las cuales destacamos el acceso de los intérpretes de lengua de signos previa valoración de los responsables del centro, que según indica la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA) *“debería estar en todos los momentos claves de la vida en prisión, como: comunicaciones con agentes judiciales, entrevistas con profesionales, procedimiento disciplinario, clasificación inicial, tramitación de libertad condicional, etc. Igualmente, si fuera necesario y, se dispusiera de dichos recursos, estarán en los distintos talleres y actividades en las que participe la persona con discapacidad”*.

Por último, el protocolo establece unas pautas básicas a tener en cuenta en la comunicación con personas con discapacidad en general dirigidas a los funcionarios de Instituciones Penitenciarias, entre las que se indican unas específicas para PS.

A pesar de estos avances, hemos de decir que algunas entidades como la propia (APDHA) y la Asociación Pro-Derechos de las Personas Sordas de Granada (ASPRODES), se muestran críticos y consideran que *“este instrumento no es en realidad más que una declaración de intenciones y genera inseguridad para todas las personas con discapacidad, haciendo depender el ejercicio de sus derechos de la buena voluntad del personal que les asista en cada ocasión”*.

Recientemente, la CNSE ha impulsado un programa financiado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 a través de la asignación tributaria del IRPF y a Fundación ONCE, por el que se atiende a las PS reclusas. Se facilitan servicios de mediación y de ILS y se imparten campañas de sensibilización dirigidas al personal funcionario de prisiones. Además, el SVIvisual también se encuentra disponible para estos casos.

3.3. El papel de la interpretación

La Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, define la figura del intérprete de lengua de signos como *“profesional que interpreta y traduce la información de la lengua de signos a la lengua oral y escrita y viceversa con el fin de asegurar la comunicación entre las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, que sean usuarias de esta lengua, y su entorno social”*.

Para las PS, la interpretación cobra una vital importancia y así lo entiende la Federación Mundial de Sordos (WFD), cuando indica que *“un factor clave para la accesi-*

bilidad de los servicios públicos, como la atención médica, el empleo, el bienestar social o cualquier otro servicio gubernamental, es la provisión y el acceso a intérpretes de lenguaje de señas”.

El hecho de no contar con servicios de interpretación supone que las PS usuarias de LS queden en una situación de clara indefensión, puesto que su posibilidad de comunicación va a quedar claramente limitada ya que, a día de hoy, esta figura resulta crucial para hacer posible la participación de las personas sordas en la sociedad en general, y concretamente, en su acceso a la justicia. Es un recurso que permite eliminar las barreras de acceso a la información y la comunicación.

Así lo entiende también el Parlamento Europeo cuando en su resolución de 23 de noviembre de 2016, sobre las lenguas de signos y los intérpretes profesionales de lengua de signos reconoce que *“la igualdad del acceso a la justicia por parte de las personas sordas, sordociegas e hipoacúsicas solamente puede garantizarse poniendo a disposición intérpretes profesionales de lengua de signos que posean la cualificación adecuada”.*

4. LA INTERPRETACIÓN DE LENGUA DE SIGNOS EN ALGUNAS DECISIONES SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA

En este apartado se recopilan una serie de resoluciones, priorizándose aquellas en las que alguna de las partes es una PS, pero debido a la escasez de este tipo de pronunciamientos, hemos decidido ampliarlo a aquellos casos en los que se alude a causas de indefensión motivadas cuestiones relacionadas con el intérprete en el caso de personas extranjeras, ya que entendemos que sus procedimientos serían aplicables igualmente a las PS.

Comenzamos nuestra compilación con la STC 30/1989, de 7 de febrero, donde se estimó el recurso de amparo por parte de una persona sorda a quien no se le designó el correspondiente intérprete, en cuyo pronunciamiento se recoge que *“la falta del preceptivo nombramiento de intérprete se ha traducido en manifiesta indefensión, ya que ha impedido incluso que se pudiera recibir la declaración de la recurrente, que fue, por lo tanto, condenada sin una efectiva audiencia”.*

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional se apoya en instrumentos internacionales (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) para interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con el art. 10.2 CE, y así reconocer lo establecido en el art. 24.2 CE, en cuanto al derecho a ser informado de la acusación

y el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete en el caso de que no se comprenda la lengua utilizada en el proceso, pese a que tal y como afirma, el derecho a intérprete proviene directamente de la Constitución, sin que sea necesaria ninguna configuración más para su ejercicio.

Por su parte, la STC 71/1988, de 19 de abril, es considerada una de las bases sobre las que se asientan las primeras sentencias que se adoptan respecto a este tema. En concreto, esta sentencia resolvió un recurso de amparo donde se había denegado la asistencia de intérprete a un ciudadano extranjero al considerar el tribunal juzgador que los artículos de la LECrim que regulaban el nombramiento de intérprete *“sólo son aplicables en las declaraciones de procesados y testigos ante los órganos judiciales, no extensivos –y no previsto por el legislador– «a las conversaciones privadas entre los procesados y su Letrado» ajenas al Tribunal”*.

Pese a que esta circunstancia está ya hoy superada gracias al art. 123.1.b) LECrim², hemos creído oportuno reproducir parte de los fundamentos jurídicos 4 y 5 ya que viene a establecer el vínculo que, de una u otra forma, une el derecho de la asistencia letrada con el derecho a ser asistido por un intérprete.

“... el derecho a intérprete en las causas o procesos penales ha de ser considerado desde una perspectiva global o totalizadora y en atención al fin para el que está previsto, es decir, el de una defensa adecuada para la obtención de un proceso o juicio justo. (...).

De acuerdo con lo expuesto, pues, ya puede afirmarse que el derecho que aquí se estima vulnerado y cuyo restablecimiento se pide, si bien su aspecto particular y concreto no figura en la Ley, dada su peculiaridad, sí puede entenderse comprendido en la misma, interpretada conforme a la CE y Convenios internacionales, siempre a favor de la eficacia de los derechos fundamentales de defensa y asistencia letrada. Y ello ha de llevar, por consiguiente, al otorgamiento del amparo y a reconocer el derecho de los recurrentes a ser asistidos de intérprete en sus comunicaciones con el Abogado de oficio para formalizar el trámite procesal de calificación provisional de la causa a la que están sometidos”.

² Derecho a servirse de intérprete en las conversaciones que mantenga con su Abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para otras solicitudes procesales

Una de las sentencias que, a nuestro juicio, más relevancia ha tenido en el ámbito de la interpretación judicial por la cantidad de ocasiones en las que se hace referencia a ella, es la STS 18/2016, de 26 de enero, donde se establece que “(...) *el derecho de acceso a un intérprete debe considerarse como un derecho fundamental, en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, relacionado íntimamente con el derecho de la defensa (Art. 6.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos)*”.

La Audiencia Provincial de Málaga mediante Sentencia 697/2017, de 13 julio, tuvo oportunidad de pronunciarse con motivo de un recurso de apelación donde “*fundamenta su pretensión principal de nulidad radical de todo lo actuado en infracción de normas o garantías procesales vulneración del artículo 143.2 de la LEC y del artículo 24 de la Constitución por cuanto afirma que el emplazamiento se llevó a cabo sin las garantías legales y formalidades necesarias para alcanzar su finalidad, por cuanto al ser la Sra. Estela sordomuda, debió contar en su práctica de un intérprete de lengua de signos adecuadas, debiéndose levantar acta de las actuaciones que se practiquen con las personas sordas, siendo emplazada mediante exhorto librado al Juzgado de Paz de Rincón de la Victoria donde recibió la cédula de emplazamiento, decreto de admisión a la demanda y copia de ésta, sin más explicación y sin contar con un intérprete de signos*”.

En este caso, la Audiencia de Málaga reconoce que hubo infracción procesal por parte del Juzgado correspondiente, por el hecho de no contar con un intérprete que le pudiera hacer llegar de forma comprensible determinados apercibimientos y advertencias que se contenían en el exhorto, sin embargo, no tuvo a bien conceder la nulidad radical de las actuaciones “*pues a tenor de lo prevenido en los artículos 238.2 de la LOPJ y 225. 3 de la LEC esta nulidad solo es viable cuando se haya prescindido de normas esenciales del procedimiento y siempre que ello haya generado indefensión*”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1.ª, de 14 enero 2003, juzga el caso donde el denunciante, persona sorda, alega indefensión, pues, en el juicio oral, el juzgado no le facilitó los servicios de un intérprete. El Tribunal resuelve acudiendo al art. 442 en relación con el 398 de la LECrim, “*considerándose que tales defectos procesales causan indefensión a la parte y por ello procederá, en aplicación del artículo 238 n.º 3 de la LOPJ declarar la nulidad del juicio, debiendo de celebrarse otro en el que se observen las referidas garantías y derechos constitucionales*”.

Un caso que podría ser tildado de estrambótico dadas las sorprendentes decisiones que van teniendo lugar, es el descrito en el *Informe España de Derechos Humanos y Discapacidad 2020* elaborado por el CERMI, donde en un procedimiento penal, una

acusada con discapacidad auditiva usuaria de la lengua oral, que utilizaba la lectura labial y la información escrita para acceder a la información y a la comunicación, solicitó por medio de su letrado, el apoyo necesario para poder seguir el desarrollo de la vista, consistente en un subtítulo en directo a través de estenotipia computerizada. Sin embargo, en un primer momento, dicho recurso le fue denegado y se decidió facilitarle los servicios de un intérprete de lengua de signos. Como consecuencia de ello, la entidad FIAPAS se puso en contacto con la Dirección General para el Servicio Público de Justicia del Ministerio de Justicia, poniendo en su conocimiento la situación de discriminación por razón de discapacidad. Tras unas gestiones entre ambos órganos administrativos, finalmente, la referida Consejería acordó facilitar el recurso que había solicitado.

En nuestra opinión, podemos afirmar que, en líneas generales, el acceso a la justicia por parte de las PS no presenta grandes dificultades salvo en casos puntuales, aunque por otro lado *“cierto es que se producen situaciones de claro incumplimiento de la accesibilidad por parte del sistema judicial, pero en numerosos casos son originadas por defectos de forma cometidos por los miembros de la abogacía. Y es que, aunque existe en teoría una garantía jurídica de intérprete de lengua de signos, muchos abogados y abogadas no siguen el procedimiento para solicitarlo de cara a la celebración de un juicio, por lo que el juzgado puede decidir la continuación del mismo sin intérprete. Y todo ello sin menoscabo de la necesaria mejora en la calidad de las interpretaciones”* (Jáuregui y Jaureguizar 2020).

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

La población sorda usuaria de LS representa una minoría dentro de las personas con discapacidad auditiva, lo que no significa que no se deban tener en cuenta sus derechos lingüísticos, ya que los derechos humanos son inherentes a la persona y, por tanto, deben ser respetados y garantizados en todo momento.

Tras el estudio de la normativa existente tanto a escala internacional como nacional, se ha podido comprobar como la accesibilidad de las personas con discapacidad en general y de las PS en particular, ha experimentado una mejora cuantitativa y cualitativa, pues cada vez son más los ámbitos en los que se tiene en cuenta a este colectivo, y cada vez los servicios son prestados con mayor calidad.

