



**APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS  
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

**Revisión Crítica**



TRABAJO DE FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Universidad de Almería

Realizado por

**Ada López Osca**

Dirigido por

Federico Arcos Ramírez

Julio 2017

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

TRABAJO DE FIN DE GRADO



GRADO EN DERECHO

CURSO 2016 / 2017

JULIO 2017

**APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS  
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Revisión crítica

Alumna: ADA LÓPEZ OSCA

Tutor: FEDERICO ARCOS RAMÍREZ

# ÍNDICE

I. Introducción.	Página 3
II. Primer acercamiento.	Página 5
III. Normativa aplicable.	Página 9
1. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.	Página 9
2. Protección jurídica en el ámbito internacional: Europa, España.	Página 10
3. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.	Página 13
4. Perspectiva constitucional.	Página 18
IV. Derechos.	Página 21
1. Derecho fundamental a la participación política.	Página 21
2. Trabajo y discapacidad.	Página 24
3. ¿Existe un derecho fundamental a la educación inclusiva?	Página 29
4. Integridad física.	Página 35
5. Acceso a la justicia.	Página 39
V. Retos pendientes.	Página 41
1. Principales vulneraciones.	Página 41
2. Asignaturas pendientes: asistencia personal.	Página 42
3. Uso de la terminología en referencia a las personas con diversidad funcional física en la prensa.	Página 44
4. ¿Cuáles pueden ser los obstáculos que impiden una verdadera perspectiva de la Convención?	Página 44
VI. Conclusión.	Página 45
VI. Bibliografía	Página 48

## I. Introducción.

*Aproximación al Régimen Jurídico de los Derechos de las Personas con Discapacidad: Revisión crítica* pretende ser un acercamiento a este colectivo: las personas con discapacidad, que, en muchas ocasiones, de forma general, quedan olvidadas, en un segundo plano, por la sociedad, y tristemente, a veces, por las Administraciones Públicas o el Gobierno. Pretende ser una reflexión sobre su situación actual, el cuerpo normativo del que disponen, ya sea nacional o internacional; el esfuerzo que realizan en sus actividades cotidianas para llevar a cabo una "vida normal"; o, las ayudas, subvenciones o asistencias de las que pueden ser dotados. Es decir, acercarnos y conocer una realidad verdadera y actual, existente en muchas más casas de las que pensamos.

Elegimos este tema para mi Trabajo de Fin de Grado al verme muy interesada por este colectivo, poniéndome en su lugar, observando la cantidad de personas con discapacidad trabajando, estudiando o paseando simplemente, de forma autónoma e independiente, o con ayuda, pero siempre mostrando esa especial sensibilidad a la hora de valorar la vida con fuerza y ganas de superarse personalmente.

El Trabajo se divide en 4 grandes bloques: un primer acercamiento en el adoptaríamos una visión muy general de los distintos conceptos que afectan a la discapacidad, su evolución histórica, junto con una revisión crítica, muy característica de esta redacción y que pretende ser mantenida hasta la última página, además de unos ejemplos reales en nuestro país.

En segundo lugar, el ámbito de aplicación basándonos, en los cuatro apartados que forman este punto III, en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Pilar fundamental a lo largo de todo el Trabajo. Se verá su Protección Jurídica; la Ley 39/2006, de Promoción de Autonomía Personal y Atención a las Personas con Dependencia, y por último, y no por ello menos importante, nuestra Constitución española.

La Constitución es vital para la garantía de los derechos fundamentales de todas las personas, ya sea con o sin discapacidad; por esta razón, vamos a dedicarle el epígrafe IV

íntegramente, tratando así: el derecho fundamental a la participación política, al trabajo, a la educación, a la integridad física y al acceso a la justicia; teniendo como enfoque, en todo momento, el prisma de las personas con discapacidad. Observaremos con detalle la protección garantizada, pero también aquellas vulneraciones a sus derechos, fomentando su vulnerabilidad, debilidad e indefensión; situaciones inadmisibles.

Y por último, temas singulares a resaltar como por ejemplo, la asistencia personal o la terminología de las personas con discapacidad en la prensa.

El mundo del Derecho en todas y cada una de sus materias es especialmente extenso, ya que abarca cada situación posible, por lo que resulta verdaderamente complicado, por no decir imposible, investigar y escribir sobre toda la normativa y derechos que afectan a las Personas con Discapacidad, y más, en un máximo de 60 páginas.

Por lo que acotando tal elenco de posibilidades, decidimos centrarnos sobre todo en los derechos fundamentales y humanos de las Personas con Discapacidad ya que es la base de la gran pirámide de la que, con posterioridad, derivarán todas y cada una de las Leyes, Orgánicas u Ordinarias, o Reglamentos.

El trato a las minorías y a los grupos más vulnerables no deja de ser un reflejo de España, de nuestro Gobierno, de nuestra sociedad y de nuestra gente. Actualmente, la evolución debe continuar, camino queda por recorrer, cuando se dan casos en los que la sociedad no sabe tratar con ellos o cómo actuar, o peor aún: piensan que sí, y lo que hacen es ofrecer un tratamiento caracterizado por la pena o la lástima. Perseguimos la plena inclusión e integración y el libre desarrollo de la personalidad de este colectivo, al igual que todos y cada uno de los cuerpos normativos como veremos a continuación.

## II. Primer acercamiento.

Lo primero que debemos de preguntarnos es: ¿Qué entendemos por discapacidad?

Una *deficiencia* es la pérdida de todo o parte de un miembro, o su limitación; la pérdida de un órgano o mecanismo del cuerpo. Mientras que la *discapacidad* es la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social, la cual no considera (o si lo hace, de forma insuficiente), a las personas que tienen deficiencias, excluyéndolas de las actividades corrientes de la sociedad. Por ejemplo: una incapacidad para hablar es una deficiencia pero la incapacidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no se encuentran disponibles es una discapacidad.

Así, en 1980, la Organización Mundial de la Salud, en su Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), estableció 3 conceptos:

- Deficiencia. Cualquier pérdida o anomalía permanente o transitoria, ya sea psicológica, fisiológica o anatómica, de estructura o funcional.
- Discapacidad. Restricción o impedimento para realizar una actividad, a causa de una deficiencia, en la forma o dentro del ámbito considerado normal para un ser humano.
- Minusvalía. Incapacidad, supone una desventaja para una persona, limitando o impidiendo el cumplimiento de una función que se considera común para esa persona según su edad y sexo, además de los factores sociales y culturales.

Pero, desde un principio, las personas con discapacidad no fueron partícipes en la historia de los derechos humanos; hablamos de un vacío real, en el reconocimiento, ejercicio y defensa de los mismos. Esto encuentra su explicación en el hecho de que las personas con discapacidad "no cumplían las características" que establecía el concepto de ser humano<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Leonor Lidón Heras, *La discapacidad en el espejo y en el cristal: derechos humanos, discapacidad y toma de conciencia, artículo 8 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, un camino previo por recorrer*, España, 2016, pp. 173-241.

A lo largo de la historia, en el ámbito del Derecho, se han visto reflejados tratamientos muy diversos a las personas con discapacidad: modelo de prescindencia, modelo rehabilitador y modelo social. El modelo de *prescindencia* considera que las causas de la discapacidad se originan en motivos religiosos, declarando a las personas con discapacidad como innecesarias (teniendo como fundamento razones tales como por ejemplo: no contribuían a la sociedad, albergaban mensajes diabólicos...); es decir, *prescinden* de ellas.

El segundo modelo es el *rehabilitador*<sup>2</sup>. En este caso, las causas son científicas. El fin principal es *normalizar* a las personas con discapacidad. A los inicios del siglo XX, al finalizar la Primera Guerra Mundial, se consolidó este modelo debido en primer lugar, a la guerra, y en segundo, a los accidentes laborales. Había un número alarmante de hombres *heridos de por vida*, denominados *mutilados de guerra*. Así, la discapacidad se relacionó con los heridos de guerra y comenzó a verse como una insuficiencia, una deficiencia a ser erradicada. Como consecuencia, el Derecho implantó políticas legislativas, por ejemplo, pensiones de invalidez, cuotas laborales o beneficios de rehabilitación. Recibían estos beneficios de los servicios sociales porque se veía como un problema individual de la persona exclusivamente. En los años setenta las personas con discapacidad esgrimían una gran lucha reclamando el cese de ser considerados como objeto de políticas asistenciales y/o paternalistas, para convertirse en sujetos de derecho. El modelo rehabilitador pretende conseguir una cura, una mejor adaptación de la persona o cambio en su conducta.

En tercer y último lugar, hablamos del modelo social. Las causas aquí no son ni religiosas, ni científicas, sino sociales: las personas con discapacidad aportarán a las necesidades de la comunidad de igual forma que los demás, siempre desde la perspectiva (valoración y respeto) de su condición, en ciertos aspectos, diferentes. El modelo social tiene como presupuesto fundamental que las causas originarias de la discapacidad no son individuales, sino sociales. Las raíces de este fenómeno son las limitaciones de la sociedad: sin prestar servicios apropiados, sin asegurarse adecuadamente de las necesidades de estas personas, sin ser tenidas en cuenta dentro de

---

<sup>2</sup> También conocido como el «modelo médico».



la organización social<sup>3</sup>. En este sentido, desde la perspectiva de este modelo, plantearíamos la solución frente a las situaciones de desventaja que sufren las personas con discapacidad a partir del respeto a los valores esenciales, fundamento de los derechos humanos.

La protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad contará con una mayor garantía definiendo su origen en relación a su contenido y sentido. Si atendemos a una definición ética, diríamos que los derechos humanos constituyen un conjunto de normas, que surgen de aspiraciones históricas y filosóficas de justicia. Este contenido moral no es universal, sino que lo determinamos cultural y/o religiosamente. Para que sea obligatorio, deberá ser incorporado en el derecho positivo de cada país.

Si los definimos centrándonos en la persona, «el reconocimiento y la protección de una serie de bienes que, partiendo de una idea de igual sujeto moral, favorecen en un determinado momento espacial y temporal, el logro de la libertad moral (dándose el caso de que, obviamente, también restringen y delimitan planes posibles de vida, esto es, tipos de libertad moral)<sup>4</sup>».