El recurso más solicitado por las PS signantes en todos los ámbitos de la vida cotidiana es, sin duda alguna, la figura del intérprete de lengua de signos. Su labor resulta fundamental como medida para derribar las barreras de información y comunicación con las que se encuentran.

Como conclusión de este trabajo, puede afirmarse que la interpretación en lengua de signos en el acceso a la justicia por parte de las PS en España se encuentra plenamente garantizado de forma real y efectiva. La legislación actual contempla la obligación de proporcionar los debidos ajustes cuando las necesidades de la persona así lo requieran, protegiendo y garantizando de esta forma el ejercicio de otros derechos.

Sin embargo, se hace necesario potenciar la formación de los intérpretes de lengua de signos, facilitándoles una formación específica en el ámbito jurídico que les permita desarrollar su labor proporcionando la máxima calidad interpretativa posible.

Para finalizar este trabajo, se ha considerado oportuno aportar una serie de propuestas de mejora a tener en cuenta de cara al futuro, con el fin de intentar mejorar la interpretación en LS en el ámbito judicial. Son las siguientes:

- Respecto de la figura del intérprete de LSE, es fundamental que este cuente con un elevado nivel de lengua de signos, estando capacitado para adaptarse a las circunstancias concretas de cualquier tipo de usuario. Así mismo, deben ser conocedores de la terminología jurídica empleada y estar familiarizados con el desarrollo de los diversos procedimientos judiciales.
- Se hace urgente una formación específica, reglada y universitaria para intérpretes que deseen especializarse en el ámbito jurídico, pues se han detectado una serie de carencias que podrían ir en perjuicio de las propias PS dificultando un acceso real y efectivo a la justicia. Se propone la creación de un máster universitario en interpretación en LS en el ámbito jurídico, que proporcione los conocimientos y competencias necesarias para el adecuado desarrollo de la profesión.

Así mismo, se hace necesaria la creación del título de Intérprete Jurado de lengua de signos con el fin de que sus interpretaciones adquieran el carácter de oficial.

- Los profesionales de la interpretación en LSE que desempeñen sus funciones en el ámbito judicial (en sentido amplio) deberán ser proporcionados por la propia Administración de Justicia, para lo cual, deberán preferentemente formar parte de su plantilla o en su caso, ser incorporados a una bolsa de empleo. Esto se justifica en la necesidad de proporcionar unas condiciones laborales adecuadas a estos profesionales, pues si se descuidan este aspecto, existe un elevado riesgo de lo que en última instancia puede traducirse en un grave perjuicio para las propias PS.

- Se debe promover el aprendizaje y uso de la LS entre los diferentes operadores jurídicos, a fin de posibilitar una comunicación básica con la PS para los casos en los que no sea necesaria la intervención de un ILS.
- El intérprete deberá ser informado previamente por el notario o letrado de la PS del contenido de los actos procesales para los que se requiere su intervención, así como de cuantas actuaciones judiciales hayan tenido lugar con anterioridad y que sean relevantes de cara a llevar a cabo su labor con plenas garantías de calidad.
- Salvo causas de fuerza mayor o incapacidad temporal, el intérprete será la misma persona en todas las actuaciones y fases procesales. De esta forma, se pretende eliminar la incertidumbre e inseguridad que causa a la PS el hecho de que en cada ocasión el intérprete sea distinto, además de fomentar un clima de confianza entre la PS y el otro operador jurídico.
- La Administración de Justicia deberá facilitar el contenido de todas sus notificaciones y actos escritos en LS o su adaptación al formato de lectura fácil cuando las necesidades de la PS así lo requieran, para lo cual se hará uso de intérpretes jurados de LS.
- Es altamente recomendable que los profesionales jurídicos ofrezcan a la PS una breve descripción del acto que va a tener lugar o de la naturaleza del procedimiento, así como de las personas que van a participar en el mismo, identificando su función y cargo. Igualmente, es aconsejable hacer uso de un lenguaje sencillo, así como facilitar información básica acerca de los derechos y obligaciones de la persona en cuestión.
- Durante el proceso, es importante asegurarse de que los recursos que se vayan a utilizar sean adecuados y entendibles para la persona sorda. En el caso de lectura de documentos escritos, se realizará a una velocidad normal, estableciendo pausas que permitan al intérprete organizar la información e interpretar de forma comprensible.

En ningún caso, debe aceptarse una comprensión parcial de la información, sino que toda ella debe ser accesible.

- En los servicios prestados en notarías, se recomienda que el propio fedatario público informe a la persona sorda de la posibilidad de acudir junto a un intérprete profesional en caso de que ella misma no lo haya solicitado.

- Por último, se hace preciso continuar con campañas de sensibilización y formación en materia de discapacidad dirigidas a todos los operadores jurídicos y a todas aquellas personas involucradas en la Administración de Justicia, pues solo de esta manera, se podrá seguir mejorando el acceso a la justicia y posibilitando la igualdad de oportunidades.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIZA COLMENAREJO, M. J. *Traducción, interpretación e información para la tutela judicial efectiva en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, ISBN: 978-84-9169-234-8
- ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA (APDHA). *Derechos de las personas sordas y sordociegas en prisión. Guía de actuación*. Sevilla: APDHA, 2019. Disponible en: <https://www.apdha.org/media/guia-derechos-sordas-sordociegas-prision.pdf> (Último acceso: 22-5-2022).
- CNSE. *Personas Sordas*. Disponible en: <https://www.cnse.es/index.php/personas-sordas> (Último acceso: 20-7-2022)
- CNSE. *Situación y necesidades de las personas sordas*. Madrid: CNSE, 1997. Disponible en: https://www.cnse.es/media/k2/attachments/11032014124638_4618.pdf (Último acceso: 21-6-2022)
- CNSE. *Manifiesto por el Día internacional de las personas sordas. Lengua de signos: un derecho humano y fundamental*. Madrid: CNSE, 2017. Disponible en: http://www.fescan.es/index.php?option=com_content&view=article&id=1705:manifiesto-de-la-cnse-por-el-dia-internacional-de-las-personas-sordas-lengua-de-signos-un-derecho-humano-y-fundamental&catid=41&Itemid=63 (Último acceso: 4-4-2022)
- CNSE. *Demandas políticas de la CNSE. Elecciones Generales 10 de noviembre de 2019*. Madrid: CNSE, 2019. Disponible en: https://www.cnse.es/media/k2/attachments/28102019134717_9101.pdf (Último acceso: 5-6-2022)
- CNSE. *Memoria CNSE 2019*. Madrid: CNSE, 2020. Disponible en: https://www.cnse.es/images/memoria-anual/Memoria_2019.pdf (Último acceso: 15-6-2022)
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Observación general N.º 7 (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención*. CRPD/C/GC/7

- DE LORENZO GARCÍA, R. (2019). El derecho fundamental de acceso a la justicia: Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad. En: *Revista Anales de Derecho y Discapacidad*, Vol. IV. Madrid: Ediciones CINCA, 2019, pp.11-31, ISSN 2530-4011.
- DE LOS SANTOS RODRÍGUEZ, E. y LARA BURGOS, M. P. *Técnicas de interpretación de lengua de signos*. Madrid: CNSE, 1999, ISBN 84-9302676X.
- DELEGACIÓN DEL CERMI PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y PARA LA CONVENCION DE LA ONU. *Derechos humanos y discapacidad: informe España 2020*. Lugar: Madrid, Editorial Cinca, 2021, pp. 187-188. ISBN 978-84-18433-15-3
- DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Protocolo de actuación para personas con discapacidad en el medio penitenciario*. Disponible en:
<https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/protocolodiscapacidadmedioepenitenciario2018.pdf> (Último acceso: 12-6-2022)
- ESTEBAN, M. L. y RAMALLO, F. Derechos lingüísticos y comunidad sorda: claves para entender la minorización. *Revista de Estudios de Lenguas de Signos REVLES: Aspectos lingüísticos y de adquisición de las lenguas de signos*, N.º 1. Lugar: Madrid, CNLSE, Morales López, E. y Jarque Moyano, M. J., 2019, pp. 20-52. ISSN 2695-4133.
- EUROPAPRESS. Personas sordas aplauden que la lengua de signos esté presente en los procesos judiciales. Madrid: 23-7-2021. Disponible en:
<https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-personas-sordas-aplauden-lengua-signos-presente-procesos-judiciales-20210723122554.html> (Último acceso: 23-5-2022).
- FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE PERSOAS XORDAS DE GALICIA. Ofertas de empleo. Disponible en: <https://www.faxpg.es/ofertas-empleo-es.html> (Último acceso: 4-7-2022).
- FEDERACIÓN DE PERSONAS SORDAS DE CANTABRIA. *Manifiesto de la CNSE por el Día Internacional de las Personas Sordas*. Disponible en:
http://www.fescan.es/index.php?option=com_content&view=article&id=1705:manifiesto-de-la-cnse-por-el-dia-internacional-de-las-personas-sordas-lengua-de-signos-un-derecho-humano-y-fundamental&catid=41&Itemid=63 (Último acceso: 4-4-2022)
- FESORD C.V. *Rasgos sociológicos y culturales de las personas sordas*. Valencia: Fundación FESORD C. V., 2000. ISBN: 84-931447-9-7
- FILSE. *La formación de intérpretes de lenguas de signos en la universidad española*. 2015. Disponible en:
https://www.filse.org/sites/default/files/project/files/informe_filse-universidad.pdf (Último acceso: 22-6-2022).

- FLORES GÓMEZ, J. J. y ROMERO PORRO, J. A. Ponencia: *Por una nueva ley orgánica reguladora del derecho a la defensa*. Ilustre Colegio de Abogados de Badajoz. 2018. Disponible en: <https://www.icaba.es/images/CURSOS/2018/IVCAEXT/NUEVALODDI.pdf> (Último acceso: 30-5-2022).
- FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD y COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (2018). *Anales de Derecho y Discapacidad*. (A/18/ N.º 3). ISSN: 2530-4011
- GARCÍA MEDINA, J., & GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Cizur Menor, Navarra: Ed. Aranzadi, 2016. ISBN: 978-84-9098-655-4
- GONZÁLEZ-MONTESINO, R. H. *La interpretación de lengua de signos en el ámbito judicial: ¿una cuestión de accesibilidad o de derechos lingüísticos?* En: *Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law*. Barcelona: Ed. Generalitat de Catalunya, 2020, n.º 74, 75-89. ISSN: 0212-5056, ISSN-e 2013-1453. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/RLD/article/view/10.2436-rld.i74.2020.3451> (Último acceso: 12-3-2022).
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. (2022). *Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia (EDAD) 2020*. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=51816> (Último acceso: 5-7-2022).
- JAUREGI, A., BERNARÁS, E. Y JAUREGUIZAR, J. Derechos humanos desde la diversidad lingüística e identitaria de las personas sordas. En: *Deusto Journal of Human Rights*. Bilbao: 2020, n.º 5: 187-213. ISSN: 2530-4275, ISSN-e: 2603-6002.
- MONEREO PÉREZ, J. L., LÓPEZ INSUA, B. DEL M., ALCAÍN MARTINEZ, E., MORENO VIDA, M. N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F., & MALDONADO MOLINA, F. J. (2020). *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad: Un enfoque integral y exhaustivo*. Murcia: Ediciones Laborum, 2020. ISBN: 978-84-17789-50-3.
- OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD. (2018). *La situación de la población reclusa con discapacidad en España*. Disponible en: <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2019/04/OED-POBLACION-RECLUSA-CON-DISCAPACIDAD.pdf> (Último acceso: 15-5-2022).
- OFICINA INTERNACIONAL DE AUDIOFONOLOGÍA (BIAP). *Clasificación de las deficiencias auditivas*. Disponible en: <https://www.biap.org/es/recommendations/recomendaciones/ct-02-clasificacio-n-de-las-deficiencias-auditivas> (Último acceso: 22-4-2022)

- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Igualdad y no discriminación bajo el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. A/HRC/34/26, párr. 35.
- ONU. *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*, Ginebra: 2020. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf> (Último acceso 28-7-22).
- ONU. Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993. Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.
- ORTEGA HERRAÉZ, J. M. *Interpretar para la justicia*. Granada: Ed. Comares, 2011- ISBN: 978-84-9836-701-0
- SARAVIA MÉNDEZ, G. *Las observaciones generales del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas explicadas y comentadas*. Madrid: Ed. Cinca, 202.2 ISBN 978-84-18433-43-6.
- SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS (2018). *Protocolo de actuación para personas con discapacidad en el medio penitenciario*. Disponible en: <https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/protocolodiscapacidadmediope-nitenciario2018.pdf> (Último acceso: 12-6-2022).
- SERVICIO DE INFORMACIÓN SOBRE LA DISCAPACIDAD DE CASTILLA Y LEÓN. *La policía firma un acuerdo con las personas sordas para mejorar la atención a este colectivo*. Disponible en: <https://sid-inico.usal.es/noticias/la-policia-firma-un-acuerdo-con-las-personas-sordas-para-mejorar-la-atencion-a-este-colectivo/> (Último acceso: 17-5-2022)
- STORCH Y GRACIA, J. G. *Estatuto jurídico de las lenguas de señas en el derecho español: aproximaciones*. Madrid: Ed. Ramón Areces. 2005. ISBN 84-8004-706-2.
- WORLD FEDERATION OF THE DEAF. *Derechos Humanos de las personas sordas*. Disponible en: <https://wfdeaf.org/our-work/human-rights-of-the-deaf/> (Último acceso: 5-5-2022).

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

M.^a Mercedes Lizcano Díaz

Abogada especializada en Derecho de la Discapacidad

Experiencia en esta materia, veinte años, en la práctica judicial y atendiendo a las personas con discapacidad y sus familias.

Madre de una persona con TEA y por ello, miembro de la Junta Directiva de Plena Inclusión Comunidad Valenciana.

LUCES Y SOMBRAS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 8/2021: “DE LA SUSTITUCIÓN AL APOYO. IGUAL RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY”. TRAS UN AÑO DE APLICACIÓN, REACCIONES*

I. LEY 8/2021: “DE LA SUSTITUCIÓN AL APOYO. IGUAL RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY”

El día 3 de septiembre de 2021, entró en vigor la Ley 8/2021, por la que se modifica todo lo hasta ahora conocido en el plano normativo, en materia de derecho a la discapacidad que afecta directamente a las personas con discapacidad, a sus familias y a las entidades que les prestan apoyo.

En este sentido, lo primero es transmitir un mensaje de alegría, de satisfacción y también de tranquilidad para las personas con discapacidad y sus familias en cuanto que existe un respaldo normativo, no obstante, con la promulgación de esta ley, no está todo hecho, hay mucho por hacer todavía.

* Recibido el 25 de octubre de 2022. Aprobado el 23 de junio de 2023.

Esta ley es un inicio, un reconocimiento y solo de su aplicación práctica podremos descubrir sus fallos y como mejorarla, ya que deja fuera, a mi entender, un vacío que habrá que regular y contemplar en desarrollo de esta ley y me refiero al colectivo de las personas con problemas de salud mental, personas que, precisamente por tener mayor dificultad a un reconocimiento institucional, a un reconocimiento propio de necesidad de adopción de medidas de apoyo, en muchos casos, esta ley, las deja fuera.

Sin embargo, atendiendo a las situaciones que generalmente derivan de la aplicación de esta ley, de modo genérico y sin perjuicio de que cualquier situación concreta e individualizada pueda ser distinta y en ese caso, precisaría solicitar una información individualizada y especializada, es importante destacar que:

1. Desaparece la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada

Todas las personas, alcanzada la mayoría de edad, tienen los mismos derechos en condiciones de igualdad.

Esto quiere decir, que no es necesario promover un procedimiento de reconocimiento de lo que veníamos conociendo como “incapacitación”.

DESAPARECE EL PROCESAMIENTO DE INCAPACITACIÓN o MODIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CAPACIDAD. Ya no es necesario, partiendo del principio de igualdad de las personas con discapacidad respecto del resto de personas.

2. ¿Qué ocurre con las situaciones en las que existe una SENTENCIA que declara la PATRIA POTESTAD PRORROGADA o REHABILITADA?

En principio no es necesario hacer nada. Ante situaciones de patria potestad prorrogada o rehabilitada existentes al momento de aplicarse esta reforma, los progenitores continuarán prestando las medidas de apoyo que venían dando a su hijo/-a.

Aunque desaparezca la figura jurídica de la Patria potestad prorrogada o rehabilitada, los progenitores actúan como GUARDADORES DE HECHO.

La figura más importante que se pone en valor con esta reforma como medida informal de apoyo es la del GUARDADOR DE HECHO. Se parte del principio rector de que TODAS LAS PERSONAS TIENEN CAPACIDAD JURÍDICA. en consecuencia, no existe diferencia en el trato entre los derechos de las personas con discapacidad con las demás personas. Las personas con discapacidad podrán actuar con medidas de apoyo para que puedan actuar en igualdad con las demás personas con respeto a su VOLUNTAD, PREFERENCIAS Y DERECHOS.

Esto quiere decir, que la persona que presta de hecho, de facto, apoyo a una persona con discapacidad sin base en una resolución judicial continuará prestándolo de igual forma.

Lo que sí constituye un cambio respecto de las situaciones existentes es, que con la desaparición de la patria potestad prorrogada o rehabilitada los progenitores o quienes presten medidas de apoyo podrán venir obligados a rendir cuentas del patrimonio de la persona con discapacidad. Esto es un cambio importante, pero a mi entender en defensa de los derechos de la persona con discapacidad, evitando abusos.

3. ¿Qué ocurre con las situaciones en las que actualmente existe una SENTENCIA que declara la TUTELA o CURATELA?

Las tutelas existentes pasan a ser tratadas con la nueva ley como CURATELAS REPRESENTATIVAS.

Con la nueva ley la figura de la TUTELA se reserva para los menores no emancipados no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo.

Lo que veníamos conociendo como CURATELA pasa a ser tratada como una figura ASISTENCIAL, de asistencia y apoyo a la persona con discapacidad.

La medida de apoyo formal de carácter judicial que se instaura con esta reforma es la CURATELA.

Solo se acudirá a la vía judicial para adoptar medidas de apoyo como algo excepcional, ante la falta de guardador de hecho de la persona con discapacidad o cuando no se pueda de otro modo, determinar cuál es la voluntad, preferencias y derechos de la persona con discapacidad.

Así como también se acudirá a la vía judicial para cuestiones concretas como es para el caso del nombramiento de DEFENSOR JUDICIAL.

4. El defensor judicial

Esta figura cobra vital importancia.

Cuando se necesite para una cuestión concreta, como por ejemplo cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la persona que le presta apoyo se acudirá a los juzgados para su nombramiento y resolución. También para

cuestiones jurídicas complejas. En el caso de tener que realizar alguna actuación en este sentido, también resulta recomendable informarse por profesional especializado. El procedimiento judicial de nombramiento de defensor judicial es sencillo puesto que no necesita de la intervención de abogado y procurador, bastaría con iniciar una solicitud ante el juzgado.

Las necesidades de autorización judicial se concretan en el contenido de la reforma.

5. De la sustitución al apoyo en la toma de decisiones

Desaparece el procedimiento de incapacitación.

Insistimos, todas las personas tienen capacidad jurídica.

Se impone el establecimiento de un sistema de salvaguardas adecuadas a la persona. Se habla expresamente de la ACCESIBILIDAD, del derecho a utilizar sistemas alternativos de comunicación, se reconoce expresamente la figura del facilitador que traslade la voluntad de la persona con discapacidad, entre otros.

El cambio normativo se centra en la persona, se ha de conocer a la persona concreta para en su caso determinar la necesidad de medidas de apoyo. Estas medidas han de ser proporcionales a las necesidades propias de la persona, con respeto a su dignidad y proyecto vital.

En este sentido, se distingue entre MEDIDAS VOLUNTARIAS que son las que la propia persona puede hacer, cualquier persona puede acudir al notario para otorgar instrumentos públicos de prevención que regulen las situaciones de discapacidad (establecer quien se quiere que sea la persona que preste apoyo en caso de discapacidad; voluntades anticipadas, poderes y mandatos preventivos; autotutela; testamento; fideicomisos de residuos y otros documentos públicos).

El volumen de medidas de apoyo voluntario que pueden prestarse son innumerables, acordes a la necesidad que precise cada persona.

Y la MEDIDA FORMAL, JUDICIAL, que, es la CURATELA (asistencial o representativa) como una medida EXCEPCIONAL y solo para el caso de que a falta de guardador de hecho no puedan prestarse medidas de apoyo de otra forma y no se pueda precisar la voluntad de la persona con discapacidad.

Quedan sin efecto las restricciones privativas de derechos de las personas con discapacidad.

6. Todas las privaciones de derecho contenidas en las sentencias judiciales anteriores, DEJAN DE TENER VALIDEZ y no serán de aplicación

Esto es muy importante porque esto implica que todas las personas con discapacidad podrán hacer testamento, por ejemplo, así como otorgar documentos notariales que regulen MEDIDAS DE APOYO VOLUNTARIAS haciendo constar su VOLUNTAD, PREFERENCIAS Y DESEOS.

En este sentido cobran vital importancia los PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS, las AUTOCURATELAS (conocidas anteriormente como autotutelas). Se recomienda en este caso acudir a un profesional especializado en la materia, principalmente, abogado y notario.

7. LAS ENTIDADES SOCIALES (Asociaciones, Fundaciones, Federaciones, etc.)

Cobran vital importancia por cuanto se convierten en prestadores de apoyo reconocido. Su labor pasa a tener mucha relevancia en el procedimiento de adopción de medidas de apoyo, a través de informes sociosanitarios que concreten la situación de la persona.

Se recomienda recurrir a ellas, en caso de duda o ante cualquier cuestión relativa a esta materia a fin de ser orientados.

8. Plazos

Para las REVISIONES situaciones existentes y con resolución judicial dictada, a instancia de parte legitimada se puede solicitar la adaptación a la nueva ley. El plazo para resolver esta solicitud por el juzgado es el de UN AÑO.

La Administración de Justicia tiene el plazo de TRES AÑOS para DE OFICIO, esto es, a instancias del propio órgano, se revisen las situaciones existentes.