Y por último, el carácter protector. Los derechos humanos son necesarios para frenar la arbitrariedad, limitando el menoscabo a la dignidad humana mediante la desigualdad. Se afirma que el nuevo criterio de legitimidad de cualquier gobierno son los derechos humanos.

Ahora bien, llevando a cabo una revisión crítica desde un enfoque emancipatorio y de derechos humanos desde la discapacidad, hemos de decir que el ser humano con discapacidad jamás estuvo presente, ni en el origen, ni en la evolución.

Los derechos de las personas con discapacidad no han sido objeto de la universalidad de los derechos humanos, no se ha planteado la garantía de éstos. Debemos preguntarnos su reconocimiento y forma de ejercerlo, alcanzar la igualdad de condiciones y autonomía.

---

<sup>3</sup> Agustina Palacios, Francisco Bariffi, "La discapacidad como una cuestión de derechos humanos", Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ediciones Cinca, Febrero 2007.

<sup>4</sup> Rafael Asís Roig y Agustina Palacios, *Derechos Humanos y situaciones de dependencia*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 29.

Es cierto que el Derecho utiliza técnicas promocionales a fin de repercutir sobre las políticas en cuestión (no discriminación, vida independiente, accesibilidad universal, diálogo civil, diseño para todos, transversalidad de políticas en materia de discapacidad), tales como: medidas de acción positiva, discriminación inversa, obligación de realizar ajustes razonables. Siempre perseguimos un objetivo: la igualdad de oportunidades entre las personas con discapacidad y el resto, en sus planes de vida, en el diseño y desarrollo de los mismos.

En múltiples circunstancias, no es que la persona renuncie, sino que se ve forzada a renunciar, debido a la negación de la titularidad o al ejercicio, a través de barreras jurídicas, relacionales, físicas o a la comunicación.

Procedo a relatar un par de ejemplos reales, uno de ellos en nuestra propia Almería, en donde se entendió que las personas con discapacidad eran marginables y así se hizo.

En 2013, se negó la posibilidad de alojarse a unos jóvenes con síndrome de Down en el hotel de El Toyo, «por si molestan», en un viaje de fin de curso; posteriormente la noticia fue rectificada. La Fiscalía abrió las oportunas diligencias<sup>5</sup> y solicitó penas de 2 años de inhabilitación especial para el director comercial y la supervisora del hotel, extendiéndose también a la trabajadora de una plataforma de contratación de servicios jurídicos y ocio. La Fiscalía entiende que la actuación fue discriminatoria y constitutiva de delito de acuerdo con el artículo 512 del Código Penal<sup>6</sup>.

Y ahora, recientemente, *denuncian a un hotel de Vinarós por negar el alojamiento a un grupo de personas con síndrome de Down*. La Fundación Catalana Síndrome de Down frente a la negativa del hotel de Vinarós (Castellón) al alojamiento a un grupo de personas con síndrome de Down, presentó una denuncia el día 20 de abril de 2017 ante los Mossos d'Esquadra. Se considera el hecho «una vulneración de los derechos humanos y una clara discriminación hacia las personas con síndrome de Down u otras discapacidades intelectuales».

No había reserva ni habitaciones disponibles, supuestamente. Según la fundación, la empleada del hotel se negó a comprobar el documento de «check-in» «e ignoró el

---

<sup>5</sup> Europa Press, «Fiscalía investiga si delinquiró el hotel que rechazó alojar a jóvenes con síndrome de Down», *Europa Press*, edición digital, 17 de mayo de 2013.

<sup>6</sup> Europa Press, «Fiscalía pide inhabilitar a responsables del hotel que negó alojar a jóvenes con Down», 23/12/2014.

número de reserva o cualquier solicitud de una explicación, llegando incluso a denegar el acceso a una hoja de reclamaciones».

La empleada asegura que fue ella misma la que recibió un trato degradante por parte del grupo y ratifica el hecho de inexistencia de alojamiento disponible y niega cualquier tipo de discriminación. «Quizá ellos querían tener más atención, pero en aquel momento tenía mucho trabajo. Fueron ellos los que me gritaron, yo sólo les iba pidiendo perdón por no poderles alojar», detalla.

La reserva se hizo el día 28 de febrero. La agencia contactó con Viajes Travelfast, quienes fueron los operadores turísticos, a fin de saber cuál había sido el problema, gran sorpresa: cancelación de la reserva por ser los clientes «minusválidos».<sup>7</sup>

Es muy importante la toma de conciencia sobre estas situaciones y que sea parte de nosotros, al igual que nuestros derechos, la verdad absoluta de que todos somos iguales.

Sí, todos somos iguales; ¿pero esto qué significa? No quiere decir que todas las personas deben recibir un tratamiento igual sino un tratamiento diferenciado que dé lugar al logro de la igualdad material.

Es esencial que se tenga presente la autonomía: la persona con discapacidad debe hacer todo lo que pueda de forma independiente y por sí mismo, como cualquier ser humano.

La igualdad material exige la equiparación, es decir, pueden existir diferencias entre los rasgos humanos, pero las desigualdades deberán quedar en el hecho del ser humano como ser social, esto es, en sus relaciones.

Deben ser conocidas las diferentes realidades que provocan exclusión con la finalidad de prevenirlas buscando soluciones específicas; si lo incluimos en normas generales, proporcionamos conocimiento y ayudamos a su cumplimiento.

### III. Normativa aplicable.

---

<sup>7</sup> [http://www.abc.es/sociedad/abci-denuncian-hotel-vinaros-negar-alojamiento-grupo-personas-sindrome-down-201704191346\\_noticia.html](http://www.abc.es/sociedad/abci-denuncian-hotel-vinaros-negar-alojamiento-grupo-personas-sindrome-down-201704191346_noticia.html)

## 1. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El hecho legislativo, social y político más importante en el marco de las personas con discapacidad es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Organización de Naciones Unidas.

Desde el 3 de mayo de 2008, fecha de entrada en vigor, se ha convertido en Derecho positivo nacional, se encuentra integrado en el ordenamiento normativo español, con todos y cada uno de sus principios, valores y mandatos. Ya que, como es sabido, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución española (en adelante, CE), *los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*. Pero en el caso de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos desempeñan además una función adicional de extraordinaria relevancia, designada por el artículo 10.2 CE: *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*.

La Convención tiene como objeto o propósito: «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»<sup>8</sup>.

A lo largo de la redacción, se analizará con más detalle los distintos aspectos de la Convención.

## 2. Protección jurídica en el ámbito internacional: Europa, España.

La ONU llevó a cabo una serie de mecanismos y guías para la protección jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito internacional<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>9</sup> **Rafael de Lorenzo García**, «La Convención, un desafío inaplazable», *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de los Derechos a los Hechos*, Directora: Esperanza Alcaín Martínez, Coordinadora: Gloria Álvarez Ramírez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON  
DISCAPACIDAD: Revisión crítica

Los órganos de supervisión de la ONU han seguido dos tipos de estrategias. Por un lado, se realizan múltiples pronunciamientos e interpretaciones de principios generales como el de igualdad y no discriminación. Por otro lado, se atiende a las exigencias específicas de cada derecho de las personas con discapacidad, por ejemplo el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Cuenta con instrumentos específicos consistentes en documentos políticos, denominados Soft Law, es decir, carácter interpretativo, ni obligatorio, ni vinculante. Los principales son: en 1971, "Declaración de los Derechos del Retrasado Mental", en 1975 "Declaración de los Derechos de los impedidos". Los años '80 fueron muy importantes: el año 1981 fue proclamado Año Internacional de los Impedidos por la Asamblea General de Naciones Unidas, con el lema "Participación e igualdad plenas"; en 1982 se aprueba el "Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad"; del año 1983 a 1992 fue proclamado el Decenio de Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad.

El decenio culmina cuando en el año 1993, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba una resolución histórica titulada "Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad". Así, se convierten en el estándar básico legal internacional a la hora de adoptar programas, leyes y políticas con relación a la discapacidad, quedando relegadas las preocupaciones tradiciones de prevención y rehabilitación.

En el ámbito europeo, debemos distinguir el Consejo de Europa y la Unión Europea. El Consejo de Europa es una organización internacional de 47 estados europeos, surgida a consecuencia de la II Guerra Mundial, creando así un espacio de paz y respeto de los derechos humanos; mientras que la Unión Europea se limita a sus 28 estados miembros (también pertenecientes del Consejo de Europa).

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1953 y sus Protocolos, para proteger los derechos civiles y políticos, y la Carta Social Europea y sus Protocolos son dos instrumentos fundamentales, dotados de eficacia jurídica como norma de Derecho Internacional.

Esta última dice en su artículo 15, textualmente: *«Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas.*

*2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación.»*

En España disponemos de la Constitución de 1978, la cual analizaremos posteriormente. En esta materia, nos referimos específicamente al artículo 49 de la misma, desarrollado por la Ley 13/1982 (LISMI) que permitió un desarrollo reglamentario e institucional sin precedentes, fijando las bases para que en 2003 se aprobara la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal (Ley 51/2003)<sup>10</sup> y la transposición de la directiva europea sobre no discriminación en el empleo (a través de la Ley 62/2003): inicio del modelo social en la legislación innovadora de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal en el derecho español.

En la primera década de este milenio, se ha llevado a cabo una gran producción normativa en favor de las personas con discapacidad, en normas específicas e integración de aspectos de la discapacidad en leyes generales.

Refiriéndonos a la Convención, España estuvo dentro de los primeros firmantes, el 30 de marzo de 2007. Fue de los primeros en dictar una ley específica para adaptar a nuestro ordenamiento la Convención, a través de la Ley 26/2011. También lo fue en presentar su informe, en septiembre del mismo año, ante el comité de seguimiento.

---

<sup>10</sup> Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad (BOE nº 289, de 03-12-2003). Complementa la antigua LISMI - Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos -. Supone un gran cambio en la manera de abordar el fenómeno de la discapacidad, ya que plantea su consideración como una cuestión de derechos humanos. En la exposición de motivos, se reconoce que las desventajas que puede sufrir en múltiples ocasiones una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales pero también en las limitaciones de la propia sociedad. También explica el texto legal los cambios en la manera de entender el fenómeno de la *discapacidad* y, consecuentemente, los nuevos enfoques en el tratamiento de la misma. Se plantean 2 estrategias de intervención relativamente novedosas: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal.