Las MEDIDAS DE APOYO que se adopten con la nueva ley, serán revisables en un plazo de TRES a SEIS AÑOS.

9. Formación e información

Esta ley obliga a los operadores y agentes jurídicos y sociales a la formación en materia de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Esto implica que los profesionales deben de estar formados e informados lo que deriva en eficiencia y en calidad, en reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad y sus familias.

10. Futuro para las personas con discapacidad

Estamos de enhorabuena, esta reforma implica un avance muy importante y ambicioso. Está claro que es el inicio de un camino serpenteante, pero en el que contamos todos. Cada persona es la que importa.

Estamos de enhorabuena insisto, por cuanto con la promulgación de esta ley surge un respaldo normativo que avala la existencia y reconocimiento de derechos, dando protagonismo a la persona, sin embargo, en su aplicación práctica surgen muchas lagunas, muchas inquietudes que solo con el consenso de todos los operadores jurídicos y sociales, con el esfuerzo de aunar criterios tanto en fiscalía como en la judicatura, como entre los propios profesionales del derecho permitirá que esta ley no quede en mero papel mojado.

II. TRAS MÁS DE UN AÑO DE APLICACIÓN, REACCIONES

1. Ante situaciones cotidianas, del día a día

La aplicación de esta reforma no resuelve los problemas cotidianos que se plantean en el día a día, hacia las personas con discapacidad, sobre todo con discapacidad intelectual y problemas de salud mental, ni a sus familias.

Se plantean problemas con las entidades bancarias, las cuales realizan actuaciones lícitas pero que provocan graves problemas cotidianos. Muchas personas con discapacidad, sin haber sido notificadas de forma fehaciente, sino con meras aplicaciones informáticas, que muchas de ellas no llegan ni a los propios titulares de las cuentas ni a sus familias, se encuentran con que sus cuentas bancarias, las cuentas con las que gestionan las actividades de la vida diaria han sido bloqueadas.

Se reclama la necesidad de un acuerdo con las entidades bancarias y la aplicación de esta reforma legislativa y cambio de paradigma.

En las consultas médicas, las familias ven restringida información que antes si se les facilitaba. Algunos profesionales médicos, no atienden al entorno de la persona con discapacidad intelectual, sino que centran su decisión de información a lo que verbaliza en un momento determinado la persona con discapacidad intelectual o problemas de salud mental, personas con deterioro cognitivo cuya manifestación verbal responde a un momento determinado. No se observa a la persona con discapacidad ni a su proyecto vital. No se atiende a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, entendiéndose

por esta, no lo que diga la persona con discapacidad en un momento concreto, sino atendiendo a su entorno, a su proyecto vital y estilo de vida. A mi entender se necesita dedicar más tiempo a la persona con discapacidad, proporcionar los tiempos necesarios para poder atender a sus necesidades y a una atención digna.

2. En el ámbito jurisdiccional

2.1) Las resoluciones judiciales resultantes de la aplicación de esta reforma normativa han sido dispares. Entre ellas, a la vez, se distingue entre juzgados especializados en materia de discapacidad y otros juzgados de primera instancia genéricos. Las interpretaciones son diversas. Las diferencias entre las distintas resoluciones dictadas son de diferente índole. Nos encontramos desde resoluciones en las que, revisando sentencias judiciales ya dictadas, en vez de adoptar la forma de Auto vuelven a ser Sentencias. Nos encontramos resoluciones que se limitan a cambiar de terminología únicamente, donde antes se señalaba tutela ahora se habla de curadores representativos, pero sin un cambio de paradigma, de espíritu de la reforma. Y nos encontramos con resoluciones en las que, siguiendo la finalidad de desjudicialización, entran en el fondo, asumen el cambio de paradigma y de forma clara y motivada lo recogen.

No obstante, se echa en falta, una cierta uniformidad en los criterios, más especialización y homogeneidad en la doctrina, por cuanto, la falta de criterios uniformes está provocando tener que recurrir a la segunda instancia.

Las personas con discapacidad y sus familias se ven compelidos a buscar una solución ante el Juez o Tribunal ante la falta de respuesta, de los bancos, de la administración y con esta falta de criterio uniforme se generan perjuicios y falta de respuesta a la ciudadanía ante un problema concreto.

Se denota falta de criterio uniforme, falta de especialización y de recursos tanto materiales como estructurales para la aplicación de la reforma legislativa.

2.2) Siendo que la intervención de profesionales, tanto de procurador/-a como de abogado/-a no son preceptivas de conformidad con la normativa aplicable, en ocasiones, el justiciable, para evitar mayores costes económicos, solo encargan la intervención profesional del abogado/-a especializado. En este caso, nos hemos encontrado con situaciones en los que la resolución judicial que pone fin al procedimiento no ha sido notificada por Lexnet al letrado/-a actuante, con lo que la intervención de esta profesional queda menospreciada, a mi entender.

3. En el ámbito notarial

La aplicación práctica de esta reforma ha hecho que la respuesta en el ámbito notarial de forma genérica quede supeditada a la notaría a la que se acuda. Se reclama especialización de quienes ostentan la fe pública notarial y la ejercen. No existe un criterio homogéneo. Nos encontramos con notarios/-as que rechazan de plano que se otorgue un testamento cuando tienen a una persona con un grado de 33 por ciento de discapacidad si esta discapacidad es de tipo psíquico o intelectual y notarios/-as que entrevistan a la persona en cuestión tres veces y que emplean herramientas complementarias para garantizar que lo que señala la persona otorgante es fruto de su voluntad, deseos y preferencias. Se interesan por conocer a la persona con discapacidad, su entorno y crear un ambiente relajado y seguro dentro de los despachos notariales.

Falta uniformidad y homogeneidad en los criterios. Faltan herramientas para valorar por parte del fedatario público si la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad está formada. Falta de accesibilidad y diseño para todos.

4. En el ámbito de los agentes sociosanitarios

Ante la aplicación de los nuevos preceptos que surgen con la reforma legislativa, el protagonismo que se le otorga a los informes sociosanitarios, se denota en su elaboración, falta de especialización. Los servicios sociales municipales que han de emitir los informes ante una situación de revisión de medidas o de adopción de medidas judiciales no conocen a la persona sobre la que van a emitir dicho informe a requerimiento judicial, es muy difícil que dichos informes respondan a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, ni siquiera que respondan a su propio proyecto vital y a su entorno. Además, no son peritos. A muchos trabajadores sociales de residencias de personas mayores se les exige que actúen en la condición de perito al realizar dichos informes, cuando no lo son.

Falta de especialización. Desconocimiento de la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

5. Impotencia ante las entidades bancarias

Se plantean problemas con las entidades bancarias, las cuales realizan actuaciones lícitas pero que provocan graves problemas cotidianos. Muchas personas con discapacidad, sin haber sido notificadas de forma fehaciente, sino con meras aplicaciones informáticas, que muchas de ellas no llegan ni a los propios titulares de las cuentas ni a sus familias, se encuentran con que sus cuentas bancarias, las cuentas con las que gestionan las actividades de la vida diaria han sido bloqueadas.

Se reclama la necesidad de un acuerdo con las entidades bancarias y la aplicación de esta reforma legislativa y cambio de paradigma.

1. Las cuentas bancarias, sobre todo respecto de una entidad concreta CAIXA-BANK, donde tienen domiciliados sus ingresos de prestaciones económicas se han visto bloqueadas y de los 2400 casos que se calculan en la Comunidad Valenciana, ha sido la propia Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana, quien ha tenido que enviar cartas a las personas con discapacidad y/o sus familias para indicarles que la falta de recepción de sus pensiones se debe a un motivo de la entidad bancaria y no de la propia Conselleria.

El bloqueo de cuentas bancarias se está produciendo en aquellas cuentas en las que las personas con discapacidad son titulares y también respecto a personas autorizadas en esas cuentas que no son cotitulares.

Las personas autorizadas no pueden hacer las mismas funciones que los titulares, que son las personas con discapacidad. Aprovechando una solicitud de actualización de datos, bloquean las cuentas, sin notificar adecuadamente a la persona con discapacidad, que se encuentra que sus cuentas están bloqueadas de repente.

Las personas autorizadas en las cuentas bancarias de las que son titulares las personas con discapacidad no pueden, por ejemplo, cambiar el PIN.

De estos 2400 casos quedan aproximadamente 400 expedientes por resolver.

CaixaBank ya está desbloqueando las cuentas, pero aún hay familias que no han recibido el certificado de desbloqueo o que no han cobrado todo lo que les deben.

Esto se ha logrado a través de la actuación coordinada de Plena Inclusión CV con la fiscalía y administración pública.

2. Otra cosa son los retrasos en los tramites de los bancos y que, las familias hayan tenido que ir presencialmente a las oficinas, por sí o con las personas con discapacidad, muchas con dificultades de movilidad, lo cual puede constituir en mi opinión una falta de sensibilidad y falta de diligencia, mala praxis. Aquí es donde estamos haciendo incidencia directamente con varios bancos para que dejen de incomodar a las familias.

3. Concretamente está vigente un asunto con otra entidad distinta, que ha bloqueado la tarjeta de una persona con discapacidad sobre la cual el IVASS (entidad pública) tiene una curatela (antigua legislación, curatela obtenida tras ser estimado un recurso

de apelación contra sentencia de instancia que declaraba la incapacitación total). Se trata de una persona con TEA y problemas de salud mental, que es bastante autónoma. Conseguimos en apelación que se mantuviera su capacidad para mantener el permiso de conducir. La madre rechazó entonces la rehabilitación de la patria potestad porque quería que su hijo pudiera acceder a un recurso y le aconsejaron que, si renunciaba a la rehabilitación de la patria potestad, el IVASS como entidad pública de tutela le proporcionaría un recurso sociosanitario apropiado para su hijo, de forma más rápida. La persona con discapacidad tenía 26 años con falta de habilidades sociales, aislamiento social. Se pretendía, con ello, accediendo a un recurso sociosanitario adecuado de forma más rápida, mejorar su calidad de vida, sin embargo, la aplicación de la nueva ley le ha perjudicado. Continúa viviendo con su madre que es la persona que le proporciona las medidas de apoyo, sin embargo, frente a los bancos, la figura de su madre no sirve porque el banco tiene del IVASS un escrito en el que dice que es él quien ejerce su tutela y quien puede manejar sus cuentas. Respecto de la tarjeta bancaria el chico ya no la puede usar porque la tiene bloqueada y tampoco puede ir a ventanilla porque no le dan dinero. Solo cobra la pensión de alimentos de su padre y no puede acceder a ella. A la persona técnica del IVASS ni la conoce y además por parte del IVASS se ha presentado una solicitud de internamiento no voluntario, sin conocimiento de la persona con discapacidad. La USMIA, unidad de salud mental, ni le visita desde hace más de dos años y no podemos acceder a informes médicos, porque no le dan cita para ser atendido. Y además de ello, le ha caducado el carnet de conducir y los centros médicos de conducción no le hacen el certificado de apto hasta que no obtenga el certificado médico de su centro de salud o de su psiquiatra que le diga que puede conducir (conforme ponía en el recurso de apelación ganado), pero como la USMIA no le atiende, ni tampoco le dan cita, no puede acceder a exploración para obtener certificado médico para acceder a la renovación del permiso de conducir.