Designó al CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad) para seguir y vigilar a España desde la Convención y además, con verdadero esfuerzo, realizó una refundición de varias leyes en materia de discapacidad mediante el Real Decreto Legislativo 1/2013.

3. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, intenta asumir uno de los retos más importantes de la política social de los países desarrollados: la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal<sup>11</sup>; es decir, las necesidades de aquellos que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, sin poder desarrollar o requiriendo apoyos para desarrollar actividades esenciales diariamente. Así, de este modo, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer sus derechos de ciudadanía de forma plena.

Según la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999, un 9% de la población española presenta alguna discapacidad o limitación que le ha causado, o puede llegar a causar, una dependencia para las actividades de la vida diaria o necesidades de apoyo para su autonomía personal en igualdad de oportunidades. Para ello contamos con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Los poderes públicos deben dar a este colectivo de población una respuesta sostenida, firme y adaptada al actual modelo de la sociedad en que vivimos. Hasta ahora estas personas han recibido el cuidado de las familias, al fin y al cabo; el llamado «apoyo informal». Se necesita de manera rápida e imprescindible una revisión de este sistema tradicional de atención para conseguir la adecuada capacidad de prestación de cuidados para aquellas personas, y sus familias, que lo necesiten. Para ello, debemos contar con la intervención del Estado, en este ámbito con la regulación de la Ley 39/2006, con la

---

<sup>11</sup> Exposición de motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas con Dependencia.

finalidad de conseguir un marco estable de recursos y servicios prestando la debida atención a la dependencia, satisfaciendo la necesidad de garantía a los ciudadanos, además de a sus Comunidades Autónomas. Es una nueva modalidad de protección social, la cual complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social.

El Sistema de Atención de la Dependencia es uno de los principales instrumentos para mejorar la situación de los servicios sociales, que responde a la necesidad de la atención a las situaciones de dependencia y a la promoción de la autonomía personal, la calidad de vida y la igualdad de oportunidades. Para ello, esta Ley establece sus condiciones básicas de promoción y atención, llegando a tal fin, a través de la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas. Construye un derecho subjetivo que se fundamenta en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad. Desde el punto de vista competencial, es un modelo innovador e integrado, que debe ser acompañado de una total cooperación interadministrativa, además del respeto a las competencias.

La financiación estará determinada por las propias personas en situación de dependencia, servicios y prestaciones previstos en la Ley, siendo estable, sostenida en el tiempo, suficiente y garantizada por las Administraciones Públicas. La Administración General del Estado la garantizará en el desarrollo del nivel mínimo de protección. Se atenderá a los ciudadanos en situación de dependencia equitativamente y contribuirán económicamente de forma progresiva atendiendo a su capacidad económica, el tipo de servicio prestado y su coste. Ningún ciudadano quedará fuera de la cobertura del Sistema por no disponer de recursos económicos.

¿Qué es el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)? Es el conjunto de servicios y prestaciones económicas destinados a la promoción de la autonomía personal, la atención y protección a las personas en situación de dependencia, a través de servicios públicos y privados concertados debidamente acreditados y contribuye a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

El artículo 6 de la Ley establece, en sus apartados 1 y 2: *1. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia garantiza las condiciones básicas y el*



*contenido común a que se refiere la presente Ley; sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en materia de promoción de la autonomía personal y la atención y protección a las personas en situación de dependencia; optimiza los recursos públicos y privados disponibles, y contribuye a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.*

*2. El Sistema se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados.*

¿Cuáles son los requisitos básicos para ser una persona beneficiaria de los derechos establecidos en la Ley para la Autonomía y Atención a la Dependencia? Para ser beneficiario de los servicios y prestaciones han de cumplirse los requisitos que establece con carácter general la Ley para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Son los siguientes:

- ✓ Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos.
- ✓ Residir en territorio español y haberlo hecho durante 5 años, de los cuales 2 deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de 5 años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia.
- ✓ Las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, carezcan de la nacionalidad española se regirán por lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen. Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales.
- ✓ El Gobierno podrá establecer medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España.

- ✓ El Gobierno establecerá, previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, las condiciones de acceso al Sistema de Atención a la Dependencia de los emigrantes españoles retornados.

Es significativo que la Ley 39/2006 y la Convención fueron aprobadas casi al mismo tiempo. La Ley, como hemos dicho, el 14 de diciembre de 2006, y la Convención un día antes (13 de diciembre de 2006). Existen claras discordancias entre la Ley y la Convención. Según Rafael de Asís Roig<sup>12</sup>, podría decirse que éstas eran interpretativas, problema que se hubiese solucionado prestando su debida atención, pero la forma de hacerlo tampoco estaba en la Ley.

En primer lugar, vamos a tratar la importancia de la accesibilidad ya que es condición ineludible para el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones<sup>13</sup>. La Ley debe tener una proyección transversal en todas aquellas prestaciones y servicios que contempla. Uno de los elementos imprescindibles en la batalla contra las situaciones de dependencia es la satisfacción de la accesibilidad. Por ello, la Ley General de Discapacidad dedica todo un Capítulo, el V, al *Derecho a la vida independiente*, y ahí, en el artículo 22, nos hace referencia a la accesibilidad. Se exige una ampliación de las prestaciones y servicios, sobre todo de las *Ayudas económicas para facilitar la autonomía personal*.

En segundo lugar, respecto a la situación de dependencia y actividades fundamentales de la vida diaria, la Ley no las configura a través del prisma de un modelo social, como podemos ver en su artículo 2.2: se entiende por dependencia...

*El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.*

---

<sup>12</sup> Rafael de Asís Roig, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, De los Derechos a los Hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>13</sup> De Asís, R., Aiello, A.L., Bariffi, F., Campoy, I. y Palacios, A., 2007: 49 y ss.

La definición de dependencia proporcionada por el artículo 2.2 de la Ley 39/2006 asocia la situación de dependencia con colectivos concretos, ya sean personas mayores, enfermas o con discapacidad, cuando lo que debería de dar es una visión de concepto de situación de dependencia que consista más en la *situación* misma, no sobre la pertenencia o el colectivo. Ciertas personas se encuentran en dichas circunstancias y les afecta, temporalmente o no, pudiendo perder o ver limitada su autonomía para realizar determinadas actividades, en mayor o menor grado; pero no existen *personas dependientes o independientes* como tal.

Además, define la situación de dependencia como aquellas donde las personas que se encuentran en ella necesitan ayuda para realizar *aquellas tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas*. Establece un marco limitado en exceso, debería incluirse:

- aquellas actividades instrumentales, es decir, las que necesitan un mayor nivel de autonomía personal, asociadas a la toma de decisiones e interacciones más difíciles con el medio; y
- actividades avanzadas, complejas y elaboradas: control del medio físico y social, desarrollando un papel social, con buena salud mental y excelente calidad de vida.

Tan sólo teniendo así una visión integral se puede alcanzar una participación en sociedad en igualdad de condiciones.

En tercer lugar, las prestaciones. La libertad de la persona dependiente para elegir dónde, cómo y con quién vivir debería estar reconocida, pero además, convendría tener un estatuto jurídico específico para el cuidador informal a fin de mover los obstáculos que dificulten al trabajador que haya decidido atender a un familiar, asumir la tarea.

La Ley 39/2006 lo prevé en los artículos 2 y 19, y en la Convención en el artículo 19. Pero la Ley restringe la prestación en comparación a la Convención: en el ámbito

(educación, actividades básicas diarias y trabajo) y en cuanto a las personas que tienen acceso (personas valoradas con *gran dependencia*).

Se necesitaría, primero, que las prestaciones las pudiesen recibir las personas en situación de dependencia que la requieran, sin tener en cuenta el grado, simplemente que lo requieren; y segundo, que las prestaciones no se limiten simplemente a la educación o al empleo, sino a todas las áreas de desarrollo que supone el plan de vida personal. Además de establecer un concepto integral de asistente.

Por tanto, existían diferencias entre la Convención y la Ley, debidas a cuestiones de voluntad política y a la ausencia de asimilación del modelo social por la sociedad (De Asís, R., 2013).

#### 4. Perspectiva constitucional.

Consideramos la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, como hemos dicho anteriormente y además nos transmite Pérez Bueno (Luis Cayo, *El desmantelamiento de la discapacidad y otros escritos vacilantes*, Barcelona, El Cobre, 2004, págs. 20 - 33). La discapacidad podría considerarse también como una cuestión de *derechos fundamentales*: garantía de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, acabando con las barreras que pueden actuar como obstáculo para ejercer plena y efectivamente dichos derechos fundamentales.

Vamos a definir los pilares fundamentales sobre los que se han construido los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en nuestro sistema constitucional; analizaremos aquellos que no cuentan con una protección apropiada en nuestro ordenamiento, debido principalmente a restricciones del legislador.

Comenzar con el artículo 49 de la Constitución, único artículo que hace referencia explícita a las personas con discapacidad: *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.*

Con un sólo artículo con una referencia explícita parece que la protección constitucional que se ofrece es como mínimo de derechos de 2ª categoría.

Además, debemos destacar el uso del término *disminuidos* y todo lo que ello conlleva: sustantiva la deficiencia, realza una supuesta inferioridad respecto a los demás, habla sobre unas acciones *reparadoras* (prevención, tratamiento, rehabilitación), es decir, como meros destinatarios de una atención de los poderes públicos, cuando lo que debería es de dejar claro el papel que juegan: de protagonistas, por supuesto, quienes llevarán a cabo su propio desarrollo personal.

Nuestra Constitución cuenta con la dignidad de la persona humana como valor constitucional supremo, por ello nos preguntamos, ¿se está cumpliendo en este artículo 49? Se debería realizar una relectura de éste, 39 años después de la aprobación de la Constitución. Como hemos apuntado anteriormente, es total y absolutamente necesario el respeto a la dignidad humana desde el enfoque del modelo social, sobre todo en el ámbito de la discapacidad.