En este caso, se ha presentado solicitud de autorización de cuentas bancarias a la madre, para intentar desbloquear la cuenta, pero todavía no se ha resuelto.

También se ha solicitado revisión de medidas para modificar las medidas de apoyo y que deje de ser el IVASS el curador, pero el IVASS no responde y la cuenta bancaria sigue bloqueada.

4. Otro asunto que llega desde el turno de personas con discapacidad, servicio especializado de turno de oficio. Un chico con problemas de salud mental y discapacidad física con un auto de la audiencia provincial diciendo que tiene revocada la sentencia que limitaba su capacidad. Se le reconoce plena capacidad jurídica de forma expresa, por lo que queda revocada la actuación del IVASS (entidad pública) que se encargaba de su tutela.

La entidad bancaria CAIXABANK tiene bloqueada su cuenta porque ni se le acepta el testimonio del auto de la audiencia provincial, ni atiende a la persona. El justiciable refiere que ha ido más de 20 veces a la entidad bancaria y nada. Además de ser una persona con discapacidad, es una persona de color, se necesita un poco de tiempo para entender lo que dice, pero es que ni le atienden. Desde el despacho se ha redactado escrito dirigido a CaixaBank que no le aceptan, ni recepcionan. Se ha intentado contactar con el IVASS (entidad pública) pero como están en plena reestructuración tampoco responde. Al final respondieron y admiten que debe rehabilitarse dicha capacidad, pero la respuesta recibida tardó en llegar. A fecha del presente, la persona con discapacidad ha recobrado su capacidad jurídica ante la entidad bancaria, no sin antes haber visto limitada su libertad y restringidos sus derechos. La designación del turno de oficio y el servicio de orientación jurídica de guardia tuvo lugar en el mes de septiembre de 2022, la resolución del problema se produjo a finales del mes de enero de 2023.

5. Otro caso de bloqueo de cuentas bancarias, de nuevo con CAIXABANK con la reestructuración de las oficinas, que en unas poblaciones hay servicio de caja y en otras no. Aun yendo con la propia persona con discapacidad como titular de la cuenta bancaria a sacar dinero por ventanilla no tiene acceso a reintegros porque si van a oficinas de su población que no tienen servicio de caja, como son personas con discapacidad, les exigen un poder notarial o una autorización judicial que acredite que pueden acceder a sus cuentas.

Finalmente, en algún caso se ha resuelto, con adopción de medidas voluntarias de apoyo con autorización para gestión patrimonial determinada como es para el uso de cuentas bancarias, pero hay otros casos, en que no ha sido posible, así ocurrió en el caso de dos hermanas, con sentencia judicial antigua respecto de otra hermana, que el banco había bloqueado la cuenta bancaria y les exige solicitar una revisión de la tutela. En este caso, no ha sido posible la adopción de medidas voluntarias ante notario, con el consecuente retraso para obtener una respuesta judicial.

La aplicación práctica de esta reforma ha hecho que la respuesta en el ámbito notarial de forma genérica quede supeditada a la notaría a la que se acuda. Se reclama especialización de los notarios. No existe un criterio homogéneo. Nos encontramos con notarios que rechazan de plano que se otorgue un testamento cuando tienen a una persona con un grado de 33 por ciento de discapacidad si esta discapacidad es de tipo psíquico o intelectual y notarios que entrevistan a la persona en cuestión, tres veces y que emplean herramientas complementarias para garantizar que lo que señala el otorgante es fruto de su voluntad, deseos y preferencias.

Falta uniformidad y homogeneidad en los criterios. Faltan herramientas para valorar por parte del fedatario público si la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad está formada. Falta de accesibilidad y diseño para todos.

Además del bloqueo de cuentas bancarias, lo que las deja inoperativas, otras consecuencias que está generando la modificación de la normativa son:

- Rechazo de prestaciones de la Seguridad Social.
- Retirada de prestaciones como consecuencia de la revisión de la sentencia dictada según normativa anterior.
- Desestimación o devolución de desgravaciones fiscales AEAT
- O denegación del carnet de familia numerosa.

6. En cuanto a las personas con discapacidad y sus familias

En cuanto a las personas con discapacidad por lo general, a pesar de haber sido informados muchos de ellas de este nuevo paradigma, en el día a día encuentran dificultades en su aplicación.

No aparece ni pueden acceder a la figura del facilitador. Falta de herramientas de accesibilidad, sobre todo de accesibilidad cognitiva.

La mayoría de las familias se ven desprotegidos, por cuanto consideran que esta ley no está hecha para sus familiares. Puede ser una respuesta de rechazo al cambio, a un cambio tan importante como el que se plantea con esta reforma, pero también es cierto que, a pesar del cambio, a las familias no se les proporciona las herramientas mínimas para provocar dicho cambio. Se encuentran abandonadas por cuanto se encuentran con problemas en el día a día como el bloqueo de cuentas bancarias de sus familiares, sin obtener una respuesta rápida y eficaz por parte de la administración. Porque acuden a la adopción de medidas voluntarias junto con su familiar persona con discapacidad y el notario desecha el otorgamiento de medidas voluntarias de apoyo y les remite a la vía judicial y recurriendo a la vía judicial, la respuesta perdura en el tiempo, no es inmediata ni a corto plazo, provocando problemas en el día a día e inclusive que afectan a la propia subsistencia.

Falta de formación e información.

En consecuencia, tenemos una ley que aspira a estar en línea con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, sin embargo, un año después de su

entrada en vigor, mucho queda por hacer, además de que cambien las mentalidades y los pensamientos más arraigados de proteccionismo y paternalismo, lo que brilla por su ausencia es la falta de soluciones prácticas, de herramientas a disposición de los agentes, de especialización en la materia y de dotación económica que permita un cambio de escenario.

Notas

Las menciones a entidades concretas, como es el IVASS o CaixaBank responden a trasladar la realidad, sin intención de agravar o perjudicar de algún modo a dichas entidades. No se expresa una opinión personal, sino que se intenta trasladar la experiencia vivida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008, por el que se publica este tratado internacional. INSTRUMENTO de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006).

Art. 10 C.E.

Art. 24 C.E.

Art. 49 C.E.

Art. 96 C.E.

Observaciones generales. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. <http://www.ohchr.org>

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021).

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021. ROJ: STS 3276/2021-ECLI: ES: TS:2021:3276. ID CENDOJ: 28079119912021100017

Experiencia obtenida con la aplicación práctica de la Ley 8/2021 durante el desempeño profesional.

<https://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2023/01/02/bancos-bloquean-cuentas-personas-discapacidad-80613350.html>

**Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
(CERMI)**

**INFORME DEL CERMI SOBRE LOS CONTENIDOS EN MATERIA DE
DISCAPACIDAD Y ACCESIBILIDAD QUE INCORPORA LA LEY ORGÁ-
NICA 2/2023, DE 22 DE MARZO, DEL SISTEMA UNIVERSITARIO**

El jueves 23 de marzo de 2023, aparecía publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, cuyo contenido entrará en vigor, como señala su disposición final décimo segunda el 12 de abril del mismo año.

La Ley consta de un Preámbulo en cuatro partes, diez Títulos compuestos por cien artículos, diecisiete disposiciones adicionales, doce transitoria, una única, y una parte final con doce disposiciones finales entre las que se incluye la de su entrada en vigor.

La segunda parte del preámbulo, al hilo de lo mencionado anteriormente, enuncia un espíritu de mayor inclusividad del Sistema Universitario al mencionar que “en materia de accesibilidad las universidades deben garantizar a personas con discapacidad un acceso universal a los edificios y sus entornos físicos y virtuales, así como al proceso enseñanza-aprendizaje y evaluación”.

* Recibido el 27 de marzo de 2023. Aprobado el 23 de junio de 2023.

1. Principios rectores de la Ley

Como bien señala el preámbulo, en materia de discapacidad caben destacarse tres principios fundamentales que dirigen la Ley Orgánica:

- **Igualdad:** Bajo el amparo y desarrollo del artículo 27 de la Constitución, en conexión con el 9.2, dicho principio pretende garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en este sentido, teniendo siempre como referencia (así consta en el apartado 3 del artículo 2 de la presente Ley) los derechos humanos y fundamentales. Siendo en ello ineludible para el impulso de la sostenibilidad y el cumplimiento adecuado de los valores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible la promoción y consecución de la igualdad en todos sus ámbitos y sin permisibilidad de discriminación de ningún tipo. Incluyéndose consecuentemente un enfoque transversal con motivo de igualdad de género, complementario a lo siguiente.
- **No discriminación:** En consonancia con los Tratados Internacionales firmados por España, como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Carta Social Europea Revisada o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el enfoque y principio transversal de la no discriminación, presente en todos ellos, comporta uno de los elementos rectores principales de la Ley Orgánica del Sistema de Universidades. Con ello, coherente con la Ley integral de igualdad de trato y no discriminación 15/2022, de 12 de julio, promueve que las universidades, en todos sus ámbitos garanticen el ejercicio de todas y todos de sus derechos, así como el cumplimiento de sus deberes sin modo alguno de discriminación por cualquiera que sea el motivo, marcándose como ámbito explícitamente prohibitivo las razones de discapacidad, edad, enfermedad o lingüística, entre otras. Punto desde donde se incluyen otros principios rectores como la accesibilidad (de espacios y contenidos) o la atención a la discriminación laboral y estudiantil.
- **Equidad:** En consonancia con tratados como los ya mentados y valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, como constitucionalmente es la equidad, este principio rector se desarrolla en paralelo y estrechamente vinculado a los anteriores como ejes transversales y necesarios en toda política pública. Tanto es así que el legislador, además de las conexiones en su preámbulo, titula a uno de los artículos “equidad y no discriminación”: principios profundamente insolubles, no solo por sentar las bases de todo tipo de acción positiva, sino también por ser este el motor habilitante de la libertad e igualdad real y efectiva tanto del estudiantado, como del personal docente e investigador y el resto del personal laboral.

2. Cambios en el articulado de la Ley Orgánica del Sistema de Universidades

Esta declaración de principios efectuada a lo largo del preámbulo, y contenida en el texto encuentra su concreción en el articulado a partir del Título II, sobre la creación y reconocimiento de las universidades y calidad del sistema universitario.

El último párrafo del artículo 4, establece como requisito para la creación y reconocimiento de estas “condiciones de accesibilidad y ajustes razonables para las personas con discapacidad”, tras la enunciación de otros requisitos de no discriminación por cuestiones de género.

Asimismo, algunas de estas condiciones de accesibilidad quedarán señaladas en el Título VI, sobre Universidades, sociedad y cultura, con imperativos como dar a conocer el patrimonio histórico de forma “accesible a la ciudadanía”, y la progresiva digitalización, también accesible “con el fin de democratizar el acceso al saber” sobre los apartados 2 y 4 de su artículo 21.

De igual modo, su artículo siguiente, referente al deporte y la actividad física, en su primer apartado, incide en que estas actividades “deben resultar accesibles para todas las personas, con especial atención a las desigualdades por razones socioeconómicas y de discapacidad”, en coherencia con el fomento de la igualdad, la equidad y la inclusión que predica en sus apartados 1 y 4 el artículo 18, de “Cohesión social y territorial”.

Otro de los avances que introduce la LOSU compete al estudiantado, desarrollado en el Título VIII, con relación al derecho de acceso que regula el artículo 31, y que establece en su cuarto apartado una cuota de reserva de un mínimo del 5 por ciento de las plazas ofertadas en títulos universitarios oficiales de Grado, Máster y Doctorado para estudiantes con discapacidad. Integrándose en dicha Ley Orgánica el cupo de reserva que ya mencionaba el artículo 26 del Real Decreto 412/2014, de 6 de junio, por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado, expandiéndolo también a estudiantes de Máster y Doctorado.

Avance que en el artículo 32, apartados 4 y 6, se hace extensivo a la posibilidad de consideración, vía reglamentaria, sobre la concesión de becas y ayudas de criterios de discapacidad y necesidades de apoyo, y el derecho a bonificaciones liquidadas en la matrícula.

Elementos, todos ellos necesarios habida cuenta del reconocimiento del derecho “a una educación inclusiva” y de calidad, que señalan los dos primeros apartados -a) y b)- del artículo 31 y que toman especificidad sobre la discapacidad en los párrafos j y q, donde se reconocen los derechos:

“j) A acceder y participar en los programas de movilidad, nacionales e internacionales, en condiciones que garanticen la igualdad de oportunidades, atendiendo en especial a las desigualdades por razón socioeconómica y por discapacidad.

(...)

q) A la accesibilidad universal de los edificios y sus entornos físicos y virtuales, así como los servicios, procedimientos, suministros y comunicación de información, los materiales educativos y los procesos de enseñanza-aprendizaje y evaluación.”

Se refuerzan también las medidas de no discriminación y equidad, señalándose en el primer párrafo del artículo 37 la razón de discapacidad como motivo prohibitivo de discriminación. Desarrollando en su apartado segundo la adopción de medidas de acción positiva “para que el estudiantado con discapacidad pueda disfrutar de una educación universitaria inclusiva, accesible y adaptable”, haciéndose especial énfasis en la realización de “ajustes razonables, tanto curriculares como metodológicos” y facilitándose “a las personas usuarias de las lenguas de signos su utilización cuando se precise”. Artículo que corona la no discriminación, no solo en referencia a la accesibilidad y los ajustes razonables, sino marcando también la promoción por parte de las universidades del acceso a los estudios universitarios de personas con discapacidad intelectual y otras discapacidades “mediante el fomento de estudios propios adaptados a sus capacidades”.

Sobre el Título IX, compuesto por cinco capítulos, sobre el régimen específico de las universidades públicas, es de especial mención el artículo 43, que introduce entre las unidades básicas de estas, en el tercer párrafo, unidades de diversidad encargadas del desarrollo de políticas universitarias de inclusión y antidiscriminación, que incorporarán a su equipo una unidad de servicio de atención a la discapacidad.

Seguidamente, en el Capítulo II, sobre la gobernanza de las instituciones universitarias, encontramos en el artículo 46. 2. 1) la función que recae sobre el Consejo de Gobierno de las universidades, el establecimiento de protocolos, medidas de prevención y respuesta frente a la violencia, el acoso laboral o la discriminación por motivos de discapacidad en colaboración con las unidades de diversidad.

Todo ello, incluido también en el Capítulo III de este IX Título, sobre el régimen económico y financiero de las universidades públicas, que en su artículo 56 sobre programación y sistema financiero, señala en su tercer apartado, establece en el párrafo c) una programación plurianual con concreciones a su financiación “por objetivos” cuya evaluación competirá a las Comunidades Autónomas, y donde se incluyen “el reconocimiento de la diversidad y la accesibilidad universal”.

También encontramos sensibles avances en lo tocante al personal docente e investigador de las universidades públicas, desarrollado a lo largo del Capítulo IV del noveno Título, que incluye tres secciones. De forma previa a estas secciones, el artículo 65, sobre la promoción de la equidad entre el personal docente e investigador, reitera en su apartado 2 la obligación de las universidades y Comunidades Autónomas de garantizar que las ofertas de empleo en la Universidad se ajusten a las previsiones establecidas por el artículo 59 del texto refundido de la Ley del Estatuto del Empleado Público en relación con la reserva de cupo para personas con discapacidad. Insistiendo también, en su apartado cuarto en la necesidad de favorecer la corresponsabilidad en los cuidados y la efectividad de los derechos de conciliación a fin de corregir las desigualdades producidas por razones de género, edad, discapacidad, origen nacional o étnico en los usos del tiempo académico, en consonancia con las medidas de acción positiva que prevé y posibilita el apartado primero de dicho artículo.

Paralelamente se entra a regular en la Sección II del Capítulo IV, sobre el personal docente e investigador laboral la contratación de Profesoras y Profesores Ayudantes Doctores en el artículo 78 con una duración de contrato máxima de seis años, que en el caso de contratos concernientes a personas con discapacidad será extensible a una duración máxima de ocho años, como concreta el apartado e) del mismo.

Igualmente, se hace notoria, ya en Capítulo V, referente al personal técnico, de gestión y de administración y servicios de las universidades públicas, las concreciones sobre la provisión de puestos de trabajo que plantea el artículo 92, apartado 4, en materia de reserva de cupo para las personas con discapacidad con observancia de las previsiones establecidas en la normativa que sean de aplicación carácter general de cara a la ejecución de las ofertas de empleo en universidades.

3. Políticas y medidas a desarrollar con impacto en las personas con discapacidad

La norma prevé el desarrollo normativo y reglamentario necesario para su cumplimiento y la consecución y garantía de los derechos que señala. Competencias que recaen tanto en las Universidades, como Comunidades Autónomas a las que pertenecen,

y que son necesarias para promover la accesibilidad, equidad y mecanismo de no discriminación mencionados.

Estos desarrollos se refieren tanto concreciones presupuestarias, como creación de órganos, puestas en funcionamiento y elaboración de informes de estos mismo para identificar, erradicar y ajustar razonablemente cuestiones de discriminación, accesibilidad y acceso equitativo a los servicios, espacios y contenidos universitarios de todo tipo. Orientándose en torno a los principios rectores señalados.

Entre ellas, se incluye la necesaria catalogación y registro del patrimonio artístico, cultural, histórico y bibliotecario de las universidades que enuncia el artículo 21 en su primer apartado, y que es una condición sine qua non para la evaluación de la accesibilidad de estos recursos y patrimonio con el fin de su ulterior adaptación y ajuste razonable.

En esta misma línea, con la destacable consideración explícita tanto a las cuotas de reserva superiores al 5% para el acceso de personas con discapacidad fijado en el artículo 31.4 para estudiantes universitarios de todo tipo; como la apertura y posibilidad de consideración como criterios de discapacidad para la asignación de becas (art. 32.4, 6) vía reglamentaria, se amplía el marco que fuerza a estas medidas de acción positiva y que habrán de ser desarrolladas y concretadas en las normas autonómicas y consejos de gobierno de las universidades.

Asimismo, a fin de garantizar la educación inclusiva y de calidad habrán de desarrollarse e implementarse políticas educativas autonómicas que promuevan y garanticen la elaboración, por parte de las universidades, de los estudios propios para personas con discapacidad intelectual que enuncia el último párrafo del artículo 37.2.

No obstante, en relación con un desarrollo incremental de políticas y medidas de impacto para las personas con discapacidad en el entorno universitario, destaca especialmente la creación de unidades específicas, y desde esta Ley básicas, encargadas del desarrollo de políticas universitarias de inclusión y antidiscriminación. Unidades que deberán contar, necesariamente, con una unidad de servicio de atención a la discapacidad, tal y como desarrolla el artículo 43.2. Con ello, se introduce, tanto un mecanismo de defensa y protección del personal laboral, docente e investigador y estudiantado con discapacidad en relación a la no discriminación y la accesibilidad, como un papel considerable en la gobernanza universitaria, al ser estas unidades colaboradoras con el Consejo de Gobierno de las universidades en el establecimiento de protocolos, medidas de prevención y respuesta frente a la violencia, el acoso laboral o la discriminación por motivos de discapacidad.

Permitiendo, por lo tanto, estas unidades, una mejor identificación de los problemas de acceso, accesibilidad y discriminación por razones de discapacidad, y una forma de mejora en el ámbito de la gobernanza y la gobernabilidad (artículo 46.2. 1) en su desarrollo normativo, adopción de medidas, identificación de problemáticas y respuesta de necesidades.

Unidades y mecanismos de gobernanza e identificación de problemas que son necesarios no solo en la definición de protocolos, medidas y respuestas, sino también en la integridad del desarrollo de las políticas universitarias por el carácter transversal que tienen los temas como la discapacidad.

Concreciones normativas que apuntan a un desarrollo de políticas y normas multinivel, donde compete a Comunidades Autónomas y universidades su cumplimiento, elaboración e implementación. Es el caso, también del artículo 65. 2 y 4, que insta a la necesidad de implementar políticas eficaces que garanticen la equidad entre el personal docente, no solo en cumplimiento de las reservas de plazas, sino también en materia de conciliación.

4. Valoración general de la Ley Orgánica por parte del Movimiento CERMI

El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) expresa su satisfacción global con los contenidos sobre discapacidad e inclusión de la nueva Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, que entrará en vigor el próximo 12 de abril.

El texto definitivo de la nueva Ley de Universidades aprobado por las Cortes Generales recoge buena parte de las propuestas que el CERMI formuló a lo largo de la tramitación de la iniciativa, tanto en la fase gubernamental del anteproyecto, como en la parlamentaria, donde ya se corregían los primeros borradores que se conocieron y resultaban muy poco favorables en vistas a la inclusión de las personas con discapacidad en el sistema y entorno universitario, y que cargaba aún con problemas sobre el cumplimiento de los artículos 9, 24 y 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Aspectos como la consideración transversal de la discapacidad en toda la renovada regulación del sistema universitario, las garantías de no discriminación, accesibilidad universal, acción positiva y ajustes razonables, así como la exención del pago de matrículas para el estudiantado con discapacidad, o la necesidad de que las universidades cuenten en su estructura con una unidad de atención a este grupo, constituyen elementos propicios para el ingreso, permanencia y progreso de las personas con discapacidad en la enseñanza superior.

Asimismo, el CERMI destaca también como cuestiones positivas recogidas en la Ley el robustecimiento de la consideración de la discapacidad en la política de becas, el establecimiento de un cupo de reserva del 5 por 100 para los estudios de doctorado (inexistente hasta ahora) o concreciones referentes a la contratación de Personal Docente e Investigador con discapacidad, o la reserva de plazas para todo el personal laboral, mejoran la imagen de una institución (la universitaria) que cada vez otorga más peso a la equidad como una cuestión y dimensión necesaria de la calidad en la prestación de sus servicios.

Además, son destacables también los apoyos para la movilidad internacional, la apertura de los consejos sociales de las universidades al tercer sector de acción social o la posibilidad de que las universidades adopten estudios propios singularizados para el estudiantado con discapacidad intelectual. Todas ellas, medidas de calado con el fin de garantizar y ofrecer unas universidades públicas accesibles e inclusivas para todos y todas.