Hemos de decir que la Constitución reconoce los mismos derechos fundamentales a las personas con discapacidad que a todos los demás, así dice De Asís: *los derechos de las personas con discapacidad no son solo derechos sociales, sino que se trata, en línea de principio, del mismo catálogo de derechos de cualquier otra persona*<sup>14</sup>. Pues bien, Patricia Cuenca<sup>15</sup> analiza las restricciones de la capacidad de obrar causadas por la proyección del régimen legal de las mismas, por el Derecho español en el ámbito de los derechos fundamentales. En ningún momento, la Constitución autoriza cualquier tipo de restricción a la capacidad para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Así lo establece el artículo 53.1 de la Constitución cuando instaura la prohibición a los poderes públicos de alterar o restringir el contenido esencial de los derechos fundamentales, debiendo en todo momento respetarlos; es decir, no pueden darse otras limitaciones que las derivadas de este contenido esencial. El establecimiento de las leyes de restricciones al ejercicio de los derechos de estas

---

<sup>14</sup> De Asís, Rafael, *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013, pág. 94.

<sup>15</sup> Cuenca Gómez, Patricia, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, págs. 193 - 200.

personas, no derivándolo del contenido propio, serán inconstitucionales, las cuales analizaremos más adelante.

Lo que sí hace el artículo 49 de la Constitución es establecer las bases para una específica protección jurídica del ejercicio de los derechos fundamentales por las personas con discapacidad. A pesar de sus limitaciones y deficiencias, concluye así, los poderes públicos las *amparán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga todos los ciudadanos*. Para saber el alcance de esta protección, atendemos al artículo 9.2 de la Constitución: *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*. Es la principal unión entre la Constitución y el Derecho de la Discapacidad ya que promueve la libertad e igualdad, remueve los obstáculos, obliga a prestar los apoyos necesarios... esto es, los poderes públicos cuentan con la obligación de promover las condiciones para que puedan ejercer efectivamente sus derechos fundamentales. Este deber lo traducimos en obligaciones de dar o hacer, verdaderas obligaciones constitucionales: *prestaciones constitucionales*, así las llama Cossío Díaz<sup>16</sup>.

Los poderes públicos deberán adoptar todas y cada una de las medidas necesarias a fin de garantizar a las personas con discapacidad el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales, es decir, acciones positivas. El artículo 2.g) de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad las define como *aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural*.

Además de las acciones positivas *obligatorias*, existe la categoría de acciones positivas *libres*: ámbito de libre discrecionalidad del legislador. Por ejemplo: reducción de tasas a las personas con discapacidad para el acceso a museos o establecimientos culturales. Junto a éstas, podría considerarse una tercera categoría: acciones positivas *prohibidas*. Estas acciones, al fin y al cabo, consisten en una diferencia de trato, que tan sólo si tiene

---

<sup>16</sup> Cossío Díaz, José Ramón, Estado social y derechos de prestación, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 178, define las prestaciones constitucionales como *actividades de dar o hacer impuestas a los poderes públicos por el texto constitucional*.

una justificación objetiva y razonable, la consideraríamos legítima. El Tribunal Constitucional establece que la finalidad de acabar con una discriminación o desventaja existente puede ser un argumento justificador de las diferencias de trato<sup>17</sup>. Es preciso que dicha discriminación se produzca en un ámbito en el que existe una situación real de desventaja efectivamente y que la medida diferenciadora sea adecuada para la corrección de la misma, así lo establece la STC 128/1987, de 16 de julio. Por ejemplo: la exención de tasas universitarias a las personas con discapacidad. Sin embargo, también hay que decir que no toda medida en favor de las personas con discapacidad puede considerarse constitucionalmente legítima por esa sola razón; cito textualmente el pensamiento de Giménez Gluck: *una sociedad ideal nunca será aquella que no diferencie entre las personas con discapacidad y las que no lo son a favor de los primeros, sino todo lo contrario.*

Para concluir, decir que se ofrece una base sólida a través de la Constitución para la protección, junto con la exigibilidad jurídica de la misma, de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

Ahora, en el siguiente punto (IV. Derechos), hablaremos de cuestiones tales como la esterilización no consentida, la participación política, el derecho a la educación inclusiva o la restricción del derecho de sufragio, es decir, restricciones inconstitucionales, como hemos dicho antes.

Tan sólo algunos de los problemas más relevantes, a fin de aportar algo útil, de crear la mejor defensa jurídica posible de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

#### IV. Derechos.

##### 1. Derecho fundamental a la participación política.

---

<sup>17</sup> También lo establece el artículo 5.4 Convención de Derechos de Personas con Discapacidad: *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.*

Resulta evidente la vital importancia que supone la participación política de los ciudadanos, en un sistema político democrático, ya que a través de la misma se construye la voluntad colectiva y las decisiones están dotadas de legitimación.

El derecho a participar es un derecho fundamental, pues es *no sólo un derecho subjetivo individual, de gran importancia para el completo desarrollo de la libertad y la dignidad de la persona, sino también un derecho de enorme valía para la comunidad, pues cumple una función legitimadora imprescindible para el funcionamiento de la democracia*<sup>18</sup>. Además, existe un interés objetivo en el ejercicio de la participación política de la forma más amplia, por lo que impera la necesidad y obligación de los poderes públicos de promover los medios y eliminar los obstáculos; así dice textualmente el artículo 9.2 CE: *facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política*.

Se procurará además la mayor representatividad posible de la pluralidad social, junto con la igualdad entre mujeres y hombres, que establece el principio de *participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones* (artículo 14.4 de la Ley Orgánica de 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

El artículo 2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General establece la titularidad del derecho de sufragio y el 3.1 de la misma establece 3 causas de privación del mismo:

- × condena por sentencia judicial firme a la pena de privación del derecho de sufragio (desde 1995, el CP no contempla esta privación),
- × declaración de incapacidad por sentencia judicial firme, en la que se declare expresamente que no puede ejercer dicho derecho (afectó a cerca de 80.000 personas en las elecciones generales de 2011); y el
- × internamiento en hospital psiquiátrico con autorización judicial, declarándolo también expresamente.

Aunque el Tribunal de los Derechos Humanos admite el margen de apreciación de los Estados a la hora de establecer unas restricciones legítimas del derecho de sufragio, *las condiciones impuestas no pueden impedir la libre expresión del pueblo en la elección del Parlamento; en otras palabras, deben reflejar, y no contradecir, la preocupación*

---

<sup>18</sup> Gálvez Muñoz, Luis, *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*, prólogo de L. López Guerra, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 31.



*por mantener la integridad y efectividad de un procedimiento electoral encaminado a conocer la voluntad popular a través del sufragio universal, pues cualquier alejamiento del principio de sufragio universal conlleva el riesgo de socavar la validez democrática del Parlamento así elegido y de las leyes que promulga.*

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU insta a España a corregir su artículo 3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General ya que es inconciliable de forma radical con el artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: *los Estados Partes se comprometen a asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas.* Las personas con discapacidad deben pertenecer a la parte activa de los votantes, no beneficiarse simple y únicamente de las acciones de la colectividad.

El artículo 53 de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad dice: *las personas con discapacidad podrán ejercer el derecho de participación en la vida política y en los procesos electorales en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos,* totalmente en contradicción con el artículo 3.1 de la Ley Orgánica Régimen Electoral General.

Se necesita la derogación del artículo 3 de la Ley Orgánica Régimen Electoral General, ya que vulnera el artículo 23.1 CE y el 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Además de cambios en la dimensión institucional del derecho a la participación política, tales como la accesibilidad física de los espacios electorales o la asistencia a las personas con discapacidad en el momento de la votación.

En primer lugar, respecto a la accesibilidad física, el Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, nos dice claramente, en resumen, que todos los locales electorales deberán ser accesibles, los Ayuntamientos no propondrán locales que no cumplan esta condición, salvo que no exista otro; en este caso, la Junta Electoral adoptará las medidas oportunas para conseguir la garantía de acceso a estas personas durante la jornada electoral. Pues bien, el Informe del Ministerio del Interior de evaluación sobre accesibilidad y procesos

electorales, de 24 de abril de 2012, establecía un total de 1.658 locales electorales no accesibles en España, es decir, un 7'17% del total<sup>19</sup>. En esta materia, se necesita una reforma de la normativa vigente a fin de cumplir con la obligación de asegurar la accesibilidad.

En segundo lugar, respecto a la asistencia en la votación, queremos decir que se les ayude, por ejemplo, a asociar la decisión que han expresado con una papeleta electoral determinada, no que se les sustituya al votar.

Si la participación política representa a la pluralidad social en la medida de lo posible, tal como establece la STC 12/2008, de 29 de enero, fundamento jurídico 5º, como ha dicho el Tribunal Constitucional, *el principio democrático reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados*.

## 2. Trabajo y discapacidad.

La remuneración o el lucro del trabajo es uno de los principales pilares sobre los que se construye la vida humana: para obtener medios de subsistencia, factor de riqueza y producción y para realizarse como personas. Pero, por desgracia, el trabajo se reparte de forma desigual, ya sea por causas educativas, de género, de clase, de edad o derivadas de deficiencias que afectan a las oportunidades para su obtención, mantenimiento o de mayor o menor calidad.

En primer lugar, las Constituciones políticas, en segundo, los Convenios Internacionales y, en tercer lugar, la actividad política de los gobiernos y administraciones públicas, tienen como función corregir esta desigualdad. Corrección, que para que surta efecto, debe ir acompañado de la actuación de la sociedad siguiendo los principios políticos y jurídicos que se plantean; esto es, la corrección debe ir acompañada de un compromiso social activo. Resulta tan importante como el derecho o la voluntad política.

En España nace el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, aprobándose el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y

---

<sup>19</sup> Ministerio del Interior, *Informe de evaluación sobre accesibilidad y procesos electorales*, Madrid, 2012, págs. 23 y 35 - 37.

de su inclusión social (RDL 1/2013)<sup>20</sup>. En el preámbulo establece a las personas con discapacidad como un vulnerable y numeroso grupo que ha sufrido siempre exclusión por parte de la estructura y funcionamiento de la sociedad, lo que provoca la restricción de los derechos básicos y libertades, impidiendo a su vez el desarrollo personal, el disfrute de los servicios disponibles y recursos, además de no dejar que contribuyan al progreso de la sociedad.