El CERMI confía en que esta nueva Ley suponga un impulso para el proceso de progresiva participación de las personas con discapacidad en el sistema universitario en igualdad de condiciones y sin restricciones ni discriminaciones asociadas a esta circunstancia.

5. Bibliografía

España. Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario. *Boletín Oficial del Estado*, 23/03/2023, n.º 70, pp. 43267-43339.

**Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
(CERMI)**

NOTA SOBRE LA RECUPERACIÓN DE LA ASIMILACIÓN LEGAL A EFECTOS LABORALES ENTRE SITUACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Y CLASES PASIVAS) Y GRADO DE DISCAPACIDAD MÍNIMO DEL 33 POR 100

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, publicada en el Boletín Oficial del Estado el pasado día 1 de marzo, con entrada en vigor el 2 de marzo, restaura la asimilación legal ente situaciones de incapacidad permanente de Seguridad Social (y clases pasivas) y grado mínimo de discapacidad del 33 por 100 a efectos laborales.

Se recupera así, gracias a la acción de propuesta e incidencia políticas y legislativas del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), una asimilación legal aprobada en el año 2003 pero que, por una serie de sentencias del Tribunal Supremo de 2018, por motivos técnicos, desapareció del ordenamiento jurídico en ese año.

La restauración de esta pasarela entre situaciones de incapacidad de Seguridad Social (y clases pasivas) y discapacidad del 33 por 100 en lo relativo a las medidas de acción positiva de la inclusión laboral, favorecerá el acceso y la permanencia en el empleo de las personas trabajadoras que adquieren una discapacidad estando activas laboralmente, evitando su expulsión del mercado de trabajo.

* Recibido el 27 de marzo de 2023. Aprobado el 23 de junio de 2023.

Se cumplen así los mandatos del artículo 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que obliga a los Estados partes, entre ellos España, a proteger en el ámbito del empleo los derechos de las personas con discapacidad sobrevenida.

Aquí se exponen algunas orientaciones sobre el alcance y efectos de esta equiparación legal, y sobre los mecanismos y procedimientos para acreditarla.

1. Qué comporta la Ley 3/2023 en relación con la recuperación de la asimilación legal entre incapacidad laboral permanente (y clases pasivas) y grado mínimo de discapacidad del 33 por 100

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, modifica a través de su disposición final segunda, el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, que es la que define en nuestro ordenamiento jurídico la consideración de persona con discapacidad tanto a efectos generales como a efectos laborales.

En concreto, se modifica la redacción de los siguientes artículos de la Ley General, el 4, el 35 y el 38. que quedan así:

“Disposición final segunda. Modificación del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Se modifican los siguientes artículos del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre:

Uno. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 4, con la siguiente redacción:

«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. Las disposiciones normativas de los poderes y las Administraciones públicas, las resoluciones, actos, comunicaciones y manifestaciones de estas y de sus autoridades y agentes, cuando actúen en calidad de tales, utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominarlas.

1. Además de lo establecido en el apartado anterior, a los efectos de esta ley, 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. Sin perjuicio de lo anterior, a los efectos de la sección 1.ª del capítulo V y del capítulo VIII del título I, así como del título II, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.»

Dos. Se modifica el apartado 1 del artículo 35, con la siguiente redacción:

«1. Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, a los efectos del presente capítulo VI y del ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, tendrán la consideración de personas con discapacidad las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.»

Tres. Se modifica el apartado 2 del artículo 38, cuya redacción pasa a ser la siguiente:

«2. A los efectos de aplicación de beneficios que esta ley y sus normas de desarrollo reconozcan tanto a las personas trabajadoras con discapacidad como a las empresas que los empleen, se incluirá en el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo con el consentimiento previo de dichas personas trabajadoras una referencia a su tipo y grado de discapacidad, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.»

En lo que respecta al objeto de este documento, interesan las modificaciones de los artículos 4 y 35 de la Ley General, que son los que repercuten en la asimilación legal que se aborda aquí.

De la lectura de estos artículos, se desprende que el Legislador restaura la asimilación legal para dos esferas de la discapacidad, con regulación diferenciada. Por una parte, a los efectos generales de Ley General y, por otra, y específicamente, a los efectos laborales.

1.^a La primera asimilación (llamémosla genérica) viene establecida en la redacción dada al nuevo artículo 4, más precisamente a su apartado 2, último párrafo, que extiende la asimilación legal de persona con discapacidad del 33 por 100 a “las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”, a los efectos de “la sección 1.^a del capítulo V y del capítulo VIII del título I, así como del título II” de Ley General.

Esta asimilación genérica, no es a todos los efectos de la Ley General, sino solo a los que se precisan en el nuevo texto legal:

- Sección 1.^a del Capítulo V (de la Ley General), sobre disposiciones generales del derecho a la vida independiente.

Abarca los artículos 22 al 29 bis.

- Capítulo VIII (de la Ley General), sobre derecho de participación en los asuntos públicos.

Abarca los artículos 53 a 56.

- Título II (de la Ley General), sobre igualdad de oportunidades y no discriminación.

Abarca los artículos 63 a 77.

Así pues, las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, son consideradas por ministerio de la Ley personas con discapacidad grado del 33 por 100 en todo lo regulado en esos artículos expresamente citados, no en el resto de materias de la Ley General (salvo lo que se dice después para el empleo).

2.^a Por su parte, la asimilación a efectos laborales, viene establecida en el artículo 35, apartado 1, de la Ley General, que dispone que “ a los efectos del presente capítulo VI y del ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad”, tendrán la consideración de personas con discapacidad “las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

El capítulo VI de la Ley General, al que se extiende esta asimilación, es el relativo al derecho al trabajo, y comprende todo lo contenido en los artículos 35 a 47, es decir, la regulación del sistema de inclusión laboral.

Por tanto, estos pensionistas son personas con discapacidad a los efectos del conjunto de mecanismos, dispositivos y medidas del sistema de empleo de la Ley General, incluido el ejercicio del derecho al trabajo.

2. Cómo se acreditan para que surtan efecto las situaciones asimiladas para este tipo de pensionistas

Una vez delimitado el ámbito material de la asimilación legal, es conveniente ofrecer orientaciones sobre la forma en que deben acreditarse estas situaciones para que surtan los efectos pretendidos por la Ley.

Aquí hay que traer el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que sigue vigente y que regula estas cuestiones. En especial, su artículo 2, sobre acreditación del grado de discapacidad.

Esta Norma reglamentaria (artículo 2) dispone:

“(…) el grado de discapacidad igual al 33 por ciento se acreditará mediante los siguientes documentos:

a) Resolución o certificado expedidos por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.

b) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

c) Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

A estos efectos, en ningún caso será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente para acreditar el grado de discapacidad igual al 33 por ciento de los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 de este real decreto.

2. A los efectos de lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre [ahora, la referencia ha de entenderse hecha a la Ley General], el grado de discapacidad superior al 33 por ciento se acreditará mediante los siguientes documentos:

a) El grado de discapacidad superior al 33 por ciento se acreditará mediante resolución o certificado expedidos por el IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente.

b) Los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 del presente real decreto podrán solicitar del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente, el reconocimiento de un grado de discapacidad superior al 33 por ciento. En estos supuestos, será de aplicación el baremo recogido en el anexo 1 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad [o cuando entre en vigor, el nuevo Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad].

3. Bibliografía

- España. Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Boletín Oficial del Estado, 01/03/2023, núm. 51, pp. 30376-30451. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-5365
- España. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social. Boletín Oficial del Estado, 03/12/2013, núm. 289, pp. 1-44. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632>
- España. Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 16/12/2006, núm. 300, pp. 44285-44286. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-22080#:~:text=A%2D2006%2D22080-.Real%20Decreto%201414%2F2006%2C%20de%201%20de%20diciembre%2C%20por,de%20las%20personas%20con%20discapacidad>

ANEXO: LISTADO DE EVALUADORES EXTERNOS
CONFIRMADOS PARA EL VII VOLUMEN DE LA REVISTA
ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD: REVISTA
CIENTÍFICA DEL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

- 
1. **Silvina Ribotta**, profesora de filosofía del Derecho, Filosofía Política y Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid.
 2. **Cristóbal Fábrega**, Fiscal Delegado de Civil, Consumo y Protección de Personas con Discapacidad en la Fiscalía Provincial de Jaén.
 3. **Antonio Galiano**, Responsable Jurídico y Secretario del Instituto Municipal de Personas con Discapacidad del Ayuntamiento de Barcelona.
 4. **Rodrigo Marrero**, Asesor Jurídico de la ONCE.
 5. **Pilar Villarino**, Directora Ejecutiva del CERMI.
 6. **Mar Amate**, Técnica de Programas en Plataforma del Voluntariado.
 7. **Carlos Cazallas**, Doctor, CNMV.
 8. **Laura Sánchez**, Comunicación en la Plataforma del Tercer Sector.
 9. **Raúl Flores Martos**, Secretario Técnico (FOESSA).
 10. **Isabel Rueda**, Coordinadora de Fondos Europeos CEPES.
 11. **Jose Luis Henarejos**, Coordinador del Área de Formación y empleo de CEPES
 12. **Beatriz Rabadán**, Departamento de Relaciones Sociales y Estrategia de Fundación ONCE.
 13. **Mariana Samaniego**, Garrigues.
 14. **María del Carmen Barranco**, Doctora en Derecho y Directora del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”.
 15. **Marta Medina**, Doctora en Pedagogía y Coordinadora de matriculaciones y prácticas del Máster de FDyD.
 16. **Fátima Ramallo**, Doctora en Derecho, Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Granada y Coordinadora académica del Máster de FDyD.

17. **Agustín Huete**, Doctor en Sociología y Profesor de la Universidad de Salamanca.
18. **Isabel Enríquez**, Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Pontificia Comillas y Asociada Principal de Garrigues.
19. **Esther Castellanos**, Doctora en Ciencias de la Salud.
20. **Inés de Araoz**, Licenciada en Derecho y Profesora de Máster y Asesora Jurídica de Plena Inclusión.
21. **Elva Rodríguez**, Profesora titular del CSEU La Salle, abogada del despacho Antonio Navarro Rubio & Asociados y colaboradora de la Fundación Derecho y Discapacidad.
22. **César González Ramos**, Doctor en Derecho, Profesor Asociado de Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia y Abogado.
23. **Ximena Lazo**, Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Alcalá.



NORMAS DE PUBLICACIÓN

La convocatoria para presentar contribuciones a la Revista *Anales de Derecho y Discapacidad* se abre el 1 de septiembre y se cierra el 31 de marzo del año siguiente.

Los trabajos deberán ser originales, inéditos y no deben haber sido presentados para la aprobación en otra revista, libro o cualquier otra forma de edición pública. Quien aparezca como persona autora asume bajo su responsabilidad la originalidad de su contribución, exonerando a *Anales de Derecho y Discapacidad* de cuantas reclamaciones se pudieran generar por contravención de la normativa vigente sobre propiedad intelectual. La inobservancia de cualquiera de las tres condiciones señaladas libera a *Anales de Derecho y Discapacidad* de cuantos compromisos de publicación hubiera contraído con anterioridad al conocimiento de tales incumplimientos. La Revista igualmente no se hace responsable de las ideas u opiniones vertidas por las personas autoras en sus trabajos. Estas deberán presentar su contribución a la Revista junto a la “*Declaración Responsable*” debidamente cumplimentada y firmada. (La “*Declaración Responsable*” se puede descargar en la página de internet de la Revista *Anales de Derecho y Discapacidad*).