Tras estas reflexiones, hemos de decir, que efectivamente, la desigualdad no deriva tanto de las normas jurídicas, sino de la escasa impregnación en los agentes del mundo del trabajo y en el tejido productivo. Podemos diferenciar al menos 6 grandes variantes de eficacia: el cumplimiento, la aplicación, la eficiencia, la efectividad, la movilización, y la eficacia simbólica; en los que hoy día, la legislación básica y únicamente cumple una función expresiva, fijando y manifestando de forma pública ciertos valores y propósitos.

Como hemos visto, nuestra Constitución, en los artículos 14, 9.2 y 49, instaura la inclusión y garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Como consecuencia, en desarrollo de la norma fundamental, aparece la LISMI (Ley de Integración Social de los Minusválidos), la cual realiza cambios muy importantes. Se reservan, por ejemplo, plazas a personas con discapacidad en el acceso a la función pública, garantizando así, a través de esta medida de acción positiva, el derecho reconocido en el artículo 23.2 CE. Lo entiende también de igual manera el Tribunal Constitucional: *constituye un cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2 CE e intenta promocionar la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, lo que en sí mismo no solo no es contrario a la igualdad, sino que la hace posible y efectiva* (STC 269/1994, de 3 de octubre, fundamentos jurídicos 4º y 5º). Una Ley que suprimiera esta consideración habríamos de considerarla anticonstitucional, ya que vulneraría el artículo 9.2 CE, estando relacionado con el 23.2 CE.

Lo mismo diríamos con las empresas privadas, en este caso: artículo 35.1 CE. El Tribunal Constitucional ha definido el derecho al trabajo como *el igual derecho de*

---

<sup>20</sup> BOE nº 289, de diciembre de 2013.

*todos a un determinado puesto de trabajo si cumplen los requisitos necesarios de capacitación (STC 22/1981, de 2 de julio, fundamento jurídico 8º).*

Además de incentivos en la contratación laboral, formar a profesionales y ayudar a crear y mantener el empleo en los centros especiales de trabajo, fomentó que firmasen el Ministerio de Trabajo y el movimiento asociativo, representado por el CERMI, los Acuerdos de 1997 y 2002, mejorando sus oportunidades de empleo; sumándole la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008 - 2012.

Habiendo pasado 2 décadas desde dicha aprobación, continuaron los avances, sobre todo con la promulgación de la LIONDAU (Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad universal de las Personas con Discapacidad). Siendo los saltos definitivos: la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGD).

La Convención dedica el artículo 27 al *trabajo y empleo*:

- ✓ Derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones.
- ✓ Derecho a elegir libremente un trabajo para tener la oportunidad de ganarse la vida.
- ✓ Derecho al trabajo, incluso si adquieres una discapacidad durante el empleo.

Y además se establecen las siguientes medidas:

- Se prohíbe absolutamente la discriminación.
- Se protegen los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones.
- Se asegura que puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, siempre en igualdad de condiciones.
- Acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua.
- Fomentar el empleo y ayudarlas en la búsqueda, obtención, mantenimiento y retorno al mismo.
- Emplear a personas con discapacidad en el sector público.

Por supuesto que estos derechos se encuentran en nuestro derecho positivo, pero aún estamos muy lejos de ser satisfactorios. Sólo hay que echar un vistazo a las denuncias de los Informes elaborados por la Delegación del CERMI para la Convención. En el 2012 se dijo: *En materia de formación y empleo, deben fomentarse "medidas positivas" que palien las desventajas de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. En la actualidad, se observa que muchos cursos formativos, especialmente en aquellos impartidos por empresas privadas, no son accesibles para las personas sordas usuarias de la lengua de signos, ya que no cuentan con la figura del intérprete. Asimismo, es necesario que se concreten las medidas de "ajuste razonable" para la adaptación de puestos de trabajo y la accesibilidad de la empresa, atendiendo así, a los principios generales de igualdad de trato y no discriminación del Estado.*

En el año 2012, 355.500 personas con discapacidad estaban ocupadas (excluyendo las activas que buscan empleo). La tasa de empleo era de 24,5%, es decir, 30 puntos inferior a las personas sin discapacidad. Sin embargo, 176.100 personas con discapacidad estaban en paro, en ese mismo año; superando en 6,2 puntos a la población sin discapacidad.

Aún así, en la disposición de empleos para personas con discapacidad, influyen muchos otros factores, más bien barreras: prejuicios basados en percepciones falsas sobre su capacidad, salud y productividad; falta o insuficiente adaptación del lugar de trabajo (aunque sea una obligación de la CDPD), y la compatibilidad entre actividades remuneradas y prestaciones o pensiones. Deberían de tenerse en cuenta estos factores por una política razonable.

Las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social son consideradas incentivos a la contratación laboral. Si son a cargo de las empresas que tienen como objeto contratar a personas con discapacidad fundamentalmente son reguladas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, mejorando el crecimiento y el empleo (LCE). Se bonifica: contratos indefinidos, contratos de fomento de empleo, si se transforma de fomento de empleo a indefinido. El importe de la bonificación varía:

- Dependiendo de la severidad (65%),
- Tipo de discapacidad: intelectual, enfermedad mental, parálisis cerebral,

- Edad: más de 45 años,
- Género: ser mujer.

Por ejemplo: 291€ para un contrato temporal de fomento de empleo; 525€ para un contrato indefinido, mayor de 45 años, discapacidad de 65% o 33% pero que sea una parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual.

Además, 3.906€ será el beneficio por cada contrato indefinido, como subvención, o 900€ por la adaptación del puesto de trabajo y beneficios de carácter fiscal, regulados en la Ley del Impuesto de Sociedades.

En el año 2013, vinculándolo a la lucha contra el desempleo juvenil, se ha apoyado considerablemente el emprendimiento y autoempleo, siendo una prioridad del Gobierno. La creación de empresas, que aumenten los empleos asalariados, se considera también una opción válida para los trabajadores con discapacidad.

Como incentivo mixto, para contratar y mantener el empleo, contamos con el artículo 42 del TRLGD. Las empresas públicas y privadas están obligadas a emplear al 2% al menos como trabajadores con discapacidad. Pueden estar exentas de forma excepcional, siempre y cuando realicen medidas alternativas, como por ejemplo: a través de una asociación de utilidad pública o cualquier fundación que tenga ese mismo objeto sufragar acciones de inserción laboral.

El citado RDL 1/2013 establece las siguientes clases de servicios sociales:

- Servicio de apoyo familiar. Orienta e informa a las familias, apoyo emocional, capacitación y formación.
- Servicios de orientación e información. Informar de las prestaciones y servicios que tienen a su alcance.
- Servicios de prevención de deficiencias e intensificación de discapacidades y promoción de la autonomía personal.
- Servicios de atención domiciliaria. Prestación rehabilitadora, habilitadora, personal y doméstico.
- Servicios de vivienda, ya sea atención residual, viviendas tuteladas u otros alojamientos. Servicios de centros de día y de noche. Atención integral en

periodos de día o noche. Servicios de residencia, centros de día o de noche, viviendas tuteladas.

- Actividades deportivas, culturales, de ocio y tiempo libre.

### 3. Derecho fundamental a la educación.

El artículo 27 CE dice: *1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.* La educación de los niños y niñas con discapacidad se ha llevado a cabo segregándolos. En el curso académico 2012 - 2013, el 80'3% de los alumnos que requerían necesidades educativas especiales estudian en centros ordinarios, mientras que un 19'7% siguen en educación especial<sup>21</sup>.

El artículo 24 CDPD dice que *los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, y el párrafo 2º: al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que:*

- a. Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad;*
- b. Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan.*

El 19 de octubre de 2011 España fue felicitada por el Comité Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, por los principios contenidos en la legislación educativa y los logros alcanzados en cuanto a porcentaje de alumnos en educación ordinaria. Sin embargo, mostró preocupación por los siguientes aspectos:

- × Aplicación práctica de las leyes.
- × Continúa la segregación y exclusión aduciendo argumentos económicos para justificar la discriminación.

---

<sup>21</sup> CERMI, *Derechos humanos y discapacidad, Informe España 2014*, págs. 83 - 84.

- × Matriculación en colegios de educación especial contra la voluntad de los padres.
- × Las administraciones educativas autonómicas ignoran la Convención.
- × Reclama mayor celeridad en la resolución judicial de estas cuestiones.

¿El derecho fundamental del artículo 27 CE contiene un derecho a la educación inclusiva para los niños y niñas con discapacidad? ¿Supone una discriminación la educación separada?

Podríamos considerar, siguiendo esta línea argumentativa, que también constituye una actuación discriminatoria la educación separada por razón de sexo. Podríamos decir que cualquier separación en servicios para personas de diferentes "categorías", basándola en el artículo 14 CE, sería objeto de sospecha de producir una discriminación, aunque sean iguales en calidad. Y por esa misma razón, si son iguales de calidad, ¿por qué separamos a las personas? (Salvo que exista un motivo específico, como veremos a continuación). Nuestro Tribunal Constitucional se pronuncia diciendo: *las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio de parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica* (STC 182/2005, de 4 de julio, fundamento jurídico 3º).

Que se sospeche que puedan producir una discriminación, no significa que lo hagan, ya que pueden existir motivos por los que se justifique. Algunos autores demuestran mejores resultados en la educación especial que en la inclusiva de las niñas y niños con ciertos tipos de discapacidad. El derecho a una educación de calidad puede ser perfectamente una justificación para la educación especial, sin ser intrínsecamente discriminatoria; incluso si se lleva a cabo con fondos públicos.

Ahora, aunque no sea discriminatoria, como hemos dicho, una educación "diferenciada", vamos a diferenciar la educación especial y la educación inclusiva, siendo ésta última más idónea para alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad (artículo 26.2 DUDH, 13.1 PIDESC) y el libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE), ¿por qué?



- En primer lugar, porque la educación inclusiva mejora la autoestima de las personas con discapacidad al estar en el mismo entorno que los alumnos sin discapacidad, puede provocar un sentimiento de inferioridad.
- En segundo lugar, porque acabaríamos con los prejuicios sociales frente a las personas con discapacidad.
- En tercer lugar, porque se potenciarían las habilidades sociales y comunicativas de las personas con discapacidad al encontrarse con niños y niñas de características diversas y diferentes niveles académicos; sin embargo, en el caso contrario contarían con dificultades a la hora de adquirir comportamientos adecuados de carácter social.
- En cuarto lugar, porque las personas con discapacidad tendrían mayores expectativas y unos estándares más elevados, mejorando a su vez las posibilidades futuras de inserción laboral.
- En quinto y último lugar, mejoraríamos la calidad de todo el proceso educativo: los profesores, sobre todo, además de todos aquellos que participan en la tarea docente, tendrían que esforzarse aún más.

La educación inclusiva alcanza el pleno desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, logra adecuadamente la finalidad constitucional prevista por el artículo 27.2 CE, ofrece mejores herramientas y mayores habilidades y conocimientos para que ejerzan su propia libertad, además de ser autónomos en el mayor grado posible.

En definitiva, se debería ofrecer esta única modalidad: educación inclusiva, no la doble modalidad de centros ordinarios/educación especial que permite hoy día el artículo 74.1 LOE (Ley Orgánica de Educación). ¿A quién corresponde, entonces, la elección entre un modelo u otro?

El apartado 3 del artículo 27 CE reconoce el derecho a elegir la formación moral y religiosa más acorde a sus propias convicciones a los padres. La doctrina interpreta este precepto diciendo que debe extenderse *el contenido del derecho de los padres a elegir el modelo educativo que desean para sus hijos más allá de la opción por una formación*

*religiosa y moral*, es decir, incluiríamos, por ejemplo, el poder elegir entre diversos modelos pedagógicos.

En conclusión, afirmamos que a los padres les corresponde dicha elección pero tal y como argumenta nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 10/2014, de 27 de enero, abordamos una nueva cuestión: necesitamos realizar una serie de ajustes garantizando así una auténtica educación inclusiva.

Hablamos de adaptaciones, medidas de apoyo necesarias para que se aproveche de forma plena las oportunidades educativas. Así establece el artículo 24.2 CDPD en sus apartados c y e: *se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales / se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas*.

Destacar la citada STC 10/2014, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2009. La primera de ellas entiende que los niños con trastorno del espectro autista sufrieron vulneración en sus derechos porque el Aula de Comunicación y Lenguaje de un Colegio público no contaba con los medios materiales y personales adecuados, en concreto, profesores sin cualificación ni formación específicas. Los niños con trastorno del espectro autista (TEA) *se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades* (fundamento jurídico 8º). La última de las sentencias considera un ajuste razonable que a un estudiante universitario con discapacidad se le exonere de los requisitos necesarios de una beca, garantizando así la no discriminación de las personas con discapacidad en su derecho a acceder a la educación superior.

En virtud de estas 3 sentencias y del artículo 27 CE, decimos que los poderes públicos están obligados a adoptar todas y cada una de las medidas que se precisen a fin de lograr que las personas con discapacidad reciban la más adecuada educación, en igualdad de condiciones, cualquiera que sea su exacta naturaleza jurídica.

Entonces, recapitulemos las consecuencias del artículo 27 CE: Mientras haya dos sistemas en los que se pueda elegir, corresponderá la escolarización a los padres. Sin embargo, el sistema educativo público deberá estar enfocado a conseguir un único modelo educativo (educación inclusiva), ya que es el mejor para que desarrollen plena y libremente su personalidad. Por su parte, están obligadas las Administraciones Públicas

a adoptar los ajustes y medidas de apoyo precisas. Y por último, en los casos que haya educación separada, no debemos considerarla intrínsecamente discriminatoria: podrán continuar existiendo centros de educación especial de titulación privada.

Ahora, vamos a proceder al análisis de la legislación universitaria española ante la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>22</sup>. El apartado 1 del artículo 24 CDPD establece que *los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a:*

- a. Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;*
- b. Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;*
- c. Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre<sup>23</sup>.*

Queremos realizar una valoración sobre nuestra legislación, y si efectivamente cumple las exigencias de la Convención de las Naciones Unidas.

En nuestro marco legislativo, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades<sup>24</sup>, en un primer momento, tan sólo contaba con un artículo, el 46, en el que preveía derechos y deberes de los estudiantes, en líneas generales, que después serían desarrollados por los Estatutos y normas organizativas y de funcionamiento. Por otro lado, nos encontramos también con su disposición adicional 24<sup>a</sup>, la cual integraba a

---

<sup>22</sup> Alberto Muñoz Fernández, Profesor Contratado Doctor. Facultad de Derecho, Universidad de Navarra. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, De los Derechos a los Hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>23</sup> Artículo 24.1 CDPD.

<sup>24</sup> Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE nº 307, de 24 de diciembre).

los estudiantes con discapacidad en las Universidades. Fue verdaderamente modificada. Se instaura la obligación a las Universidades de garantizar *la igualdad de oportunidades de los estudiantes y demás miembros de la comunidad universitaria con discapacidad, proscribiendo cualquier forma de discriminación y estableciendo medidas de acción positiva tendentes a asegurar su participación plena y efectiva en el ámbito universitario.*

La disposición adicional misma dispone: *los estudiantes y los demás miembros con discapacidad de la comunidad universitaria no podrán ser discriminados por razón de su discapacidad ni directa ni indirectamente en el acceso, el ingreso, la permanencia y el ejercicio de los títulos académicos y de otra clase que tengan reconocidos.*

Además, las Universidades *promoverán acciones para favorecer que todos los miembros de la comunidad universitaria que presenten necesidades especiales o particulares asociadas a la discapacidad dispongan de los medios, apoyos y recursos que aseguren la igualdad real y efectiva de oportunidades, en relación con los demás componentes de la comunidad universitaria.*

Recordar la accesibilidad de los entornos universitarios, de acuerdo con las condiciones y plazos establecidos por la LIONDAU.

Económicamente, las personas con discapacidad<sup>25</sup> tendrán *derecho a la exención total de tasas y precios públicos en los estudios conducentes a la obtención de un título universitario.*

Igualmente, la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, introdujo modificaciones muy importantes en relación con los derechos de las personas con discapacidad.

El Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, recoge la normativa estatal sobre acceso y admisión a la universidad, estableciendo las condiciones para su acceso, es decir, los principios de accesibilidad universal y diseño para todos.

Otro punto, que me parece muy importante a tratar, es la accesibilidad de las personas con discapacidad a centros o empresas que tengan acuerdos de prácticas con las

---

<sup>25</sup> Atendiendo al artículo 30 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, se consideran estudiantes con discapacidad los recogidos en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

Universidades. Aspecto desarrollado por el Real Decreto 1797/2011, de 18 de noviembre, que regula las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. La evaluación de los estudiantes con discapacidad puede llegar a ser delicada, y muchos profesores no saben cómo actuar. El Real Decreto exige que se adapten las pruebas de evaluación a las necesidades de cada uno de los estudiantes con discapacidad, de manera personal e individual, procediendo además a las adaptaciones pertinentes metodológicas, temporales y espaciales<sup>26</sup>. Además de facilitar la accesibilidad a las calificaciones y revisiones<sup>27</sup>. El artículo 40.2 EEU señala que se aplicará el principio de progresividad en programas de becas y ayudas.

Deberá procurarse un adecuado transporte adaptado, junto con un servicio especializado para la atención de las necesidades de las personas con discapacidad. Velar asimismo por el derecho a la información y los medios electrónicos de enseñanza<sup>28</sup>.

Para finalizar, decir que sí, efectivamente la normativa española se adecúa a las exigencias de la Convención, aunque todavía haya que modificar aspectos tales como por ejemplo: entornos arquitectónicos o aulas, a fin de alcanzar la accesibilidad universal. Si queremos la inclusión de las personas con discapacidad en las Universidades, lo más importante sería cuidar las etapas educativas anteriores facilitando así el recorrido.

#### 4. Integridad física y Esterilización forzosa.

Respecto a la evolución normativa de la esterilización forzosa de las personas con discapacidad, desde la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, la ampara a solicitud de sus padres o representantes legales; añadió un inciso al artículo 428 del Código penal (en adelante, CP) que estaba vigente. El Tribunal Constitucional se mostró favorable en la STC 215/1994, de 14 de julio. En 1995, se modifica el artículo 156 CP. No veríamos un cambio sustancial en esta materia hasta la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

---

<sup>26</sup> Artículo 26 del Estatuto del Estudiante Universitario.

<sup>27</sup> Artículo 29.2 y 30.2 del Estatuto del Estudiante Universitario.

<sup>28</sup> Artículos 65.5, 65.6, 65.7 y 65.8 EEU.

A pesar de la evolución que acabamos de comentar, en ningún momento la ubicación sistemática de la regulación jurídica es distinta. Sigue perteneciendo al contexto de la regulación del consentimiento en los delitos de lesiones, es decir, en el Código penal, cuando quizá debería de ser contemplada más bien en la legislación civil. El artículo 155 CP establece: *En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.* Es decir, no es una eximente de responsabilidad, pero sí de reducción de la pena; regla general de la irrelevancia del consentimiento. El artículo 156 CP establece una excepción en su primer párrafo: *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

La esterilización no consentida de personas con discapacidad es una excepción a la excepción. Antes se permitía en los casos de una *grave deficiencia psíquica* sin su consentimiento, habiendo sido autorizado por el juez, *a petición del representante del incapaz, oído el dictamen de 2 especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.* En la citada sentencia de 1994, la nueva regulación de 1995 introdujo algunos cambios:

- Sólo podrá aplicarse a incapacitados declarados como tal judicialmente.
- El Juez decidirá siempre teniendo como criterio rector el interés del incapaz.
- Y por último, respecto al procedimiento a seguir, podrá hacerse bien en el mismo procedimiento de incapacitación o en un expediente de jurisdicción voluntaria tramitado con posterioridad.

La reforma de 2015 restringe notablemente la posible aplicación de la esterilización no consentida. Sólo será posible la esterilización sin el consentimiento del sujeto pasivo *en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos*

*excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil*<sup>29</sup>. Ya no hablamos de la existencia de una discapacidad psíquica, ni de una declaración judicial de incapacidad, sino que la persona en cuestión entienda que con esta intervención no podrá tener hijos y manifieste si está de acuerdo con que esto suceda o no.

Como nos dice García Álvarez: *una persona incapacitada o afectada por una deficiencia mental que pueda comprender mínimamente el significado de la maternidad/paternidad y de las prácticas esterilizadoras y no quiera ser esterilizada no podrá ser esterilizada...; si una persona incapacitada o afectada por una deficiencia mental puede comprender, aunque sea mínimamente, el significado de la maternidad/paternidad y de las prácticas esterilizadoras, dicha persona podrá consentir válidamente tal práctica*. Implica que la mayoría de esterilizaciones (sobre todo mujeres con síndrome de Down) no podrían haber sido practicadas conforme a la nueva regulación legal. Por ejemplo:

La Audiencia Provincial de Girona, el 19 de junio de 2009, acordó la esterilización de una persona con déficit cognitivo. Las personas con discapacidad cognitiva tendrían dificultades principalmente en el desarrollo de la inteligencia verbal y matemática, mientras que en la mayoría de casos podría conservar sus demás inteligencias intactas, tales como la artística o la musical. *Se autoriza la medida porque uno de los dictámenes médicos dice: tiene una considerable dificultad para entender y comprender los aspectos básicos de la trascendencia de una relación sexual y de las posibilidades de una concepción, que es incapaz de desarrollar de forma coherente el ejercicio de la maternidad responsable y que no podría educar y cuidar de sus hijos de forma socialmente deseable; es decir, una persona con discapacidad sufre la exigencia de cualidades que desde luego no sufren los demás, esto es, personas sin discapacidad.*

Por otro lado, la Audiencia Provincial de Oviedo, el 14 de febrero de 2000, autoriza la esterilización de una persona de 22 años con retraso mental leve y un grado de discapacidad del 35%, cuyos dictámenes médicos dicen: *está descubriendo el sexo de*

---

<sup>29</sup> Artículo 156 CP, segundo párrafo.

*forma instintiva, pueril y confusa e ignora qué tipo de relaciones son necesarias para quedarse embarazada.* Está claro que en el momento de la sentencia podrían faltar aptitudes para prestar el consentimiento, pero también es cierto que esta carencia no es permanente y que quizá pudiese remediarse en el futuro.

La nueva regulación supone un gran avance si se aplica correctamente por los Tribunales. Ahora, ¿la normativa actual respeta los derechos fundamentales adecuadamente o siguen siendo vulnerados?

La esterilización no consentida de forma expresa, efectivamente, constituye una vulneración del derecho fundamental a la integridad física, incluso en casos donde no puedan prestar el consentimiento, salvo que la finalidad sea la protección de la salud del sujeto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dice que *la esterilización constituye una grave invasión de la integridad física, en la medida en que priva de la capacidad reproductiva;* y además la califica de *trato inhumano o degradante*, en el sentido del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostienen que las restricciones de los derechos fundamentales son lícitas si son aptas para realizar otros fines constitucionales y satisfacen las exigencias del juicio de proporcionalidad: adecuación a fin, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, como señala Sastre Campo con acierto: *no podemos hablar de proteger a la persona con discapacidad ni velar por su propio interés cuando el resultado sea la limitación de sus derechos.*

Para terminar, concluir haciendo las siguientes precisiones del juicio de inconstitucionalidad del artículo 156 CP.

En primer lugar, el 2º párrafo del citado artículo supone una discriminación por razón de discapacidad, ya que permite que se aplica a personas con discapacidad sin su consentimiento exclusivamente y no a otras. Evitar que puedan tener hijos porque no puedan cumplir con los deberes de asistencia propios mediante la esterilización resulta desproporcionado ya que existen otros cauces menos gravosos con los que podemos alcanzar ese mismo objetivo. Y en segundo lugar, añadir que el artículo 156 CP vulnera la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en concreto el artículo 23.1.c): los poderes públicos cuentan con la obligación de asegurar que *las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en*



*igualdad de condiciones con las demás*. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU instó a España a que *suprima la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente*<sup>30</sup>. El Código penal de 2015 no da respuesta, aunque lo sujete a condiciones más estrictas, sigue pudiéndose practicar en nuestro país la esterilización sin el consentimiento del sujeto pasivo.

#### 5. Acceso a la justicia.

Habiendo ratificado, el 23 de noviembre de 2007, España la Convención, como hemos comentado anteriormente, y en virtud del artículo 96.1 CE, influye con muchísima trascendencia a la Constitución, es decir, conforme al artículo 10.2 CE, comprenderemos los distintos Capítulos y Secciones del Título I de la Constitución a través de la Convención, así como los derechos sociales recogidos en el Capítulo III: *Principios rectores de la política social y económica* (derecho al trabajo, derecho a la salud, acceso a la cultura, protección de la familia, protección social, entre otros, y muy especial también el artículo 49 CE).

La persona con discapacidad forma parte del contexto social y es sujeto apto para desenvolverse en todas y cada uno de los ámbitos, ya sea social, político o económico, como sujeto necesario y útil para la sociedad, formalizando así su vida independiente. El sistema de garantía y eficacia de los derechos de la Convención, en su tutela judicial efectiva, tiene especial importancia, a través de los derechos al igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12) y acceso a la justicia (artículo 13). Mención muy especial e importante al Ministerio Fiscal, defensor en la protección de los derechos humanos de las personas más vulnerables, interviene en todos los procesos de capacidad, vigilancia y control de los mecanismos de apoyo.

---

<sup>30</sup> Informe de Observaciones Finales a España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 23 de septiembre de 2011, núm. 38; en CERMI, Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2011, pág. 132.

Vamos a tratar la legislación relativa a su actividad en el proceso y a su capacitación especializada y organización (arts. 12, 13 de la Convención).

Respecto a la legislación, la Fiscalía, atendiendo a la Convención, se interesa por su aplicación en todas aquellas intervenciones que necesiten de interpretación, o comparación, logrando, o al menos, intentando, el mejor encaje normativo posible en los principios de la Convención. Destacamos la sentencia de 29 de abril de 2009, donde intervino la Fiscalía del Tribunal Supremo ante la Sala I, donde por primera vez se interpretó conforme a la Convención de Nueva York de 2006. En la Instrucción 4/2008, sobre *Control y vigilancia de las tutelas de personas con discapacidad*, expresa la oportunidad de reformar ciertas leyes a fin de asegurar, proteger y promover el goce y las condiciones igualitarias de las personas con discapacidad, continuándolo las Instrucciones de la Fiscalía 4/2009, *sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*.

Sin embargo, sigue pendiente la modificación de importantes instituciones del Código Civil, como por ejemplo, la tutela o el internamiento involuntaria en la LEC, o armonizar las legislaciones autonómicas, en esta materia tan sensible.

Por otro lado, el artículo 13.2 de la Convención, habla sobre la capacitación y especialización adecuada del personal de la Administración de Justicia. Desde la Fiscalía General de las Fiscalías de Sala Especializadas en materias relevantes, se hizo constar la carencia de una especialización en la protección de personas con discapacidad, además de mayores. Se creó y reguló la protección de las personas mayores, pero nada se hizo respecto a las personas con discapacidad.

Esta Fiscalía Especializada debería de encargarse de todas las funciones que realizan diversos órganos, como por ejemplo:

- La Coordinación de los Servicios Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad de las Fiscalías de las Audiencias Provinciales.
- La Delegación en cumplimiento de los respectivos Convenios con el CERMI y con Aequitas.
- Las Jornadas y Foros de debate organizados por las Asociaciones y Fundaciones representantes de las personas con discapacidad.
- El Real Patronato de la Discapacidad.

- El Comité de Apoyo del CERMI.

La Convención se refiere al acceso a la justicia en los artículos siguientes. El artículo 13: *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.*

El apartado 2 de dicho artículo establece que para dotar del seguro acceso efectivo a la justicia de las personas con discapacidad, será necesaria la colaboración de los Estados Parte, promoviendo la capacitación adecuada de los trabajadores de la administración de justicia, además del personal policial y penitenciario, junto con los trabajadores sociales (art. 4.1.).

## V. Retos pendientes.

### 1. Principales vulneraciones.

Desde el año 2000 que comenzó el servicio del CERMI, ha contabilizado las vulneraciones de derechos donde se producen de forma habitual, además de los focos más propensos. Generalmente se centran: en el acceso a la educación, prestaciones socioeconómicas, empleo, edificación (sobre todo la Ley de Propiedad Horizontal), transporte, relaciones con la Administración... Destacan las consultas en el ámbito de la Seguridad Social (30,28%, en 2012, y al año siguiente 22,51%) y el laboral (16,72%, 2012, y, 2013, 9,95%).

Destacamos ahora algunas de las muchas cuestiones que la asesoría jurídica detecta como situaciones discriminatorias o donde se producen vulneraciones:

- Falta de accesibilidad en los edificios sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal, en administraciones públicas.

- Acceso al empleo público, reserva tanto en lo público como privado.
- Discriminación en el transporte, en el público pero especialmente destacar las discriminaciones sufridas en el transporte aéreo.
- En la educación en todos sus niveles.

## 2. Asignaturas pendientes: asistencia personal.

ASPAYM-Madrid es la Asociación de Paraplégicos y Personas con Gran Discapacidad Física de la Comunidad de Madrid, representando el colectivo de Personas con Lesión Medular. A su vez, es una Entidad Pública a nivel estatal, por Orden Ministerial de 8 de junio de 2004 (BOE de 22 julio). Se encarga de la promoción y fomento de aquellas acciones que se encargan de la mejora de la calidad de vida de las personas con lesión medular y gran discapacidad física.

Los principios de calidad de vida son los mismos entre personas con o sin discapacidad, ésta aumenta cuando ellas perciben que pueden tomar decisiones que afectan a sus vidas.

La CDPD, en su artículo 19 dice: *Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la Comunidad; la asistencia persona debe ser tanta como sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la Comunidad* (ONU, 2006).

La figura del Asistente Personal nace en un movimiento social en los años 60 en Estados Unidos (Universidad de Berkeley), Movimiento de Vida Independiente, impulsado por un grupo de personas con discapacidad las cuales necesitaban dicha asistencia personal para realizar sus actividades diarias. Su lucha quería conseguir que las personas con discapacidad saliesen de los hospitales e instituciones, incluso de sus casas, a fin de vivir y participar en la comunidad; llevándolo a cabo organizaciones civiles, asociaciones de veteranos de guerra y universidades<sup>31</sup>.

La realidad es que, a 31 de marzo de 2014, según las estadísticas del Sistema de Atención a la Dependencia (SAAD), es que 1.601 personas reciben la prestación

---

<sup>31</sup> Miguel Ángel García Oca, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, De los Derechos a los Hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

económica de Asistencia Personal, significando un minúsculo 0,17% del total reconocido. Destacar que 1.395 son reconocidas en el País Vasco<sup>32</sup>.

Con el informe *Implantación de los Servicios de Asistencia Personal en iniciativas avanzadas de nuestro entorno: extrapolación a la CAM* (Bascones & Guzmán, 2012), comparamos nuestra realidad con la de otros países, como por ejemplo, Suecia, Noruega, Finlandia, Reino Unido e Irlanda, analizando los datos de población frente a los usuarios de Asistencia Personal. Por cada 100.000 habitantes oscilan los 169 usuarios de Asistencia Personal en el caso de Suecia y 30, Reino Unido. Siendo aplicados estos datos, en Madrid debería haber entre 2.000 - 11.000 usuarios de Asistencia Personal.

Podemos ver, claramente, que no se ha implementado de forma adecuada. ¿Por qué? Podría ser porque: en primer lugar, es insuficiente la cuantía de la prestación reconocida o, en segundo lugar, porque quizás, no se ha desarrollado correctamente la figura, lo que dificulta su acceso; o también, en tercer lugar, porque no se haya dado a conocer lo suficiente.

Frente a esto, ASPAYM-Madrid gestiona desde julio del año 2006 una Oficina de Vida Independiente (OVI), la primera de España. Es financiada de forma plena por la Dirección General de Servicios Sociales. El principal objetivo es el SAP, *Servicios de Asistencia Personal*, servicios autogestionados: la persona con discapacidad selecciona a su Asistente Personal, la forma, tareas y horarios, además de las horas realmente necesitadas. Se pretende conseguir la independencia de la persona con discapacidad, es decir, una vida activa y autodeterminada.

Actualmente participan en la Oficina de Vida Independiente, en total, 59 personas con discapacidad (31 varones y 28 mujeres), teniendo como plantilla 120 - 130 Asistentes Personales. 11h/día como máximo de horas durante los 365 días del año, por participante, salvo casos excepcionales, estudiando esas necesidades individuales.

---

<sup>32</sup> Datos del SAAD. Disponibles en la web [http://www.dependencia.imserso.es/dependencia\\_01/estadisticas/datos\\_estadisticos\\_saad/index.htm](http://www.dependencia.imserso.es/dependencia_01/estadisticas/datos_estadisticos_saad/index.htm)

3. Uso de la terminología en referencia a las personas con diversidad funcional física en la prensa.

Tanto en el espacio político, legislativo, educativo, social, laboral como en el actitudinal, se ha construido poco a poco, a lo largo de los años, la imagen de la diversidad funcional; pero hay que destacar también, en este proceso, el papel muy importante que juegan los medios de comunicación.

Vamos a analizar las noticias de ABC y El País, entre 1978 - 2012. La palabra *minusválidos* es la más usada, seguida de *discapacitados* y *disminuidos*. En los años 80 y 90 se utilizaba la palabra *minusválidos* frecuentemente, cae de forma considerable a partir del 2000; utilizándose a partir de entonces *discapacitados/discapacidad*. El País es el primero en usarla en 1994: *Los discapacitados reclaman más ayuda y trabajo* (04/02/1994).

Efectivamente se produce un cambio en los usos terminológicos en la prensa española. Esta revisión era totalmente necesaria para no dar una imagen inexacta de la diversidad funcional. Ahora generalmente se usa el término *discapacidad* (*discapacitados*, *personas discapacitadas* o *con discapacidad*). La sustantivación lo único que provoca es que la persona quede por debajo de esa condición de *discapacidad*. Se recomienda que no sustantivemos los adjetivos, evitar por encima de todo menospreciarlos por su condición. La propia Convención Internacional en el preámbulo reconoce: *la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones*.

4. ¿Cuáles pueden ser los obstáculos que impiden una verdadera perspectiva de la Convención?

La sociedad en su conjunto<sup>33</sup> es responsable de las situaciones de la *discapacidad*, según la Convención ya que ponen obstáculos impidiendo así ejercitar las personas con deficiencia sus derechos, porque son "diversas".

---

<sup>33</sup> El artículo 1 la define como el resultado de la existencia de una deficiencia permanente y las barreras que obstaculizan el pleno disfrute de derechos en igualdad de condiciones.

Sería apropiado un mayor número de campañas de sensibilización ciudadana para que la sociedad conociese y adoptase el enfoque del modelo social, alcanzado así, de una forma más eficaz, los fines de la Convención<sup>34</sup>.

La misma establece en su artículo 5: 2. *Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles... sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.* Es decir, que se prioricen adecuadamente las políticas públicas.

En el Preámbulo de la Convención se recoge lo siguiente: *las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente.* El artículo 4.3 a su vez dice: *En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.*

## VI. Conclusión.

- I. Las personas con discapacidad son seres humanos y siguen sin gozar, ni por asomo, de los derechos homónimos. La comunidad política continúa en su negativa de admitir que la circunstancia de la discapacidad fomenta la diversidad humana, mejorando y ampliando el medio; y lo que admite, lo hace con mil reticencias.

---

<sup>34</sup> Ana Sastre Campo, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, De los Derechos a los Hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Las políticas han de estar inspiradas, como hemos dicho en diversas ocasiones, en principios y valores fundamentales como la dignidad humana, la solidaridad, integración social y libertad individual.

El concepto social de la discapacidad debe dejar de ser un concepto jurídico indeterminado y establecerse en el sentido de forma especial de ejercer la capacidad. Vida autónoma y no vida independiente, todos dependemos de alguna u otra manera; es decir, ejercer sus derechos individuales sin barreras discriminatorias. Accesibilidad universal; no construyendo ciudades pensando únicamente en las personas con discapacidad, sino que esté asegurada la autonomía personal de las mismas.

- II. Sería necesario llevar a cabo reformas legislativas a fin de acabar con las "leyes especiales", y que estas "situaciones especiales" sean reguladas dentro de las leyes generales, legislando *para todos*, conociendo profundamente los supuestos fácticos, interviniendo de la mayor forma posible en su elaboración las personas con discapacidad; logrando así eliminar las barreras discriminatorias que tan presentes se encuentran en nuestra sociedad, a través de la adopción de medidas de acción positiva.
- III. También acabar con las limitaciones a la autonomía de las personas con discapacidad. Hablamos de la dependencia física, ideológica o emocional de las personas, instituciones u organizaciones de las que dependen, el excesivo control de su economía, la manipulación ideológica o emocional, o por ejemplo, su respectivo aislamiento.
- IV. El papel social de la familia, como núcleo básico y humano de integración social de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos y del desarrollo personal, sería preciso que fuese potenciado. Teniendo como consecuencia la exigencia de mayores y mejores apoyos, y sobre todo, como hemos dicho, del respaldo legislativo.
- V. Si uno de nuestros valores fundamentales y por los que pretendemos que seamos caracterizados, es la solidaridad, debemos proteger intensamente a las personas más vulnerables, no siendo incapacitadas legalmente, sino que se encuentran en



situaciones de dependencia o capacidad límite, por lo que necesitan ayuda, a fin de superar ese aislamiento personal y social.

- VI. El profesor Stephen W. Hawking dijo *"La discapacidad no debería ser un obstáculo para el éxito. Con los apoyos necesarios se puede vivir una vida digna de ser vivida. Tenemos el deber moral de eliminar los obstáculos a la participación e invertir fondos y conocimientos suficientes para liberar el inmenso potencial de las personas con discapacidad."*

## BIBLIOGRAFÍA

ASÍS ROIG, R., (2015). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, De los Derechos a los Hechos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ASÍS ROIG, R., (2013). *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid: Dykinson.

ASÍS ROIG, R., PALACIOS, A., (2007). *Derechos Humanos y situaciones de dependencia*, Madrid: Dykinson.

CUENCA GÓMEZ, P., (2012). *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*. Madrid: Universidad de Alcalá de Henares.

FERNÁNDEZ, E., (1984). *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate.

GÁLVEZ MUÑOZ, L., (2009). *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA OCA, M. A., (2015). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, De los Derechos a los Hechos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

LIDÓN HERAS, L., (2016). *La discapacidad en el espejo y en el cristal: derechos humanos, discapacidad y toma de conciencia, artículo 8 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, un camino previo por recorrer*. España: Editorial Universitaria Ramón Areces.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., (2015). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, De los Derechos a los Hechos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PALACIOS, A., BARIFFI, F., (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos, Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca.

## PRENSA, ARTÍCULOS

Europa Press, «Fiscalía investiga si delinquiró el hotel que rechazó alojar a jóvenes con síndrome de Down», *Europa Press*, edición digital, 17/05/2013.

Europa Press, «Fiscalía pide inhabilitar a responsables del hotel que negó alojar a jóvenes con Down», 23/12/2014.

## LEGISLACIÓN

CERMI, *Derechos humanos y discapacidad, Informe España 2014*.

CÓDIGO PENAL.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

CONVENCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A PERSONAS CON DEPENDENCIA.

LEY ORGÁNICA DE 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES.

LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL.

LEY ORGÁNICA 6/2001, DE 21 DE DICIEMBRE, DE UNIVERSIDADES (BOE N° 307, DE 24 DE DICIEMBRE).

MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe de evaluación sobre accesibilidad y procesos electorales*, Madrid, 2012, págs. 23 y 35 - 37.