Es necesario señalar que no habrá remuneración para los colaboradores de *Anales*, siempre las contribuciones serán a título gratuito.

La publicación de las contribuciones remitidas supone la cesión a *Anales de Derecho y Discapacidad* de los derechos de explotación por parte de su autor, lo cual incluye, expresamente, el derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra.

EXTENSIÓN Y CONTENIDO

La extensión y contenido de los trabajos dependerá de si se trata de: a) estudios, b) propuestas normativas o jurídicas, c) trabajos de fin de máster, d) notas o reseñas.

a) *Estudios (de fondo)*

Serán contribuciones por escrito sobre asuntos de especial interés o novedosos en relación con los derechos de las personas con discapacidad.

Extensión máxima de 12.000 palabras.

b) *Propuestas normativas y jurídicas*

Serán formulaciones de propuestas normativas y jurídicas que resuelvan vulneraciones, exclusiones o cuestiones problemáticas para los derechos de las personas con discapacidad.

Extensión máxima de 5.000 palabras.

c) *Trabajos de Fin de Máster (TFM)*

Se publicarán los trabajos de fin de máster del Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y de la Fundación Derecho y Discapacidad del año inmediatamente anterior al del número de la Revista que tengan carácter jurídico y que hayan obtenido la nota más elevada.

Extensión máxima de 12.000 palabras.

d) *Reseñas, recensiones y comentarios sobre pronunciamientos de tribunales, así como de novedades bibliográficas de especial relevancia*

Incluirá reseñas de novedades bibliográficas, comentarios o reproducción de sentencias de especial relevancia, y Comentarios de novedades normativas.

Extensión máxima de 2.000 palabras.

NORMAS DE ESTILO

Formato

Todos los trabajos se entregarán con la siguiente configuración:

- Formato de papel: A4.
- Tipo de letra: Arial 12 puntos.

- Espacio interlineal: 1,5 puntos.
- Margen superior: 2,5 cm.
- Margen inferior: 2,5 cm.
- Margen derecho: 3 cm.
- Margen izquierdo: 3 cm.
- Pie de página: número de página, centrado.
- Soporte electrónico: formato Word.

La primera página de cada trabajo debe incluir:

- Título del texto (artículo, nota, recensión, etc.).
- Nombre del autor, mención de la institución a la que pertenece y su rango académico o profesional, así como su dirección de correo electrónico.
- Resumen (en español e inglés) y palabras clave (en español e inglés).
- Índice del artículo u original.

Apartado de bibliografía

Las referencias bibliográficas de los recursos citados en el texto se deben presentar en una relación al final del original bajo el título “Bibliografía”. Esta lista debe ser ordenada alfabéticamente por el primer apellido del autor/a o por la primera palabra de la entidad, cuando la autoría sea de una institución.

Habrá que prestar especial atención a los siguientes casos:

- Cuando un/a autor/a o entidad que tenga varias obras que sean referenciadas, se ordenan por orden de aparición empezando por las más antiguas
- Cuando un/a autor/a o entidad tenga varias obras que sean referenciadas y se hayan publicado en el mismo año se ordenarán de forma alfabética por la primera palabra del título

Notas al pie de página

Las notas a pie de página irán a pie de página, con numeración en caracteres arábigos y en formato superíndice.

Citas en el texto

Insertar citas en el texto mediante claves autor-fecha: (apellido(s) del autor año del documento).

- Algunos autores destacan la resistencia de la universidad al cambio (**Sorensen 2003**); otros, sin embargo...
- Por el contrario, **Tapia Jiménez (2007)** sostiene que las instituciones de enseñanza superior son...
- “Las universidades han cambiado al ritmo de los tiempos”, concluye **Sánchez Gil (1999, p. 140)** en su estudio.
- En este trabajo seguimos el método de aproximaciones sucesivas (**Lexner, Kichner y Johnson 2009**).
- **Maxwell et al. (2008, p. 80)** mantienen que “La educación superior es por lo general bastante elevada”, así que...
- Según **Cartea y Penalva (2012, p. 10)**, la presencia de HFT aumenta el impacto en el precio de las mercancías.
- Las referencias bibliográficas dentro de una misma nota se ordenarán alfabéticamente por el apellido del autor.

Referencias bibliográficas, según directrices de la UNE-ISO 690:

Las referencias bibliográficas deben seguir el siguiente estilo.

a) *Monografías, entradas de obras de referencia y contribuciones a congresos:*

- Los libros se citarán: apellidos completos e inicial del nombre (en mayúsculas), título de la obra (en cursiva). Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación. Identificador normalizado (ISBN...).

APELLIDOS, INICIAL nombre. *Título de la obra (en cursiva)*. N.º edición, Lugar de publicación: editor, año. ISBN...

- Los capítulos de libros se citarán: apellidos completos e inicial del nombre (en mayúsculas), título del capítulo. En: apellidos completos e inicial (en mayúsculas). El título de la obra (en cursiva). Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación, Rango de páginas. Identificador normalizado (ISBN... si está disponible).

APELLIDOS, INICIAL Nombre. Título del capítulo. En: APELLIDOS, INICIAL nombre. *Título de la obra*. Edición (n.º). Lugar: Editor, Fecha de publicación, pp. x-x. Identificador normalizado (ISBN...).

b) Artículos de Revistas:

- Los artículos se citarán: apellidos completos e inicial del nombre (en mayúsculas), título del artículo. En: *nombre de la revista (en cursiva)*, Edición. Lugar: Editor, fecha de publicación (año), numeración, rango de páginas. Identificador normalizado (ISSN, DOI... si está disponible).

APELLIDOS, INICIAL Nombre. Título del artículo. En: *Título de la revista (en cursiva)*, Edición. Lugar: Editor, año publicación, vol., n.º, pp. xxx-xxx, ISSN, DOI...

c) Normativa:

- País. Título. *Nombre de la Publicación (en cursiva)*, fecha de publicación completa, número, páginas.

País. Título. *Publicación (en cursiva)*, día/mes/año, n.º, pp. xxx-xxx.

- Las citas de jurisprudencia se llevarán a cabo mediante la aportación de datos objetivos de carácter general que permitan su localización (Tribunal, sala, fecha y número de recurso o procedimiento).

d) Libros electrónicos y monografías en línea seguirán la siguiente forma:

AUTOR/A PRINCIPAL. Título [en línea]. Autores/as secundarios/as. Edición. Lugar de publicación: Editor, fecha de publicación [fecha de actualización o revisión]. [Fecha de consulta día mes año]. Descripción física. Serie. Número normalizado (ISBN, DOI...). Disponibilidad y acceso.

APELLIDOS, INICIAL nombre. Título [en línea]. Autores/as secundarios/as. Edición. Lugar de publicación: Editor, año [fecha de revisión]. [Consulta: día mes año]. Descripción física. Serie. ISBN, DOI... Disponible en: xxx.

Terminología

En relación con la terminología, se emplearán siempre las expresiones “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” y “discapacidad” para referirse respectivamente a la persona o a su situación, circunstancia o condición; solo podrán usarse otros términos en desuso, inapropiados o improcedentes (“minusválido”, “minusvalía”, “discapacitado”, “diversidad funcional”, etc.) si forman parte de un texto ajeno que se cita literalmente, y siempre con mesura. La redacción de *Anales* podrá retirar o sustituir las expresiones terminológicas que no se atengan a estas indicaciones.

Idioma

Se admitirán solo trabajos en lengua española.

PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN

Una vez recibido el original, si el Comité de Dirección de la Revista acepta el trabajo, lo destinará a dos personas *evaluadoras externas*, especialistas en la materia, para que realicen la revisión por pares o arbitraje, utilizando la metodología de doble ciego.

Como resultado de la evaluación, el artículo puede ser aceptado *sin cambios*, *aceptado con cambios menores* o *aceptado con cambios mayores*. En ese momento, se traslada a la persona autora el resultado, así como las sugerencias de mejora cuando sean necesarias. Siendo esta última (persona autora) la encargada de realizar las modificaciones oportunas para su publicación. Una vez realizadas las modificaciones, se remite de nuevo a las personas evaluadoras para la comprobación por las mismas.

Al concluir el plazo de la convocatoria para recibir aportaciones, el Consejo Editorial revisará el índice de contenidos propuesto para el volumen de *Anales de Derecho y Discapacidad*, y decidirá en última instancia qué artículos conformarán el índice del número de la revista.

PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

Es imprescindible que, junto con el trabajo, se adjunten los datos de identificación de la persona autora, incluyendo la mención de la institución a la que pertenece y su rango académico o profesional, así como su dirección de correo electrónico.

Además, los trabajos deberán enviarse, junto con la Declaración Responsable, a la siguiente dirección electrónica: anales@fderechoydiscapacidad.es



ESTUDIOS

Aproximación a las labores de interpretación del Comité ONU de la discapacidad: la Observación General n.º 8 y el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo

Gregorio Saravia Méndez

Derechos y discapacidad: nuevas tendencias de la gestión en España

María Vilchez Vivanco

El IVA y la discapacidad, a la luz de los cambios acontecidos en la directiva 2006/112/CE

Miguel Cruz Amorós y Xandra Martínez Gavira

La autocuratela en la Ley 8/2021

Elisa Jiménez Artacho

La eficacia del amparo en revisión 146/2018, tratándose del derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad. Revisión a la actuación institucional reciente

Juana María Peña Lara

Una mirada histórica sobre el concepto de discapacidad

Alberto Bartolomé Aragón

PROPUESTAS NORMATIVAS Y/O JURÍDICAS

¿Sueñan los ciborgs con orejas eléctricas? Propuesta de un nuevo límite en el sistema de excepciones de accesibilidad para personas con discapacidad aplicable a los usuarios de implantes biónicos

Jaime Delgado García-Pomareda

TRABAJOS FIN DE MÁSTER

La responsabilidad penal de las personas con discapacidad intelectual desde la perspectiva de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

Natalia Pérez Fernández

Valor jurídico y aplicabilidad de los dictámenes del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU en el ámbito del ordenamiento legal interno español

Gregorio Saravia Méndez

El acceso a la justicia por parte de las personas sordas en España

José Toribio Gómez

RESEÑAS

Luces y sombras en la aplicación de la Ley 8/2021: "De la sustitución al apoyo. Igual reconocimiento como persona ante la ley", tras un año de aplicación, reacciones

M.ª Mercedes Lizcano Díaz

Informe del CERMI sobre los contenidos en materia de discapacidad y accesibilidad que incorpora la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario

CERMI

CERMI

Nota sobre la recuperación de la asimilación legal a efectos laborales entre situaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social (y clases pasivas) y grado de discapacidad mínimo del 33 por 100

CERMI

ANEXO

Acceso digital:



Con el apoyo de: