

INICIACIÓN A LOS DERECHOS Y A LA DEFENSA LEGAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

CURSO BÁSICO

Luis Cayo Pérez Bueno



Colección
Convención ONU

25 
AÑOS **erMI**

COMITÉ ESPAÑOL
DE REPRESENTANTES
DE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD

 FUNDACIÓN
Derecho
DISCAPACIDAD


ediciones
cinca



Colección
Convención ONU

INICIACIÓN A LOS DERECHOS
Y A LA DEFENSA LEGAL DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD



Ediciones Cinca



Colección Convención ONU
N.º 33

DIRECTORES:

Luis Cayo Pérez Bueno
Gregorio Saravia Méndez

CON EL APOYO DE:



PRIMERA EDICIÓN: septiembre, 2022

© DEL TEXTO: CERMI, 2022

© ILUSTRACIÓN DE CUBIERTA: David de la Fuente Coello, 2022

Reservados todos los derechos.

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

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

DISEÑO DE LA COLECCIÓN:

Juan Vidaurre

**PRODUCCIÓN EDITORIAL,
COORDINACIÓN TÉCNICA
E IMPRESIÓN:**

Grupo Editorial Cinca
c/ General Ibáñez Íbero, 5A
28003 Madrid
Tel.: 91 553 22 72.
grupoeditorial@edicionescinca.com
www.edicionescinca.com

DEPÓSITO LEGAL: M-23616-2022

ISBN: 978-84-18433-55-9



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

INICIACIÓN A LOS DERECHOS Y A LA DEFENSA LEGAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

CURSO BÁSICO

Luis Cayo Pérez Bueno



ÍNDICE

1. LA DISCAPACIDAD COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS	11
a. El hecho social de la discapacidad y su relevancia jurídica	11
b. Acceso y ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad	14
c. Normas jurídicas de referencia	15
d. El marco de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas	15
e. La recepción de la Convención de 2006 en España	18
f. Conclusiones	21
2. PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN JURÍDICAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	23
a. Noción legal de persona con discapacidad	23
b. Normas jurídicas de referencia	25
c. Terminología adecuada	26
d. Igualdad, no discriminación y acción positiva	27
e. Defensa legal de las personas con discapacidad	28
f. Especial consideración de las mujeres y niñas con discapacidad	29
g. Participación y diálogo civil	32
h. Conclusiones	35
3. POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISCAPACIDAD	37
a. Introducción: Las políticas públicas como expresión de la acción positiva que corresponde a los Estados	37
b. Normas jurídicas de referencia	38
c. La consideración oficial de la discapacidad a efectos de políticas y apoyos públicos. La declaración administrativa	39



d. Discapacidad, dependencia, incapacidad laboral e incapacitación judicial. Diferencias y confluencias	45
e. Principales políticas públicas dirigidas a las personas con discapacidad ..	48
f. La accesibilidad universal como presupuesto para el ejercicio de derechos	51
g. Conclusiones	55
4. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO PRIVADO. DE LA LIMITACIÓN A LOS APOYOS PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA	57
a. Introducción	57
b. Normas jurídicas de referencia	60
c. El abordaje tradicional de la capacidad jurídica	60
d. Mandatos del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	62
e. La ruptura de la Ley 8/2021	68
f. Conclusiones	72
5. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO PENAL	75
a. Los roles de las personas con discapacidad en el proceso penal	75
b. Normas jurídicas de referencia	77
c. Las personas con discapacidad como infractoras	77
d. Las personas con discapacidad como víctimas de delitos	81
e. Especial consideración de los delitos de odio contra personas con discapacidad	83
f. Personas con discapacidad reclusas	86
g. Conclusiones	89
6. ACCESO AL EMPLEO E INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD	93
a. Introducción	93
b. Normas jurídicas de referencia	95
c. El sistema de empleo de las personas con discapacidad	95
d. Modalidades de acceso al empleo	98
e. Obligaciones legales y marco de apoyos e incentivos	100
f. Conclusiones	103



7. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. SEGURIDAD SOCIAL, SERVICIOS SOCIALES Y MEDIDAS DE APOYO A LAS FAMILIAS	105
a. Introducción	105
b. Normas jurídicas de referencia	107
c. La protección de las situaciones de discapacidad en el Sistema de Seguridad Social	107
d. La discapacidad en los servicios sociales	110
e. La Autonomía Personal y Atención a la Dependencia	112
f. Medidas de acción positiva en favor de las familias con miembros con discapacidad	116
g. Conclusiones	119
8. LA FISCALIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	121
a. Introducción	121
b. La discapacidad como hecho con relevancia fiscal	122
c. La discapacidad en el sistema fiscal español. Aproximación y principios rectores	124
d. El tratamiento de la discapacidad en el sistema tributario español	128
e. Tendencias de futuro	131
f. Conclusiones	132

1. LA DISCAPACIDAD COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

a. El hecho social de la discapacidad y su relevancia jurídica

Las personas con discapacidad, un 10 por 100 de la población, son en España y en el mundo, todavía, una minoría discreta y aislada, sin que pueda afirmarse que gocen de normalidad cívica, esto es, que participen en plenitud, sin restricciones, exclusiones ni discriminaciones, en todos los órdenes de la vida en comunidad, a partir de haber logrado una posición respetada y respetable de dirección y control de sus propias vidas, de autonomía y de inclusión en el medio social. Tener, presentar una discapacidad castiga vital y socialmente; resta posibilidades, niega o reduce oportunidades, impide el ejercicio regular de los derechos, incluso de los más básicos, y dificulta a veces hasta el extremo el acceso a los bienes sociales de los que participan el resto de componentes de la sociedad.

Las personas con discapacidad, más allá de la discapacidad concreta que concurra en ellas, y de su posición económica y social, por el mero hecho de tener una discapacidad, adolecen de un déficit agravado de ciudadanía. Más pobreza, menos empleo, menores niveles educativos y retributivos, inactividad forzada, segregaciones diversas, niveles de vida no adecuados, dependencia agudizada de instancias ajenas a las propias personas, escaso control sobre sus existencias, negación o disminución de derechos, institucionalización no deseada, imposibilidad de llevar una vida autónoma y de ser incluidas en la co-



munidad, mayor exposición a la violencia y al abuso, sobre todo si son mujeres y niñas, etc., todos estos materiales y muchos más, casi siempre negativos, colman el paisaje vital y social que les ha tocado en suerte.

Ante esta situación, de cuestión pendiente, no resuelta, que no puede postergarse más, se han rebelado, sobre todo a partir del último tercio del siglo XX, las personas con discapacidad, más sus familias, a través del activismo cívico –sociedad civil organizada–, con el objetivo de cambiar el entorno, de transformar de raíz los factores y condiciones –morales, mentales, políticos, sociales, económicos y jurídicos– que permiten ese estado de cosas. La movilización de las propias personas con discapacidad y las que simpatizan con su causa ha sacudido un statu quo insostenible y han señalado un horizonte de cambio profundo y perdurable que pasa por los derechos, la inclusión y el bienestar.

En este proceso de transformación y de generación de nuevas y más favorables condiciones de vida y de ciudadanía, las personas con discapacidad han mirado hacia el Derecho y las Leyes, como elemento esencial de la organización política y social, al ser el instrumento en virtud de cual se ordena y regula la vida en comunidad, reclamando un viraje en su consideración hacia la discapacidad. Se ha pedido al Derecho y se espera de él que no restrinja, sino que promueva, que no trate a las personas con discapacidad con paternalismo, como sujetos pasivos que necesitan dirección y guía, sino que las empodere haciéndolas más fuertes y dotándolas de herramientas y destrezas de autodefensa, más competentes contra la discriminación y las violaciones de derechos. Que el Derecho sea para las personas con discapacidad un aliado y no un contrincante, como ha venido siendo históricamente. Y esto se consigue sólo considerando la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y a las personas con discapacidad como titulares indiscutibles de los mismos.

i. La realidad social de las personas con discapacidad en España: aproximación cuantitativa y cualitativa.

¿De qué hablamos cuando nos referimos a discapacidad, a personas con discapacidad, circunscrito todo ello a España, a nuestro país? Cabe una primera



aproximación, cuantitativa, relativa a las grandes magnitudes estadísticas, para hacernos una idea de lo que este grupo cívico supone. Según las estadísticas oficiales (Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y Dependencia –EDAD– del Instituto Nacional de Estadística, del año 2020, presentada en abril de 2021), en España hay, en cifras gruesa, 4,3 millones de personas con discapacidad, lo que representaba arriba del 9 por 100 de la población del país de ese momento. Entre un 10 y un 15 por 100, es el índice de discapacidad que suele darse en los países avanzados, por lo que España estaría en la parte inferior de esa franja promedio.

Si ahondamos un tanto en esas cifras globales, el 60 por ciento de las personas con discapacidad son mujeres, el subgrupo claramente mayoritario, frente a un 40 por ciento de varones. La discapacidad tiene rostro femenino en nuestro país.

Si nos atenemos a la edad, el 60 por 100 de las personas con discapacidad tienen 65 o más años, cifra en que solía situarse un tanto convencionalmente el inicio de la edad avanzada o de la vejez. La conexión mayor edad/discapacidad es evidente e indica que el envejecimiento de la población trae consigo que sobrevengan más situaciones de discapacidad.

Del total de personas con discapacidad, en fin, 1 millón residían en entornos rurales, no en áreas urbanas de mayor concentración de habitantes, con lo que eso representa de mayores dificultades, pues generalmente el medio rural dispone de menores recursos de atención y apoyo a las personas con discapacidad.

La aproximación cuantitativa, debe complementarse con la cualitativa. ¿Qué condiciones y qué calidad de vida tienen las personas con discapacidad en España? Se tome el índice que se tome, estudio, informe, estadística, indicador, etc., que mida el desarrollo humano y el grado de inclusión y bienestar social, las personas con discapacidad está sistemáticamente en condiciones severamente menos favorables que las personas que no tienen discapacidad. Se calcula que las personas con discapacidad están 1/3 peor, globalmente consi-



deradas, que el resto de población sin discapacidad. Existe una medible exclusión estructural por razón de discapacidad que debe ser revertida por la acción de los poderes públicos, mediante las Leyes y las políticas oficiales, y por toda la comunidad social, que ha de actuar intensa y extensamente para que la inclusión y la participación sea una realidad también para las personas con discapacidad.

b. Acceso y ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad

Lo anterior, es extensible al ámbito del Derecho. También en éste, las personas con discapacidad han estado en estado de precariedad, de menor promoción y protección. El acceso y el ejercicio regular, en condiciones equiparables a las de los demás componentes de la comunidad, a los derechos, no se ha producido o sólo de modo fragmentario o tardío. Se ha encontrado con obstáculos, denegaciones, declaraciones vacías, inaccesibilidad e inusabilidad. Desde un punto de vista legal y jurídico, existe exclusión y el Derecho está llamado a cambiar de mirada sobre la discapacidad, asumiendo un papel activo de promoción y defensa reales de una parte de la diversidad humana hasta ahora desconsiderada o cuando menos, erróneamente atendida.

El desencuentro entre la discapacidad y el Derecho presenta una doble dimensión. La primera, es la normativa, la regulatoria. Las normas que produce el Derecho no han asumido esta realidad con la exigencia propia de ser una cuestión de derechos humanos, sino hasta tiempo muy reciente, y más declarativamente –en el papel– que efectivamente –en la práctica–. Pero, además, en el plano del ejercicio, los entornos jurídicos –procesos, procedimientos, textos, instrumentos, operadores, espacios, canales, soportes, etc.– han sido y son generalizadamente excluyentes, no pensados ni concebidos, no ajustados a la idiosincrasia y a las formas y maneras de conducirse y relacionarse las personas con discapacidad. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 de Naciones Unidas se ha erigido en el punto de ruptura de estos modos y maneras, y ha sentado las bases para un Derecho progresivamente inclusivo.



c. Normas jurídicas de referencia

- * Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, de la Organización de las Naciones Unidas.
- * Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- * Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- * Constitución Española, artículos 9, 10, 14 y 49.
- * Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

d. El marco de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas

El 13 de diciembre de 2006 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la denominada Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Convención, el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, fue el resultado de un largo e intrincado proceso previo, en el que confluieron y participaron variados actores de la escena internacional: Estados miembros de la ONU, Observadores de esta misma Organización multilateral mundial, Cuerpos y Organismos con peso específico en el sistema de la ONU, la Relatoría Especial sobre Discapacidad, las Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias, con relevante presencia española, a través del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). Junto a la Convención propiamente dicha, también se adoptó simultáneamente, complementario de ésta, pero como texto jurídico independiente, el llamado Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece los mecanismos de seguimiento del cumplimiento de la Convención, cuerpo sustantivo, por parte de los Estados parte.



Este nuevo instrumento jurídico ha supuesto notables consecuencias para las personas con discapacidad en todo el mundo, incluida España, y entre las principales se destaca la “visibilidad” de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción irreversible del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas.

El Reino de España firmó y ratificó esta Convención, más su Protocolo facultativo, por lo que desde el 3 de mayo de 2008 este cuerpo normativo internacional forma parte plenamente del ordenamiento jurídico español.

El objeto o propósito de la Convención bajo análisis no es otro que “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”. De este modo, y en aplicación del principio de no discriminación, uno de los objetivos fundamentales de la Convención ha sido, por un lado, adaptar las normas pertinentes de los Tratados de derechos humanos existentes, al contexto específico de la discapacidad. Ello significa el establecimiento de los mecanismos para garantizar el ejercicio de dichos derechos por parte de las personas con discapacidad, sin discriminación y en condiciones de igualdad con el resto de personas. Este tema, sin embargo, fue objeto de debates durante el proceso de elaboración de la Convención. De este modo, el objeto del Tratado podría haber sido diferente. Se podría haber elaborado una Convención que contuviera solamente el desarrollo de derechos sustantivos, como la Convención de Derechos del Niño; o se podría haber elaborado simplemente una Convención que incluyera una serie de prescripciones contra la discriminación, a fin de asegurar el igual tratamiento de manera abstracta, sin referencia a ninguna política o área en particular. Finalmente, la fórmula adoptada en la Convención fue mixta o integral. Un tratado que aborda la protección contra la discriminación, pero que, asimismo, provee de herramientas a fin de que el goce y ejercicio de derechos de las personas con discapacidad no se quede sólo sobre el papel, y resulte aplicable en cada derecho o área particular. De este modo, el tratado



aborda una serie de derechos sustantivos, como el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al empleo, entre otros, pero dichos derechos son abordados desde la perspectiva y desde la fórmula de la no discriminación, utilizando las herramientas del derecho antidiscriminatorio.

El objeto, por tanto, no fue crear nuevos derechos, sino asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en posición de igualdad por las personas con discapacidad. De este modo, se debió identificar, a la hora de regular cada derecho, cuáles eran las necesidades extra que debían garantizarse, para lograr adaptar dichos derechos al contexto específico de la discapacidad. Así, si bien la no discriminación es un principio vital de la Convención, no debe olvidarse que dicho principio interactúa con cada uno de los derechos sustantivos que el instrumento regula.

De este modo, puede afirmarse que la Convención examinada es de naturaleza integral. Ello significa que no se queda en la mera cláusula de no discriminación para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, sino que ahonda más allá, y se propone asegurar el ejercicio de dichos derechos, que en determinadas circunstancias requieren de un refuerzo, con el fin de promover el valor inherente de las personas con discapacidad. De este modo, sumado a la cláusula de no discriminación, y a los fines de garantizar la igualdad de oportunidades, se ha entrado en la sustancia de los derechos. Y ello tiene absoluta lógica, toda vez que no es posible centrarse en la no discriminación sin abordar la sustancia de los derechos en los cuales el principio de no discriminación deberá aplicarse.

i. Apreciación de la Convención de la ONU de 2006.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, es el hecho social, político y legislativo más relevante de los acontecidos en la esfera de las personas con discapacidad en lo que va de siglo, y sus efectos trascendentes está llamados a desplegarse aún por mucho tiempo más. Por fin, ha ocurrido algo, en el plano político, legislativo y jurídicos a la altura de los abrumadores requerimientos de derechos, inclusión y bienestar que reclaman las personas con discapacidad.



Nos ha dotado, la Convención, de arsenal bastante para desencadenar, global y localmente, espirales transformadoras de largo alcance para la mejora de las condiciones de vida y ciudadanía de las personas con discapacidad. Su potencialidad como herramienta de cambio personal y colectivo es enorme, si por el activismo de la discapacidad, como avanzadilla del grupo de interés más interesado y legitimado en su realización, se emplea con convicción e inteligencia, sin desmayo, en toda ocasión y en todo momento.

Por más que la Convención se adjetive como “internacional”, que lo es, no deja de tener una dimensión intensamente nacional, pues sus destinatarios naturales son los Estados, lo sujetos primordiales del Derecho Internacional, que la hayan firmado y ratificado, como es el caso de España. Desde el 3 de mayo de 2008, fecha de su entrada en vigor, este instrumento jurídico internacional de Naciones Unidas es Derecho positivo nacional, se agrega y se integra en el ordenamiento normativo español y sus principios, valores y mandatos son parte insoslayable de su legislación y de su acción pública, incluida la judicial.

e. La recepción de la Convención de 2006 en España

Una vez incorporado y vigente el tratado internacional de la discapacidad, desde el 3 de mayo de 2008, España como Estado parte ha desplegado distintas iniciativas para ir acomodando progresivamente el derecho nacional a las prescripciones de la Convención. No se ha tratado de una actividad consciente, planificada y totalizadora, sino más bien de intentos dispersos y parciales, surgidos con propósito específico o aprovechando al paso reformas normativas en curso en otros órdenes jurídicos, y consecuencia siempre de la presión y las labores de incidencia política de las estructuras de la discapacidad organizada.

Aunque se ha carecido y se carece de un proyecto de acomodación globalizador y ambicioso, a la altura de los requerimientos de las discordancias afloradas, sí se han desarrollado iniciativas de ajuste desde el momento de entrada en vigor de la Convención hasta el momento presente para progresar en ese acomodo. A continuación, se enuncian las de mayor entidad:



- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Pese a su nombre, no se trata de una legislación extensa de acomodación general del ordenamiento jurídico a las prescripciones de la Convención. Sin embargo, es uno de los mayores intentos llevados a cabo hasta ahora en el proceso de ajuste y globalmente hay que considerarlo positivo. Como balance, esta Ley aporta la reforma de más de una veintena de disposiciones legales preexistentes, todas ordinarias, no orgánicas. Las reformas de la Ley no siempre estaban directamente conectadas o exigidas por la Convención, pero en todo caso son tenidas como favorables para los derechos de las personas con discapacidad o de mejora de la acción pública en materia de discapacidad.

- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

El segundo intento, en el tiempo y en relevancia, de ajuste del ordenamiento jurídico español al universo normativo de la Convención viene representado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, ya citado. Aunque la actividad refundidora presenta limitaciones por cuanto no cabe innovar el ordenamiento jurídico, sino a lo sumo regularizar, aclarar y armonizar, las disposiciones legales preexistentes objeto de refundición, el Real Decreto Legislativo 1/2013 ha significado un cierto progreso en el proceso de alineamiento del Derecho nacional con la Convención, pues ha tratado, hasta dónde ha tenido margen y no comportaba innovación, de colocar el texto legal resultante armonizado bajo la estela de los principios y valores del tratado internacional. No ha supuesto, huelga decirlo, no podía suponer, una revisión y actualización del principal corpus normativo de la discapacidad en España en clave de Convención, pero al menos ha llevado consigo una relectura bajo el enfoque del tratado internacional de, a partir de su promulgación, el texto legal unitario de referencia en materia de discapacidad.



- Otros cambios normativos derivados de la Convención.

No han sido las anteriores las únicas iniciativas de acomodación del Derecho interno a la Convención producidas desde su entrada en vigor. En materia de acceso a la Justicia (artículo 13 de la Convención), se han operado determinados cambios en la legislación penal, de gran relevancia, por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. También en la legislación procesal criminal de atención a víctimas de delitos (Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito), o con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Derechos políticos como el de sufragio se han visto garantizados para todas las personas con discapacidad por medio Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. O vulneraciones legalmente admitidas como la de la esterilización forzosa han sido felizmente canceladas como consecuencia de la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

- Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española.

Al tiempo de publicación de este Curso (2022), está en las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) para debate y aprobación, un Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española, el dedicado a las personas con discapacidad. La recepción de la Convención en el Derecho español, por sí misma, no exige ni requiere la reforma de la Constitución española de 1978, pero se ha aprovechado la presión del tratado para promover esa modificación de nuestro texto máximo.



En relación con las personas con discapacidad, la reforma en curso del citado artículo 49 de la Constitución, se dirige a actualizar el enfoque y la terminología al paradigma de derechos humanos de la Convención Internacional de Naciones Unidas de 2006, renovando integralmente el vigente precepto, no acorde con el modelo social.

f. Conclusiones

- Avanzado el siglo XXI, las personas con discapacidad como grupo e individualmente siguen adoleciendo de una situación estructural y sistemática de exclusión. Pese a las declaraciones y las normas que se han dictado en su favor, su plena participación en la comunidad es un desafío no logrado que espera respuestas.
- En España, un 10 por 100 de la población, puede ser considerada como persona con discapacidad; de ellas, el 60 por 100 son mujeres y otro 60 por 100, tienen más de 65 años. Un millón residen en un entorno rural. Todas ellas se enfrentan a severos obstáculos y barreras que dificultan su proceso de inclusión social y llevar vida autónoma e independiente.
- El Derecho es uno de los instrumentos, que bien concebido y programado, acentuado su rol promotor, puede contribuir más a acelerar la más amplia emancipación de las personas con discapacidad. El único enfoque posible, y admisible, es el de abordar la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.
- La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es hasta ahora el esfuerzo más ambicioso de la comunidad mundial en favor de las personas con discapacidad; marca y orienta la acción de los Estados sobre cómo actuar con arreglo a un enfoque de derechos humanos en materia de discapacidad.
- El que España como Estado sea parte de la Convención de la ONU de 2006 ha determinado cambios de gran alcance en la legislación y en las políticas públicas de discapacidad; la potencialidad del tratado internacional es enorme y se aplica con convicción y decisión, el avance de las personas con discapacidad se acelerará.



Para saber más

www.convenciondiscapacidad.es – Página de Internet monográfica referida a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006.

Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD 2020), Instituto Nacional de Estadística, 2008.

Fundamentos del Derecho de la Discapacidad, DE LORENZO GARCÍA, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Directores), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 503 páginas.

La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Agustina Palacios y Francisco Bariffi, CERMI/Ediciones Cinca, 2007.

2. PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN JURÍDICAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

a. Noción legal de persona con discapacidad

La discapacidad es una situación personal y un hecho social con relevancia para el Derecho; una entidad de interés para el ordenamiento jurídico, en tanto que expresión normativa que ordena y regula la vida en comunidad, y las relaciones e interacciones de sus miembros.

Pero antes que algo jurídico, la discapacidad es previamente una realidad de hecho, que más tarde tiene proyección jurídica. Esa cuestión de hecho, esa materialidad, no ha sido unívoca a lo largo de la historia, sino que se ha ido modelando –la idea de discapacidad– conforme a las representaciones que de la misma han efectuado las mentalidades colectivas de cada una de las sucesivas sociedades.

Así, en la historiografía y en la analítica de la discapacidad, se habla de distintos modelos de entender, calificar y poner en práctica la discapacidad. El primero sería un modelo de omisión o de prescindencia, en el que la discapacidad era algo puramente negativo, indeseable, que iba en detrimento de una comunidad sólida y próspera, que había por tanto que desechar. Con la progresiva expansión de ideas y sentimientos religiosos de aliento piadoso, la discapacidad, sin merma de la percepción de que es un elemento en sí mismo malo, carente de valor, propio del infortunio o la desgracia, pasa a ser consi-



derada como una ocasión para la caridad, personal y colectiva; las personas con discapacidad formarían parte de la humanidad doliente, a la que se debe tratar con la piedad que se dirige a quien sufre. Estaríamos ante el modelo de la conmiseración.

Posteriormente, la secularización de las sociedades y la implantación de comunidades laicas, en las que la ciencia y la economía se erigen en elementos rectores de la vida social, se consolida el modelo médico, que concibe la discapacidad como una anomalía o desviación, que se aparta de canon de normalidad imperante, que hay tratar clínicamente, para curar o paliar la patología y recuperar a la persona a fin de que pueda ser reintegrada, si se da el caso, en la normalidad de la que la naturaleza la extrajo. Al ser ella, la persona con discapacidad, la diferente, la que se distingue para mal de la mayoría de quienes forma el cuerpo social, el esfuerzo de normalización debe incidir en borrar o atenuar la diferencia.

A este modelo, que ha predominado en el siglo XX y que aún perdura en muchos ámbitos legales, políticos, sociales y de mentalidad, seguiría el llamado modelo social o de diversidad humana, que es el vigente y que trata de abrirse paso con más celeridad desde el inicio del siglo XXI. Con arreglo a este modelo, la discapacidad es una manifestación, valiosa, de la diversidad humana, que reside no tanto en la persona –la anomalía– como en el medio social, que no está concebido ni es apto para gestionar la diversidad, pues ha sido forjado para la administración de una normalidad estrecha. De ahí que la discapacidad no sea lo que le ocurre en exclusiva a la persona por presentar un déficit grave de salud, como el resultado de la interacción de un individuo que funciona corporal, mental, comunicacional y cognitivamente de modo diferente al generalizado con un entorno que lo rechaza, creando barreras y obstáculos, restricciones de entidad, que impiden o dificultan su participación comunitaria. Según el modelo social, donde hay que actuar con preferencia es en ese entorno restrictivo, para que deje de ser excluyente y pase a ser inclusivo.

No se puede decir que en el plano práctico rija el modelo más reciente, el social; se produce una coexistencia entre modelos, muchas veces en superpo-



sición y hasta en colisión, entre el médico y el de diversidad humana, aunque la tendencia es que este se vaya implantado progresivamente y termine sustituyendo al que le precedió.

Los distintos modelos de discapacidad, al menos los dos últimos, tienen una correspondencia jurídica diferenciada. El modelo social o de diversidad humana, se proyecta en el mundo del Derecho de acuerdo con el paradigma de los derechos humanos, el único enfoque admisible para abordar la discapacidad.

Esta visión de derechos humanos –construida sobre los principios rectores de igual valor de las vidas de las personas con discapacidad, de dignidad inherente e irrenunciable, de respeto a las propias decisiones y preferencias, como guía suprema, y el derecho a no sufrir obstáculos y a contar con apoyos, llevar una vida independiente y ser incluidas en la comunidad, entre otros– no es un mero deseo o propósito sin reflejo normativo, es un imperativo mundial de derechos humanos, cristalizado en un tratado internacional de la máxima relevancia, a saber, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006, firmada y ratificada por España y vigente en nuestro país desde el 3 de mayo de 2006, que vincula y compromete a todos los poderes, administraciones y autoridades, es Derecho positivo.

Sobre este basamento, cabe formular una noción legal de personas con discapacidad que queda definida aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, que no es otra que la que figura en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, vigente y vinculante en nuestro Derecho.

b. Normas jurídicas de referencia

- Constitución Española, artículos 9, 10, 14 y 49.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006.



- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

c. Terminología adecuada

En relación con las personas con discapacidad, la cuestión de la terminología apropiada que hay que emplear para referirse a ellas no es menor. Al tratarse de un grupo social, tantas veces a lo largo de la historia, proscrito, discriminado y excluido, las expresiones que se han utilizado para denominarlo han proyectado la consideración negativa que estaba albergada en el imaginario colectivo. Lisiados, idiotas, inválidos, imbéciles, retrasados, deficientes, incapaces, impedidos, minusválidos –la lista sería muy prolija–, todas estas denominaciones llevan consigo conciencia de menor valor que ha de señalarse y enfatizarse también lingüísticamente. Estas formas de decir han sido recibidas como ofensivas e hirientes por las personas con discapacidad, que sentían que su comunidad las castigaba también en el plano verbal. El Derecho, las normas jurídicas, han acogido esta nomenclatura, y muchos de los textos jurídicos vigentes están trufados de formas de decir inapropiadas, que hay que desterrar.

Con la evolución de la corrección política, se han producido otros excesos, en sentido contrario; se ha incurrido en eufemismos y menciones indirectas que, por una mal entendida delicadeza, evitaban referirse al hecho de la discapacidad, como si sólo aludirla fuera ya de mal gusto o menospreciativo. Así han surgido, expresiones como “capacidades diferentes” o “diversidad funcional”, que escamotean y hasta niegan la realidad, eludiéndola y a la postre haciéndola invisible.



Sin ser una cuestión pacífica, pues en cuestiones terminológicas hay tantas posiciones casi como hablantes, debe afirmarse que la forma correcta de referirse a las personas con discapacidad es ésa “personas con discapacidad”, también en el lenguaje jurídico. No “discapacitada”, que convierte lo adjetivo en sustancial, sino persona al que se le añade una circunstancia, la discapacidad, que no la agota ni la define. Persona con discapacidad es la única expresión apropiada y respetuosa, que incluso normativamente debe utilizarse pues así lo imponen la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado internacional derechos humanos y la mayor disposición jurídica sobre discapacidad a escala mundial, y en nuestro Derecho interno tanto la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, así con más precisión aún la Disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y de Atención a las Personas en situación de Dependencia, que literalmente ordena:

“Disposición adicional octava. Terminología.

Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad».

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.”

Con respeto, con exactitud, sin falsos pudores ni eufemismos que borran, la terminología apropiada es “personas con discapacidad”, que debe ser en todo momento la empleada por el Derecho, las disposiciones normativas y los actos jurídicos.

d. Igualdad, no discriminación y acción positiva

La promoción y la protección jurídicas de las personas con discapacidad es la respuesta que otorga el Derecho, en una sociedad democrática avanzada como es la española, según el designio de nuestra Constitución, a un grupo de



población sometido a condiciones estructurales y sistémicas de discriminación y exclusión, que precisan de la acción vigorosa de las Leyes y las políticas públicas para alcanzar una posición de participación social y de ejercicio regular de sus derechos fundamentales y de sus libertades públicas. Presentar una discapacidad no puede comportar en ningún caso una ciudadanía degradada que haga imposible o torne dificultoso el acceso a los bienes sociales y a la vida en comunidad.

La promoción y la protección jurídicas actúan al tiempo para lograr la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad, por medio de la no discriminación, que debe estar proscrita y en todo caso ser sancionada, más la acción positiva, consistente en la labor acentuada de los poderes públicos y de toda la sociedad y sus componentes para anular las desventajas de partida que el entorno –generando obstáculos, barreras y restricciones de todas clases– origina a las personas con discapacidad y ofrecer los apoyos suplementarios que precisen para alcanzar una posición de participación en el medio social equiparable a la de resto de miembros de la comunidad.

Esta tríada se puede expresar, para su mejor comprensión, en términos de fórmula matemática:

$$\textit{Igualdad (real y efectiva)} = \textit{No discriminación} + \textit{acción positiva}$$

e. Defensa legal de las personas con discapacidad

La situación de la población con discapacidad en todos los ámbitos ha venido evolucionando en la sociedad de modo progresivo hasta situarla más próxima al núcleo del ordenamiento jurídico. En el modelo social, propio del enfoque de derechos humanos, la persona con discapacidad es protagonista activa en la sociedad, y abandona las posiciones reduccionistas de su dignidad que el modelo médico ejercía mediante una concepción de mero sujeto–paciente. Esta renovada forma de entender la discapacidad ha tenido hondas repercusiones desde un punto de vista jurídico. Al tener el modelo médico una visión centrada en las limitaciones individuales de la persona fue creador de



medidas paternalistas y asistencialistas que restringían el análisis y protección de la discapacidad a ciertas áreas del Derecho como la protección social (legislación de seguridad social), la sanidad (servicios asistenciales), o asuntos específicos del derecho civil (las instituciones de la incapacitación, tutela o curatela). En el modelo social, esta visión cambia y se reconoce a la discapacidad como un fenómeno complejo producto de un cúmulo de condiciones, la mayoría de ellas creadas por el contexto social, y no atribuibles a la propia persona; en donde es necesario realizar todas las modificaciones y adaptaciones con el objeto de lograr la participación plena del individuo con discapacidad en todas las áreas vitales. Por tal razón, el análisis y la protección en materia de discapacidad deben hacerse de manera transversal desde todas las ramas del ordenamiento jurídico.

Surge así la llamada defensa legal de las personas con discapacidad, entendida en el sentido de que el ordenamiento jurídico concierta, con propósito global, todos sus instrumentos de protección y amparo al servicio de estas personas, que parten de una posición frágil en cuanto al ejercicio y respeto de sus derechos humanos. La defensa legal presupone la promoción de las condiciones para que los derechos se materialicen, reacciona contra las discriminaciones y tratos desiguales y busca la provisión de apoyos cuando estos son necesarios para alcanzar la plena participación comunitaria en condiciones de igualdad.

f. Especial consideración de las mujeres y niñas con discapacidad

Las mujeres y niñas con discapacidad son el subgrupo mayoritario dentro de las personas con discapacidad en España. Dos millones aproximadamente, el 60 por 100 de la población con discapacidad en España, son mujeres, frente al 40 por 100 que representan los varones. Aunque no son estrictamente mujeres con discapacidad, también se considera desde el feminismo de la discapacidad a las mujeres cuidadoras y asistentes, que apoyan a personas con discapacidad como las madres, las hermanas, etc., cuyas vidas experimentan una más que estrecha relación con la realidad de la discapacidad.



Pero no sólo numéricamente, por ser el subgrupo más amplio y extenso, desde una mera perspectiva cuantitativa, sino por factores cualitativos, las mujeres con discapacidad son –deben ser– de primera importancia en el abordaje de la discapacidad y en las políticas públicas que los poderes y Administraciones despliegan para promover la igualdad y la inclusión social de esta parte de la población femenina.

Sistemáticamente, las mujeres y niñas con discapacidad están peor, en todos los índices que se tomen en cuenta, que los varones con discapacidad y que las mujeres sin discapacidad. Sufren una mucho más intensa exclusión, lo que evidencia la discriminación interseccional por discapacidad y género a la que están permanentemente expuestas.

Los datos muestran que las mujeres con discapacidad tienen un mayor índice de analfabetismo, niveles educativos más bajos, menor actividad laboral y/o con puestos de trabajo de menor responsabilidad y peor remunerados, mayor aislamiento social, más baja autoestima, mayor dependencia económica respecto de la familia y/o personas responsables de apoyarlas, mayor dependencia socioafectiva y emocional, menor desarrollo personal y social, gran desconocimiento de la sexualidad, mayor desprotección sociosanitaria y baja autovaloración de la imagen corporal. Esto se traduce en la existencia de un alto índice de violencia en este grupo poblacional.

Las necesidades de las mujeres y las niñas con discapacidad no son conocidas ni reconocidas, recayendo sobre ellas continuadas prácticas de discriminación y rechazo especialmente sutiles que las siguen sometiendo a una continua desigualdad estructural e impidiendo que alcancen la efectividad de sus derechos.

La discriminación sufrida por las personas con discapacidad es particularmente intensa cuando se trata de mujeres y niñas, ya que en ellas confluye la perspectiva de género y discapacidad ocasionando un efecto exponencial en su desigualdad en la sociedad. Esta suma de factores, a los que puede unirse otros como la edad, el origen étnico, el origen nacional o social, la religión o



la orientación sexual es conocida como discriminación múltiple. Los organismos internacionales de derechos humanos han utilizado generalmente el concepto de discriminación múltiple para referirse a aquella situación donde una persona puede experimentar discriminación por uno o varios motivos, en el sentido de que la discriminación es compuesta o agravada.

Las mujeres y niñas con discapacidad sufren un grado de exclusión mayor que los hombres. Existen esferas en las que esta desigualdad es muy evidente, como en el acceso al empleo, problema que también comparten las mujeres sin discapacidad, lo que incide directamente en la percepción de ingresos económicos y en la menor posibilidad de llevar una vida independiente. Otro ámbito, especialmente olvidado, en el que las mujeres y niñas con discapacidad se encuentran discriminadas es el correspondiente al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. La coacción al libre disfrute de la sexualidad, la práctica de esterilizaciones forzadas y la disuasión por parte de los profesionales de la salud, las familias, y por la sociedad en general, ante posibles embarazos de mujeres con discapacidad, son claras obstáculos a la libre decisión de estas mujeres sobre todo lo que concierne a su propio cuerpo.

A estas formas de discriminación, se suman otras muchas: la violencia ejercida en el seno de las familias, la violencia de las personas cuidadoras en instituciones, la violencia perpetrada por sus parejas y/o exparejas, la inaccesibilidad a servicios públicos, y una constante invisibilidad.

Todas estas formas de opresión ocurren tanto en la esfera privada dentro de las relaciones familiares o por proveedores de servicios sociales privados; como en la esfera pública, la cual se encuentra ligada a la ausencia de políticas de regulación y prestación de servicios específicos para mujeres y niñas con discapacidad.

Las cuestiones de género y las situaciones de discapacidad siguen siendo un ámbito de actuación aún poco desarrollado tanto por las políticas públicas como por el sector privado. Incluir de la perspectiva de género significa operar con dos grandes constructos sociales como es el género y la discapacidad de



modo simultáneo, dando visibilidad a formas de desigualdad muy específicas que por norma general no son tenidas en cuenta por la inmensa mayoría de las iniciativas enfocadas en mejorar las situaciones de exclusión social.

Al incluir un enfoque de género se aborda explícitamente las causas fundamentales de la desigualdad de género, especialmente las desigualdades en las relaciones de poder de género, normas sociales y legislación discriminatorias. De este modo, no sólo se mejora las condiciones diarias de mujeres y niñas con discapacidad, sino también se avanza en su posición y apreciación en y por la sociedad.

g. Participación y diálogo civil

La participación en la sociedad civil organizada es un derecho elemental de todas las personas. En el caso de las personas con discapacidad, además, es un derecho expresamente recogido en el artículo 29 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que establece la participación en la vida pública y política de las personas con discapacidad, y obliga a los Estados a comprometerse a asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones que las demás.

Las condiciones de exclusión a las cuales están sometidas las personas con discapacidad conducen a que sean discriminadas y colocadas forzosamente en una situación de vulnerabilidad y desigualdad, donde son consideradas “ciudadanía de segunda” con menos derechos y libertades; en muchos casos, sin la posibilidad de ejercer los derechos de participación general en la vida social y política convirtiéndoles en “ciudadanos invisibles”. Su grado de inclusión social, de acceso a los derechos, bienes y servicios, así como su nivel de participación y ciudadanía, dependen de muchos y diferentes factores: de los recursos económicos existentes, del desarrollo social y económico del lugar donde viven y del marco institucional, jurídico y político que se dispone para la defensa de sus derechos e intereses. Es evidente que el estatuto de ciudadanía a que tienen derecho todas las personas con discapacidad como miembros de



la comunidad, sólo se alcanzará en plenitud cuando se generen las condiciones legales, políticas y de actitud social que aseguren un entorno de inclusión y de derechos en el que la participación sea real y efectiva.

Por consiguiente, si la situación de las personas con discapacidad está en relación directa con las políticas establecidas para operar sobre sus condiciones de vida y de ciudadanía, es explicable que la duración, la firmeza, la efectividad de esas políticas esté a su vez estrechamente asociada a la fuerza del movimiento asociativo articulado en torno a la discapacidad, porque es un hecho comprobado que las instancias encargadas de ejecutar dichas políticas, la mayoría de veces, actúan conforme a la presión ejercida por las agrupaciones que representan a las personas con discapacidad.

Así, en la consecución de esta ciudadanía plena, el primer escalón en el proceso de participación política de las personas con discapacidad lo constituye el movimiento asociativo. La inclusión en la comunidad y el acceso a los derechos y al bienestar por parte de las personas con discapacidad solo se alcanzará si existe un movimiento social organizado que reúna a toda la ciudadanía con discapacidad, que, de manera activa y comprometida, actúe como agente capaz de desencadenar y acelerar el cambio social.

Con ello se comprueba que la articulación asociativa resulta determinante en el rumbo que adopten las políticas públicas en la materia y es, a la vez, el termómetro que mide la presencia y la acción política de la discapacidad. El tejido asociativo de la discapacidad cobra de este modo una visibilidad de la que carecía y se convierte en sujeto activo de la acción política en defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad tanto colectiva como individualmente. Por tal razón, en los últimos años, se destaca el papel de las organizaciones sociales, en la inducción, definición y desarrollo de las políticas, llegando incluso a hablarse de participación, de coparticipación y de diálogo civil.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, fija en el artículo 4.3 el diálogo civil como una obligación



de los Estados: “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”. Al haber sido ratificado dicho Tratado por España, esta obligación general pesa sobre el estado español y todas las Administraciones Públicas.

En nuestro derecho positivo, y acorde con la adecuación de la normativa interna a la Convención, el diálogo civil se recoge en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y lo define como un principio en virtud del cual las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y de sus familias, participan en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico existe una plasmación nítida tanto de la democracia participativa como del principio de diálogo civil que se muestran como claves para una mejor y buena gobernanza de las políticas públicas en materia de discapacidad. La presencia de este respaldo normativo desencadena una conciencia en el sector de la discapacidad de un agotamiento del modelo convencional, reivindicación de derechos y gestión de servicios, que van mudando progresivamente a nuevas formas de organización interna tanto de las propias organizaciones asociativas como de la articulación misma del sector, es un proceso de “rearticulación del movimiento asociativo”.

Esta reconfiguración del movimiento social de la discapacidad y el activismo que ha de encarnar debe aspirar a cumplir dos funciones sociales clave en la actualidad: Por una parte, al acompañamiento activo de las personas con discapacidad y sus familias para que cada una de ellas, sea por sí misma, el autor de su propia inclusión y participación comunitarias; y, por otra parte, a que debe extenderse una red extensa y sólida de apoyos del movimiento de la discapacidad.



En cuanto a la primera función, debe señalarse que si bien un movimiento asociativo es la expresión de la ciudadanía activa y comprometida que se organiza, canaliza y ejerce la representación de su masa cívica, hoy más que nunca ha de acompañar activamente a las personas con discapacidad para empoderarlas, a fin de sean ellas mismas las agentes de su propia inclusión. En este sentido, los tejidos sociales han de afrontar el reto más estratégico que consiste en activar a las personas con discapacidad; deben convertirse en verdaderos instrumentos al servicio de estas generando transformación e induciendo cambio social.

h. Conclusiones

- La discapacidad es una realidad evolutiva, que en las últimas décadas ha experimentado una transformación profunda, que ha llevado a alumbrar un nuevo modelo, el social o de diversidad, de entenderla y ponerla en práctica.
- Este modelo social, que pone el acento en el entorno de la persona, y no en el funcionamiento de esta, ha tenido reflejo jurídicamente, parte de la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, abandonando visiones paternalistas y asistencialistas, que no conciben con la dignidad inherente, el valor de la diversidad humana y la libre determinación de las personas.
- La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006 ha establecido a escala mundial, incluida España, el paradigma de los derechos humanos en el abordaje de la discapacidad.
- La Convención trata de promover, proteger y asegurar los derechos humanos de las personas con discapacidad, logrando la igualdad efectiva por medio de la no discriminación y la acción positiva.
- El Derecho está llamado a tener un papel activo a través de la defensa legal en la preservación de los derechos, la inclusión y el bienestar de las personas con discapacidad.



- Las mujeres y niñas con discapacidad son la parte mayoritaria de las personas con discapacidad y su posición de mayor exclusión y de discriminación interseccional hace necesario legislación y políticas vigorosas de cambio social para ellas.
- No es posible el avance en la inclusión de las personas con discapacidad sin su participación en las políticas que les conciernen.

Para saber más

www.convenciondiscapacidad.es – Página de Internet monográfica referida a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006.

Decálogo para un uso apropiado de la imagen social de las personas con discapacidad, CERMI, 2011.

Derechos humanos de las mujeres y niñas con discapacidad. Informe España 2018, Fundación CERMI Mujeres/Ediciones Cinca, 2019.

Fundamentos del Derecho de la Discapacidad, DE LORENZO GARCÍA, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Directores), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 503 páginas.

Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa Berra, PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Director), CERMI/Fundación Derecho y Discapacidad/Ediciones Cinca, 2010.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISCAPACIDAD

a. Introducción: Las políticas públicas como expresión de la acción positiva que corresponde a los Estados

La acción positiva de los poderes públicos respecto de las personas con discapacidad consiste en el despliegue de estrategias, planes y programas vigorosos y continuados para revertir las condiciones que colocan a estas personas (y a sus familias) en posiciones de desigualdad, en situación de exclusión social o en riesgo cierto de incurrir en ella, si no se actúa. No basta con la no discriminación, imprescindible, pero no suficiente, sino que esta debe ser complementada con intervenciones enérgicas y sistemáticas que hagan desaparecer o atenúen considerablemente las desventajas de partida de las que adolecen las personas con discapacidad. Los poderes públicos no pueden ser neutros (lo que equivaldría a pasivos) en relación con las personas con discapacidad o, a lo sumo, sólo vigilantes y garantes de que estas no serán discriminadas –que, por supuesto–, están convocados a desempeñar un papel dinámico de promoción, de creación de condiciones favorables a la inclusión, los derechos y el bienestar de las personas con discapacidad, cancelando o minimizando los obstáculos y las barreras con las que tan frecuentemente se tropiezan.

Esto es plenamente coherente con el modelo social de entender y poner en práctica la discapacidad; si ésta, en muy buena parte, es el resultado de un entorno que fracasa al gestionar la diversidad de funcionamiento que supone la discapacidad de la persona, pues no está pensado ni habilitado para ella y sus



circunstancias, en la que no deja de ser un elemento extraño, es preciso, resulta ineludible intervenir en el entorno (el medio social), cambiarlo para que termine siendo acogedor, amigable con la persona, con las personas con discapacidad. Transformar el entorno, sí, y también proporcionar apoyos que permitan a la persona remontar las barreras creadas y alcanzar a situarse en posiciones progresivas de igualdad material; la discapacidad queda diluida, valga la expresión, en tanto el entorno es más inclusivo. Esta función, en una comunidad organizada democráticamente, corresponde al Estado, a sus poderes y autoridades, que son los titulares de acción pública y que en virtud de su propio ordenamiento jurídico vienen obligados a promover el bienestar de las personas y grupos de su comunidad política.

La acción positiva, el conjunto coherente y acumulado de acciones afirmativas, más el repertorio de apoyos y cómo estos se proveen, en todos y cada uno de los ámbitos más críticos para los derechos y la inclusión de las personas con discapacidad, son los componentes que conforman las políticas públicas de discapacidad, que como se verá más adelante, en el apartado e) de este tema, son:

La actuación estructurada, adecuada a norma, que obedece a una planificación previa conforme a un propósito director sobre una realidad de partida examinada y conocida, sostenida en el tiempo, participada y evaluada, sometida a rendición de cuentas, de los poderes y autoridades que aspira a ordenar, programar y desarrollar, produciendo cambios que comportan beneficio social, una parcela de la acción pública oficial, que se corresponde con un dominio de la vida en comunidad de interés general.

b. Normas jurídicas de referencia

- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.



- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.
- Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.
- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.
- Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

c. La consideración oficial de la discapacidad a efectos de políticas y apoyos públicos. La declaración administrativa

La discapacidad es de entrada un hecho extrajurídico, algo que ocurre en la vida personal y social, una situación, circunstancia o condición; se trataría de la dimensión material, fáctica de esta realidad, cuyo concepto o forma de verla y entenderla ha cambiado, y mucho, a lo largo del tiempo. Hoy prevalece el enfoque propio del modelo social o de diversidad, examinado en diversos temas de este Curso de iniciación. Pero la discapacidad, tiene también un reflejo jurídico, una expresión regulatoria, de Derecho positivo –constituiría la dimensión normativa– que partiendo de la concepción fáctica, o inspirándose más o menos fielmente en ella, alumbró una noción legal, e incluso en un escalón descendente, un estatus administrativo, que debe ser valorado, declarado y calificado –grado de discapacidad– y que sirve de credencial para traspasar la puerta de entrada a un universo (más o menos intenso) de apoyos y acom-



pañamiento en forma de ventajas, beneficios, prestaciones, ayudas, etc. Se entra así pues en la noción legal de discapacidad y en la vertiente administrativa de la misma (todo ello referido al ámbito español, claro está, que es el que nos ocupa).

Se impone recuperar aquí las diversas nociones legales de discapacidad –consideración oficial–, para pasar luego a la ordenación administrativa de la misma:

i. Noción de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (artículo 1, párrafo segundo).

ii. Nociones de la Ley General de Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

Esta Norma legal dispensa dos nociones, una casi coincidente con la de la Convención, que opera como marco de referencia, y otra, más restringida, que es la propia de las políticas públicas; son estas:

Noción legal amplia

Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (artículo 4,1 Ley General).



Noción legal a efectos de política pública (administrativos)

Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad (Artículo 4,2 Ley General).

Esta segunda definición limita la anterior (primera) y condiciona la consideración oficial de la discapacidad “a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad del 33 por ciento”. Por ende, serán personas con discapacidad, a efectos oficiales (de política pública), aquellas que haya obtenido, previa solicitud voluntaria, nunca forzada, ese reconocimiento, en ese preciso grado mínimo (33 por 100).

¿Cómo se efectúa ese reconocimiento?, cabe preguntar. Ese mismo artículo 4, en su apartado 3, lo determina:

El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente.

Y añade:

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

La Ley remite a un reglamento de desarrollo, después de declarar que el reconocimiento y acreditación del grado de discapacidad tendrá validez, es decir, surtirá efectos y vinculará “en todo el territorio nacional”. Aunque lo emitan



las Comunidades Autónomas, que lo hacen, salvo en Ceuta y Melilla donde es el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO, organismo de la Administración del Estado), su validez es en todo el país, sin necesidad de valoraciones según territorio de residencia u homologaciones entre ellos.

La norma reglamentaria que regula este reconocimiento es Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

En España, la consideración oficial de persona con discapacidad la proporciona este reglamento, esto es, quien haya obtenido un reconocimiento del al menos el 33 por 100 una vez sometido y culminado el procedimiento de declaración y calificación del grado de discapacidad que en él se establece.

En esencia, la persona que entiende que tiene una discapacidad y que desea se la reconozcan a efectos oficiales, debe pedir, siempre voluntariamente, la valoración del grado para lo cual instará una solicitud formal ante su Administración Social competente (Comunidades Autónomas, y en Ceuta y Melilla, la Dirección Provincial del IMSERSO).

Esta solicitud debe venir acompañada, es lo aconsejable, por la documentación médica y social que revele lo más fielmente posible su situación de salud y sus circunstancias sociales. Una vez realizada esta presentación, la persona será llamada desde el Centro de Valoración (conocido extendidamente como Centro Base) para ser evaluada, presencialmente, por una comisión clínico-social integrada por una persona facultativa (médica), una persona psicóloga y una trabajadora social, las cuales, a la vista de la situación de la persona solicitante, médica y social, y de los informes aportados, y de acuerdo a unos baremos (anexos del Real Decreto 1971/1999) que le son aplicados, emiten un dictamen y una resolución, con la asignación de un grado, en porcentaje. Si alcanza al menos un 33 por 100, será a efectos oficiales “persona con discapacidad”.

El grado del 33 por 100 mínimo se alcanza con la suma de al menos un 25 por 100 de factores médicos, que es el bloque prevalente, al que se le pueden



agregar, a partir de ese escalón, factores sociales, de acuerdo con los baremos del Real Decreto citado.

Esta declaración de grado puede ser provisional (por un tiempo determinado, que deberá ser renovada transcurrido éste) o permanente. Aun siendo permanente, si la persona entiende que sus circunstancias de partida han variado, puede solicitar una nueva valoración, para reevaluar su grado, pasados 2 años del anterior. La Administración competente, de oficio, puede también decretar una nueva valoración del grado asignado, si entiende que ha podido haber alteración de las circunstancias valoradas al inicio.

La persona que esté disconforme con el grado asignado por la Administración Social, bien porque no le hayan otorgado el 33 por 100 o bien porque entienda que su valoración no ha sido ajustada a su situación, puede reclamar administrativa y luego judicialmente, siendo la jurisdicción social la que conoce de estas controversias.

A la declaración de grado oficial (33 por 100 o más) llamemos genérica, se pueden añadir dos pronunciamientos más, regulados también en el mentado Real Decreto, que serían situaciones particulares, con ciertos efectos, que se agregarían a la discapacidad reconocida de partida (no operan sin grado mínimo de discapacidad, que es troncal). Son éstas:

- concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida (ayuda de tercera persona),
- determinación de la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes colectivos (movilidad reducida),

que se obtienen, respectivamente, tras aplicarse a la persona unos baremos específicos de valoración de esas situaciones (en el caso de ayuda de tercera persona, en la actualidad, se remite al baremo de dependencia). La ayuda de tercera persona o la movilidad reducida dan derecho a obtener determinados beneficios o a incrementar la cuantía de ciertas prestaciones.



iii. Homologación de las situaciones de discapacidad entre países: La Unión Europea y el resto.

La declaración oficial del grado de discapacidad es una cuestión nacional, de cada país, no está regulada a escala internacional ni siquiera en la esfera de la Unión Europea, región del mundo que ha alcanzado un mayor grado de integración entre naciones de una misma área geográfica y cultural.

De hecho, hay países en los que no existe una noción legal o administrativa de discapacidad ni un baremo que la valore y a partir del cual, si se pasa, se declare y califique, pues entienden que supone una estigmatización o al menos un señalamiento innecesario de la persona.

Según este modo de entender la discapacidad, ante una situación de hecho de discapacidad, ésta se atiende, sin necesidad de burocratismos que indiquen quién sí y quién no es persona con discapacidad. En otros muchos países, el desarrollo de su Estado del Bienestar es tan limitado o precario, que no han llegado a tener sistemas públicos de discapacidad, y menos se han planteado valoraciones oficiales, con declaración de grado, de estas situaciones.

Ciñéndonos a la Unión Europea, no existe un estatuto global de discapacidad, más allá de la noción que ofrece la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al haber la Unión Europea celebrado (equivalente a ratificar) este tratado, y también cada uno de sus Estados miembro. Es cada país de la Unión quien regula qué entiende por discapacidad y qué efectos le atribuye, y si se dota de un mecanismo de valoración y emite una declaración oficial. Son cuestiones de competencia nacional, no comunitaria. Por tanto, la declaración de un país de que uno de sus nacionales es una persona con discapacidad a efectos oficiales no surte efecto en el resto de países, ni de modo directo, ni a través de pasarelas de convalidación u homologación.

Para los países no pertenecientes a la Unión Europea, la situación es idéntica. Sus eventuales reconocimientos oficiales no tienen consecuencias en España; cada extranjero que resida en nuestro país será el que, si reúne los



requisitos exigidos, tendrá que solicitar la valoración del grado de discapacidad con arreglo a la normativa nacional.

d. Discapacidad, dependencia, incapacidad laboral e incapacitación judicial. Diferencias y confluencias

Además de la situación legal de discapacidad o de persona con discapacidad, hay otras realidades concomitantes o conectadas, que comparten igual o parecido estado material de partida, pero que el ordenamiento jurídico ha configurado de otro modo, en consideración a otros factores que ha entendido relevantes o dignos de protección o apoyo. Se trata de otros regímenes legales que interseccionan más o menos intensamente con la discapacidad. Estarían así las situaciones de dependencia (Ley 39/2006), de incapacidad laboral permanente de seguridad social o de incapacitación judicial en el Derecho Civil (extinguida desde el 3 de septiembre de 2021, con la entrada en vigor de la gran reforma civil operada por la Ley 8/2021, en la que lo que habrá serán personas para las que se ha establecido apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica). Una persona con discapacidad puede a su vez ser también persona en situación de dependencia o persona en situación de incapacidad laboral permanente o persona incapacitada judicialmente, o no; en función de si ha solicitado y obtenido el resto de reconocimientos oficiales (alguno o todos) o de si se ha acogida a algún mecanismo de pasarela u homologación, allí donde la ley ha previsto estas asimilaciones.

i. Dependencia.

Discapacidad y dependencia son concepto que suelen confundirse y utilizarse equívocamente. Se trata de dos realidades diferentes, con señas propias, aunque con vínculos muy estrechos. Las personas en situación de dependencia son materialmente (no jurídicamente) personas con discapacidad, pero no todas las personas con discapacidad son personas en situación de dependencia. Para considerar a una persona en situación de dependencia, ésta debe tener una afectación de las capacidades propias de la autonomía personal, necesitando, por tanto, de apoyos externos –personales, técnicos o ambos– más intensos para llevar a cabo las actividades básicas de la vida diaria.



La discapacidad es una condición inseparable de la dependencia, pero puede haber diferentes grados de discapacidad sin que haya dependencia. Podría decirse que la dependencia, entonces, estaría dentro de la esfera más amplia de la discapacidad.

Si bien el vocablo dependencia es el más extendido para referirse a este fenómeno social, y es la expresión habitual incorporada a la literatura jurídica sobre esta materia, es una locución que pone el acento en el aspecto negativo, en la limitación. A este enfoque negativo se opone otro, que, sin negar las implicaciones de aquélla, pone el énfasis en la promoción de la autonomía personal, siempre de acuerdo a las propias decisiones y deseos de la persona con discapacidad –principio de autodeterminación–, y sugiere el uso de otras nomenclaturas como la de apoyos extensos y generalizados, apoyos a la vida participativa o independiente, autonomía personal, cuidados de larga duración, cuidados permanentes o necesidades intensas de apoyos.

La definición legal de dependencia que ofrece la Ley 39/2006 (artículo 2,2) es la que sigue:

El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades 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.

El reconocimiento de la situación de dependencia está sometida a un procedimiento administrativo de valoración con arreglo a un baremo que culmina con una resolución que determina los servicios o prestaciones que correspondan conforme al grado de dependencia concedido.

No hay establecidas por el momento (aunque la sociedad civil de la discapacidad lo viene reclamando) pasarelas entre situaciones de dependencia y dis-



capacidad; tan sólo, la Ley 39/2006 establece una cierta y muy limitada asimilación en su Disposición adicional novena sobre efectividad del reconocimiento de las situaciones vigentes de gran invalidez y de necesidad de ayuda de tercera persona, que dice: “Quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia en el grado que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta ley”.

ii. Incapacidad Laboral Permanente de Seguridad Social.

La incapacidad laboral, en el sistema español de Seguridad Social, frecuentemente confundida con la discapacidad, supone una alteración continuada de la salud que imposibilita o limita a quien la tiene para la realización en diferentes grados, de una actividad profesional, siendo competentes para su reconocimiento las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los Equipos de Evaluación de Incapacidades.

Los grados de incapacidad son temporal/transitoria y permanente, y dentro de esta última, hay cuatro tipos: parcial, total, absoluta o gran invalidez. La Incapacidad Laboral Permanente en los grados de total, absoluta y gran invalidez, sí surte efectos en el ámbito de la discapacidad, a la que está asimilada legalmente (al grado mínimo del 33 por 100) en virtud del artículo 4,2 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

iii. Capacidad jurídica modificada/Incapacitación judicial.

Hasta tanto despliegue todos sus efectos lo dispuesto en la Ley 8/2021 (ver tema 4 de este Curso), existe en nuestro ordenamiento jurídico otra situación, de Derecho Civil, relativa a las personas que en virtud de resolución judicial y tras un procedimiento de incapacitación han experimentado modificación en su capacidad jurídica (de obrar).



La incapacidad es una institución legal restrictiva de derechos y limitativa de la plenitud jurídica al consistir en la sustitución en la toma de decisiones. Sin embargo, por mandato expreso legislativo está abocado a ser desmantelada tal y como lo conocemos en la actualidad.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que desde 2008 forma parte del ordenamiento jurídico español, proclama el principio de igualdad ante la ley de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás, unificando la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como ocurre en cualquier persona, y partiendo de ello, se debe proporcionar los mecanismos de apoyos adecuados para garantizar a la persona con discapacidad su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico. La denominación de proceso de incapacidad se sustituye por el de determinación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Hasta el 3 de septiembre de 2021, fecha en que surtió efectos la Ley 8/2021, que altera profundamente todo este régimen, la determinación de la capacidad, cualquiera que sea su grado, sólo podrá ser establecida por sentencia recaída en un proceso tramitado de conformidad con los artículos 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La resolución judicial debe recoger la extensión y los límites de la capacidad, y el régimen de apoyos necesarios.

La declaración de capacidad jurídica modifica o de incapacidad judicial no está asimilada con la situación legal de discapacidad, ya que se trata de otro régimen jurídico que no tiene establecidas pasarelas con la discapacidad.

e. Principales políticas públicas dirigidas a las personas con discapacidad

Cabría definir genéricamente la política pública como la actuación estructurada, adecuada a norma, que obedece a una planificación previa conforme a un propósito director sobre una realidad de partida examinada y conocida, sostenida en el tiempo, participada y evaluada, sometida a rendición de cuentas,



de los poderes y autoridades que aspira a ordenar, programar y desarrollar, produciendo cambios que comportan beneficio social, una parcela de la acción pública oficial, que se corresponde con un dominio de la vida en comunidad de interés general.

De la anterior definición de política pública, atendiendo a su entidad y relevancia, serían elementos configurantes los siguientes:

- actuación (conjunto de actos),
- carácter estructurado,
- propósito o finalidad,
- sostenibilidad o duración,
- potencial de transformación,
- participación,
- rendición de cuentas y transparencia,
- impacto y evaluación.

Si proyectamos esta definición y ese listado de elementos que hemos calificado como configurantes en la discapacidad surgirían las políticas públicas de discapacidad que serían la actuación de los poderes públicos, debidamente organizada, que responde una finalidad de promoción y protección de los derechos, la inclusión y el bienestar de las personas con discapacidad, con vocación de permanencia en el tiempo, que acumula capacidad de transformación del entorno, abierta a la participación de las personas con discapacidad a través de sus entidades representativas, de la que se rinden cuentas en aras a la transparencia, y cuyo impacto social es medido y evaluado, para comprobar su calidad y retroalimentar la propia política.

Tradicionalmente, las políticas de discapacidad se han limitado a los aspectos sociales, de hecho, las de discapacidad eran meramente una parte de algo más amplio, las políticas sociales o incluso sólo los servicios sociales. La visión de las políticas de discapacidad como simples políticas de servicios sociales, todavía imperante en la acción de muchas Administraciones autonómicas y locales, obedece a que entienden la discapacidad más desde el modelo médico o



rehabilitador, no desde el de derechos, lo cual significa que un grupo cívico con problemas sociales precisa únicamente de respuestas de servicios sociales para paliar su situación e ir equiparándose al resto de la población sin discapacidad.

Este enfoque está felizmente superado en este punto y hora, por restrictivo y empobrecedor, siendo la perspectiva aceptable la de la transversalidad de las políticas públicas de discapacidad. La transversalidad está considerada como principio inspirador de la acción pública en materia de discapacidad y posee definición legal específica; así los artículos 2 y 3 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, dedicado a los principios inspiradores de esta legislación, dicen:

Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad: es el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones Públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad (Artículo 2, o), sobre definiciones).

La transversalidad de las políticas en materia de discapacidad (Artículo 3, m), sobre principios).

Las políticas públicas de discapacidad serían el resultado acumulativo de las actuaciones específicas, desplegadas por y para las personas con discapacidad, en atención a sus necesidades sociales exclusivas (asociadas directamente a la discapacidad), que tienen como instrumento principal los servicios sociales; y de las transversales, esto es, la consideración particular de la dimensión inclusiva de y con la discapacidad, en políticas que tienen destinatarios más amplios, de otros sectores o globales: transportes, vivienda, justicia, educación, digitalización, sanidad, consumo, seguridad social, inclusión, protección social, igualdad entre mujeres y hombres, energía, desarrollo rural, deporte, cultura, etc. En todas esas otras políticas, hay que tener presente a las personas con discapacidad, y entonces serán transversales.



f. La accesibilidad universal como presupuesto para el ejercicio de derechos

Mirada la discapacidad desde un modelo social en que aquélla es, en muchos casos, fruto de la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico, sino también intelectual y actitudinal, se entiende la importancia del principio de accesibilidad que pretende superar los obstáculos que impiden el disfrute de los derechos. Estas barreras suelen constituir dificultades mucho más graves a la participación social que las propias limitaciones funcionales y son condiciones limitativas de la sociedad que es concebida con arreglo al patrón de la persona media que se opone a la plena participación de la ciudadanía con discapacidad.

Acorde con el discurso de los derechos humanos, una barrera es todo obstáculo que dificulte o impida, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, el acceso de las personas a cualquiera de los ámbitos de la vida social. Así, una persona con discapacidad puede encontrar barreras en relación con el acceso al entorno físico (barreras arquitectónicas y en el transporte); en relación con el acceso a la información y a la comunicación (medios de comunicación de masas como prensa, radio y televisión, internet y redes sociales, así como en la comunicación personal e interpersonal); y en relación con el acceso al entorno social (actitudes negativas y estigmatizantes hacia la población con discapacidad).

Un aspecto fácilmente comprobable de que las personas con discapacidad no ejercen sus derechos con la misma amplitud e intensidad que el resto de los individuos lo constituye precisamente la accesibilidad, o, mejor dicho, la falta de accesibilidad, de las condiciones que deben reunir los entornos, productos, bienes y servicios para que puedan ser practicables con seguridad y comodidad, de modo regular, por todas las personas, independientemente de sus funcionalidades.

La accesibilidad es un concepto que no sólo atañe a las personas con discapacidad, sino que se aplica a todos los individuos. De ahí su vocación de uni-



versalidad. La accesibilidad universal se proyecta en dos sentidos, a saber: debe extenderse a todos los entornos relevantes para el ejercicio regular de los derechos, y se predica de todas las personas, incluidas las que presentan alguna discapacidad. La ausencia de accesibilidad determina la imposibilidad o la merma del derecho y su ejercicio, quedando la persona en una posición de desigualdad por vulneración de los derechos que tiene como individuo. Por tal motivo, la accesibilidad universal se convierte en obligación normativa como eje de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Los esfuerzos por lograr una accesibilidad para todos incumben a agentes diversos, empezando por las Administraciones Públicas. Pero además, a las propias personas con discapacidad y sus organizaciones representativas, a las asociaciones de usuarios y consumidores, a los profesionales de la discapacidad, a las empresas fabricantes y distribuidoras de productos y de ayudas técnicas, y en general, a todos y cada uno de los componentes de la sociedad; porque no hay que olvidar que la accesibilidad atañe por igual a personas con y sin discapacidad, ya que mantener la autonomía para ejercer los derechos es una de las principales preocupaciones de todas las personas, y que ello sea posible depende de la salud y capacidad propias, pero también del entorno físico y social.

Dos son las estrategias ideadas para alcanzar la accesibilidad: el diseño para todas las personas y los ajustes razonables. El diseño para todas las personas tiene como objetivo ofrecer entornos cuyo uso resulte cómodo, seguro y agradable para todas las personas, incluidas aquéllas con discapacidad. Acompaña indefectiblemente a la accesibilidad en su vocación de universalidad. Posiblemente, por esta misma razón, resulta complicado que estos dispositivos produzcan en todo momento y situación entornos accesibles.

Bien porque la onerosidad, complejidad, y despliegue a largo plazo (se parte de la existencia de entornos no accesibles ya organizados y consolidados, que, para su modificación, si es posible, se necesita mucho tiempo) que acarrea la consecución de la accesibilidad universal se ve como algo lejano; bien porque



es entendible que resulte difícil imaginar una situación ideal que abarque “a priori” las necesidades de todos los individuos cumpliendo con la tarea del diseño para todas las personas.

Por su parte, los ajustes razonables son aquellas medidas adoptadas a fin de adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas, que, por diferentes causas, se encuentran en una situación especial. Cuando los objetivos de la accesibilidad universal y del diseño para todas las personas, de alguna manera, no se cumplen, entran en juego los ajustes razonables. Se podría decir que los ajustes razonables constituyen una estrategia específica e individual cuando no ha sido posible prever el diseño para todas las personas. En este orden de ideas, se debe resaltar que la función de los ajustes razonables no es reemplazar los incumplimientos de las condiciones de accesibilidad, sino de preservar el derecho concreto de la persona en situaciones particulares cuando el sistema de accesibilidad y de diseño universales, resultan ineficaces. En este orden de ideas, la accesibilidad se relaciona con grupos de personas, mientras que los ajustes razonables actúan como mecanismo residual, que ofrece soluciones aceptables a necesidades concretas de una persona. Esto significa que la obligación de proporcionar accesibilidad es una obligación ex ante. Un ajuste razonable sería modificar la página de Internet del proveedor de servicios de programas de oportunidades de empleo para que la información en ella contenida pueda llegar a determinadas personas con discapacidad; y una obligación de accesibilidad sería, la existencia de una rampa del edificio en donde se preste esta clase de servicios.

i. La accesibilidad cognitiva, una nueva dimensión de la accesibilidad universal.

Por accesibilidad cognitiva se entiende el conjunto coherente y sistemático de condiciones de accesos y diseño para todas las personas que han de reunir los entornos, productos, bienes y servicios, así como los procesos y relaciones, para que estos puedan ser usados, interpretados y comprendidos, favoreciendo su autonomía, por personas con discapacidad intelectual, del desarrollo y psicosocial, principalmente.



Esta parte de la accesibilidad –desarrollada posteriormente en el tiempo frente a otras modalidades de la accesibilidad universal como la del entorno construido, la de los espacios urbanos, la del transporte, la de la comunicación o la de la tecnología, por poner los ejemplos más consolidados– ha carecido hasta ahora en España (abril de 2022) de normativa reguladora, por lo que nuestra legislación no protegía adecuadamente los derechos y la inclusión de las personas que necesitan determinados códigos para entender e interpretar el entorno, interactuando de modo autónomo e independiente.

En los últimos años, se han producido muchas experiencias y buenas prácticas nacionales e internacionales en esta materia, se ha formulado gran cantidad de opiniones y aportaciones de variadas instancias técnicas y sociales, así como de los grupos de interés directo, que han permitido acabar formulando unas bases amplias y solventes sobre las que asentar una regulación normativa, de rango legal, de la accesibilidad cognitiva. La culminación de este proceso se ha traducido en la aprobación de la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.

Promovida por el CERMI, esta Ley responde a la necesidad de dotar de ordenación normativa a la accesibilidad cognitiva, que se define como «la característica de los entornos, procesos, actividades, bienes, productos, servicios, objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos que permiten la fácil comprensión y la comunicación».

La modificación normativa que tare consigo la Ley 6/2022, de 31 de marzo, define la accesibilidad cognitiva, dentro del marco general de accesibilidad universal; establece los ámbitos, condiciones y plazos en los que será exigible; crea el Centro de Referencia Estatal de Accesibilidad Cognitiva; incluye esta nueva dimensión en el Plan Nacional de Accesibilidad y habilita al Gobierno de España para abordar distintos desarrollos reglamentarios en la materia, entre otras cuestiones.



Con esta nueva Legislación, que ha contado con la unanimidad de las fuerzas políticas en su tramitación parlamentarias, España avanza en el reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad en la línea marcada por el artículo 9 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

g. Conclusiones

- Los Estados democráticos, por mandato imperativo de derechos humanos, tienen la obligación de desplegar políticas públicas robustas y ambiciosas que generen condiciones para que las personas con discapacidad superen la exclusión social y puedan llevar una vida participativa en su comunidad de pertenencia.
- La discapacidad es un estado, una situación, una circunstancia o una condición, según se entienda, algo previo al Derecho, un hecho material producto del desajuste que ocurre entre ciertas personas que funcionan de modo distinto al considerado canónico y un entorno discriminador y excluyente; pero una vez proyectada al ordenamiento normativo, es un estado jurídico definido por las leyes, que desencadena una serie de efectos.
- Junto a la discapacidad, como situación jurídica, hay otras, con regulación separada y autónoma, como la dependencia, la incapacidad laboral permanente y la incapacitación judicial con las que comparte afinidades y conexiones, que deben ser consideradas de modo holístico para que la persona no se escinda en función de los distintos sistemas legales, sino que ella sea el centro de imputación de los apoyos, con independencia de su procedencia.
- En el momento actual, en que las personas con discapacidad están todavía severamente excluidas como grupo cívico diferenciado, las políticas públicas de discapacidad han de acumular tanto la vertiente específica como la genérica por medio de la puesta en práctica de la transversalidad.
- Sin garantía de accesibilidad universal a todos los entornos, bienes, productos y servicios, las personas con discapacidad ven socavados sus derechos humanos y su participación comunitaria, por lo que es objetivo preferente de las políticas públicas.



Para saber más

Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión, PÉREZ BUENO, Luis Cayo, CERMI/Ediciones Cinca, 2010.

Fundamentos del Derecho de la Discapacidad, DE LORENZO GARCÍA, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Directores), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 503 páginas.

Nuevas Fronteras del Derecho de la Discapacidad, DE LORENZO GARCÍA, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Directores), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 472 páginas.

4. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO PRIVADO. DE LA LIMITACIÓN A LOS APOYOS PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

a. Introducción

Las personas con discapacidad –esa parte de la diversidad humana y social, cuyo funcionamiento corporal, mental, cognitivo, conductual y comunicacional, se aparta del considerado canónico en una sociedad dada, y que por ese carácter diferencial es vista y tratada de modo desigual, operando su nota distintiva, como factor de castigo– no han tenido una relación pacífica con el Derecho. Antes bien, esta ha sido y sigue siendo, problemática. El Derecho, entendido como la proyección y expresión regulatorias de una comunidad política, respecto de las personas con discapacidad, ha sido casi siempre restrictivo. Desde el no reconocer, al impedir o el restringir, o al sustituir, esas han sido la tónica histórica.

Pero el Derecho, puede y debe adquirir una nueva forma de relacionarse con la realidad de la discapacidad. Un modo apreciativo y respetuoso, que acompañe y promueva, que sirva de resorte para el acceso y el ejercicio pleno de todos los derechos, de alguien cuya posición en la sociedad ha sido la de apartamiento, segregación y exclusión, sistémica y estructural. Otro Derecho es posible –y plausible– para las personas con discapacidad. Y este cambio hondamente cualitativo, disruptivo en el sentido más sugeridor de la palabra, se está operando, en el Derecho positivo español, y en concreto en esa porción amplia del llamado Derecho privado o por mejor nombre, Derecho de las Personas.



Se trata de la reforma histórica que incorpora la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la Ley 8/2021, cuya entrada en vigor se produjo el 3 de septiembre de ese mismo año.

i. ¿Por qué esta reforma?

Si hubiera que abogar por esta ambiciosa reforma legal, las razones en su favor serían innumerables, pero se consignan solo las más poderosas:

- La primera y principal es que la discapacidad no define ni agota a la persona; no puede por tanto ser un estado civil demediado, una ciudadanía jurídica de segunda, como venía ocurriendo hasta ahora. El sistema jurídico de sustitución, vigente hasta ahora, que protege paternalistamente a la persona con discapacidad, incapacitándola, desposeyéndola de su capacidad jurídica, y colocándola al albur de otras instancias decisorias, es netamente contrario al enfoque de derechos humanos.
- Migrar de un sistema de sustitución, que anula o limita a la persona, a uno de provisión de apoyos a la toma de decisiones, cuando estos sean precisos, que la promueve y potencia, viene exigido imperativamente por los compromisos internacionales de España en materia de derechos humanos (artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006). Y España, como Estado parte, había acumulado un notable retraso.
- La plenitud de derechos por parte de las personas con discapacidad pasa ineludiblemente por el completo reconocimiento, sin mermas, de su capacidad jurídica.
- Restricciones hirientes, felizmente superadas en los últimos años, como la del derecho de sufragio o la de la esterilización, por ejemplo, estaban conectadas con una incapacitación previa. Albergaba un efecto expansivo perverso.



ii. Apariencia de buen Derecho.

Fuera de las razones de fondo, también la acompañan los motivos de forma. Esta Ley es, además, ejemplo de buena gobernanza normativa. Su redacción fue encargada por el Gobierno al órgano más idóneo, la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, Secciones de Derecho Civil y Procesal. Ha recibido el impulso político de tres titulares del Ministerio de Justicia y de sus Equipos de signo político distinto; se sitúa pues más allá de visión partidista, tantas veces angosta. En su concienzuda elaboración fueron consultados, a través de un diálogo estrecho, todos los grupos de interés, cuyo parecer y sugerencias pudieron ser expuestos y considerados. Desde luego, el sector social de la discapacidad representado por el CERMI se ha sentido parte activa y cooperativa de este proceso.

Sucesivamente, ha contado con el respaldo de los órganos constitucionales (Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado) y de los operadores jurídicos (profesiones legales colegidas). Es notoria, y así lo reconocemos y agradecemos, la valiosa contribución del Notariado español a esta reforma, lo que avala su acierto general. El dictamen del Consejo de Estado fue particularmente favorable. También la academia y el mundo del análisis jurídico la han juzgado de modo positivo. El Comité de Derechos de las Personas con discapacidad de Naciones Unidas, órgano encargado de la vigilancia de la Convención por parte de los Estados, dirigió en mayo de 2019 a esta reforma palabras apreciativas y alentadoras. Todo apunta, también, a que gozará de consenso político extenso, que el Parlamento la aprobará con gran respaldo, lo que es casi anómalo en un momento de nuestra vida pública de disenso y fractura.

No restringir, sino apoyar. No excluir, sino acompañar cuando sea preciso, pero siempre respetando a la persona con discapacidad, a su autonomía, a sus deseos y preferencias y decisiones; igual en dignidad, en derechos y en capacidad y aptitud legales.



Esta reforma legal –meditada, dialogada, madura y madurada, certera, co-creada–, con vocación de permanencia y utilidad social sostenidas, representa una mejora, un logro país. Con esta Ley, se ensancha el espacio de derechos de las personas con discapacidad. Para las personas con discapacidad la vida jurídica, la vida en comunidad se hace más respirable.

b. Normas jurídicas de referencia

- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

c. El abordaje tradicional de la capacidad jurídica

Hasta la ambiciosa y amplia reforma del Derecho Civil sustantivo y procesal obrada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la respuesta de nuestro ordenamiento jurídico a la cuestión de la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad que



podían precisar apoyos para la toma de decisiones, era el tradicional, en la connotación menos halagüeña de ese adjetivo. Partía de la consideración paternalista de las personas con discapacidad en la cual esta, cuando presenta “problemas” para gobernarse a sí misma y a sus intereses (personales, patrimoniales, etc.), por su bien y por el más general del tráfico jurídico, ha de ser sustituida en la toma de decisiones, siendo representada por otros (tutor, etc.) que, dada su incapacidad, acreditada en un proceso jurisdiccional, actuará de un modo válido y beneficioso, para ella y para el entorno.

Para mantener una cierta ficción de que a la persona con discapacidad (generalmente, discapacidades intelectuales, cognitivas, mentales, del desarrollo, etc.) no se la degradaba jurídica y cívicamente, por esta operación de anulación e inmediata sustitución, el Derecho español tradicional echaba mano de la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar; la primera, para la persona con discapacidad sustituida no se veía tocada, seguía manteniendo su personalidad jurídica en plenitud; la segunda, sí que se veía afectada, la capacidad de obrar, entendida como la capacidad para realizar por sí misma actos válidos, pero se trataba de una cuestión menor, cuasi instrumental, que era perfectamente admisible pues no dimanaba más que del mayor interés protector dirigido y del que era acreedor el “incapaz” y para preservar el bien superior de la seguridad y predecibilidad del tráfico jurídico.

Con esta justificación de fondo, se regulaba –hasta el 3 de septiembre de 2021, en que varía sustancialmente– un sistema de sustitución –por lo demás, con ciertos cambios propios del Derecho de cada país, el esquema generalizado en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, tanto en Europa como en los demás países–, que llevaba consigo la degradación jurídica de la persona con discapacidad que al socaire de ser protegida, previa incapacitación judicial, era sustituida en la toma de decisiones sobre aspectos esenciales de su vida personal, económica y patrimonial. Quedaba, gráficamente expresado, sin voz ni voto respecto de su propia vida, mero sujeto pasivo de las determinaciones de otras instancias, eso sí –paternalismo extremo– que actuaban por su mayor bienestar.



Pese algunos intentos de cambios menores llevados a efecto en distintos momentos, con modificaciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tímidamente trataban de avanzar en una línea de mayor personalización de estas decisiones de sustitución, este era el régimen de la capacidad jurídica en el Derecho español. Sustitución de la persona mediante la incapacitación, como mecanismo generalizado. Incapacitación, cierto, pero judicial. Era un órgano judicial, en un proceso contradictorio (en el que participaban en distintas posiciones, persona, familia, Fiscalía, forense, etc.), con todas las garantías formales, así se pensaba, el que declara esa situación y terminaba estableciendo, si se apreciaba que la persona era “incapaz” para gobernarse a sí misma, la tutela o la curatela, nombrando consiguientemente tutor o curador, representante que en adelante asumía la actuación y las decisión en nombre y por cuenta de la persona representada. Cabía también, la patria potestad prorrogada o rehabilitada –tras la reforma de 2021, felizmente desaparecida–, si la persona estaba en situación de hecho de incapacidad en su minoría de edad y era previsible que continuara en el mismo estado al adquirir la mayoría de edad. Burdamente descrito, este eran los trazos gruesos el abordaje tradicional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que precisan apoyos para la toma de decisiones en nuestro Derecho, con ciertos matices en las regulaciones de Derecho Civil propio como la catalana, pero que no se apartaban demasiado de un tronco común en el que a la persona casi se la defendía de sí misma.

d. Mandatos del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Ni que decir tiene, ha sido un imperativo de legalidad internacional el elemento causante de la reforma llevada a efecto en el Derecho Civil y Procesal español referido a las personas con discapacidad. En concreto, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas, adoptada por su Asamblea General el 13 de diciembre de 2006. Primer tratado internacional de derechos humanos del siglo XXI y convención temática sobre los derechos de un grupo social diferenciado, como son las personas con discapacidad, de los que se afirma, con razón, que



no poseen derechos diferentes a los del resto de la familia humana, pero cuyo ejercicio sí encuentra impedimentos intensos y extensos que justificarían un tratado internacional monográfico enderezado a reparar ese lacerante déficit sistémico.

En efecto, en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cristaliza normativamente el enfoque de la discapacidad como cuestión exclusiva de derechos humanos, ahormado, delineado y extendido por el activismo organizado de las personas con discapacidad a escala mundial en las últimas décadas. Es tal su magnitud, que constituye el hecho social, político y jurídico de más entidad y alcance ocurrido a las personas con discapacidad, consideradas como grupo humano diferenciado, en su historia cívica más próxima, cuyos efectos transcendentales están llamados a desplegarse aún por mucho tiempo.

La carga transformadora de este tratado internacional, su carácter de potente disrupción benéfica ha desplegado —y desplegará, pues su arsenal de impactos está lejos de haberse agotado, antes, al contrario— efectos de todo tipo en las legislaciones y políticas públicas de los Estados que han hecho suya la Convención, a través de la firma y la ratificación, como es el caso del Reino de España.

Una de estas incidencias, acaso de las más significativas, es la concerniente al reconocimiento de la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad, que en virtud de su artículo 12 (también del 13, en buena medida complementario, por cuanto se refiere al acceso a la Justicia), ya no podrá verse anulada o restringida por causas asociadas a su situación de discapacidad. No limitar, nunca sustituir, que era lo propio de los ordenamientos civiles como el español, sino, cuando sea preciso, apoyar su ejercicio, a demanda y de acuerdo con la persona.

El artículo 12 de la Convención, causa primera y eficiente de la reforma civil operada en España por la Ley 8/2021, emplazaba a los Estados signatarios a actuar y de un modo sustancial, no accidental. De entrada, a comprobar si su



ordenamiento jurídico interno –Derecho nacional– era compatible con los principios, valores e imperativos de ese precepto, llevar a efecto una tarea de contraste; posteriormente, una vez cerciorado el país de que su legislación preexistente a la Convención entraba en colisión con la igual capacidad jurídica del artículo 12, proceder a realizar los cambios normativos correspondientes, que alienaran tratado internacional y legislación interna.

Esta labor de comparación y contraste, en algunas naciones fue previa a la ratificación por el respectivo país; no se asume la legalidad internacional en materia de derechos humanos que comporta hacer suya la Convención, hasta tanto no haber concordado los dos cuerpos normativos, el convencional y el interno. No es usual, en la práctica política y legislativa española, conducirse así, ni en este ni en otros dominios de Derechos Internacional. Se firma y ratifica el tratado, y ya siendo derecho interno vigente, se promueven las modificaciones legales que se consideren procedentes. Así se ha producido respecto del artículo 12 de la Convención. Desde el 3 de mayo de 2008, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad rige en España, y solo en 2021, se ha culminado la reforma del Derecho civil más directamente concernido por el artículo 12 del tratado.

Es, pues, el artículo 12 de la Convención el factor determinante del replanteamiento que el Legislador español de 2021 ha efectuado en el Derecho Civil sustantivo y procesal respecto del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y de los apoyos que estas pueden precisar, para asegurar la igualdad, que era el bien jurídico protegido (y promovido) por la sociedad internacional de las naciones, ante las evidencias incontestables que la misma, la igualdad, estaba comprometida muy seriamente por no decir pura y simplemente cancelada casi unánimemente en todos los ordenamientos jurídicos. ¿Pero qué declara, que dispone e impone ese precepto del tratado internacional para suscitar tamaños efectos?

El texto literal del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativo al “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, es:



- “1) Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- 2) Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
- 3) Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- 4) Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
- 5) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”



Como se aprecia, el artículo contiene una declaración vigorosa de la personalidad y la igual capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en todas las esferas de la vida en comunicad. Este énfasis en la universalidad no resulta producto del capricho o del azar, en absoluto, sino que trata de contrarrestar la situación extendida (y harto comprobada) de que ese reconocimiento de la personalidad jurídica no es tal o sólo de modo muy precario. El precepto quiere revertir el hecho de que las personas con discapacidad, en particular, con ciertas discapacidades, que la mentalidad adocenada tradicional entiende que impiden o socavan el gobierno de sí, no son tenidas por sujetos jurídicos plenos; aparecen y comparecen en el tráfico jurídico como sujetos demediados, quiebra de la base o posición de partida sobre la cual opera la imputación de derechos humanos, que hay que subsanar, radicalmente.

Yendo a cada uno de los numerales del precepto, en el apartado primero del mismo se enfatiza, hasta el punto de la reafirmación, el derecho de las personas con discapacidad en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. Mediante una enunciación taxativa, en modo alguna ociosa, aunque pueda parecer redundante (“reafirman”), se sienta la base de todo lo que viene después, a saber, la personalidad jurídica en plenitud de las personas con discapacidad.

Tras este reconocimiento acentuado de la personalidad jurídica, se pasa, en el numeral dos, a ordenar a los Estados parte que asuman no sólo declarativamente, que también, sino en términos de efectividad, que las personas con discapacidad poseen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás (el resto de la sociedad) en todos los aspectos de la vida (universalidad de ámbitos comunitarios donde se despliega la existencia social).

Esta aseveración, rupturista respecto de lo que venían regulando los diversos ordenamientos nacionales, constituye el punto de fuga de lo establecido en lo referido a capacidad jurídica de las personas con discapacidad e inmediatamente se erige en la piedra angular del nuevo sistema que la Convención ha determinado delinear. La discapacidad ya, desde este punto y hora, no podrá servir de justificación o de burda coartada para disminuir, limitar o anular la capacidad jurídica.



La Convención no desconoce, sin embargo, que el dictado de la igual capacidad jurídica se enfrenta a dificultades objetivas y que los apoyos para su ejercicio serán necesarios por lo que obliga a los Estados parte –numeral 3– a proveer las asistencias que materialicen el derecho reconocido. Los apoyos son la acción afirmativa que deben dispensar los poderes públicos para que la formulación de la igualdad en el despliegue de la capacidad jurídica no quede en mero formalismo, y se traduzca en hechos tangibles. Nótese que la Convención no enuncia cuáles han de ser los apoyos concretos, no hay enunciación ni elenco tasado o aproximatorio de las asistencias y acompañamientos que hayan de reputarse como apoyos, a estos efectos, sino que deja en la esfera de los Estados esa decisión, otorgando amplio margen a la hora de formularlos y articularlos.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 12 se reserva para las llamadas salvaguardias con el propósito de preservar la integridad y la intangibilidad de un ejercicio incontaminado de la capacidad jurídica por parte de la persona con discapacidad, cuando actúa en el tráfico jurídico, con o sin apoyos. Esas cautelas, en cualquier caso, respetarán la voluntad, deseos y preferencias genuinos de la persona, amén de sus derechos, evitando que se desaten conflictos de intereses o se presenten influencias no legítimas. Aun permitiendo a los Estados la eventualidad de establecer salvaguardias, que de algún modo comportan limitación, estas no son irrestrictas, antes bien, deberán ser proporcionales, apropiadas a la idiosincrasia de la persona y de su entorno, con la duración mínima posible y sujetas a supervisión y fiscalización por autoridad judicial o de otro carácter, sin ataduras o vínculos espurios y en una posición de neutralidad.

Finalmente, termina el artículo con un numeral conclusivo, el 5, en el que se ofrece un elenco de negocios jurídicos que revisten especial relevancia en la vida de las personas y muy extendidos en todas las sociedades, así como la prohibición de la confiscación de sus bienes, que deberán estar asegurados por los Estados para las personas con discapacidad.

Estos, en compendio, son los contenidos del artículo 12 de la Convención en cuyo mandato al Estado español, como signatario del tratado internacional,



hay que ver la causa primera (y la razón última) de trascendental cambio normativo obrado por la Ley 8/2021, citada ya. El precepto, aunque delinea en gruesos trazos cómo debería ser un sistema de capacidad jurídica compatible con un enfoque exigente de derechos humanos aplicado a las personas con discapacidad, deja dilatado margen a los Estados para que, sobre la base de su cultura jurídica, sus tradiciones e instituciones legales, defina su propio sistema que en cualquier caso debe atenerse a esas trazas, ineludibles e irrenunciables.

e. La ruptura de la Ley 8/2021

El Boletín Oficial del Estado del 3 de junio de 2021 publicaba la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Su entrada en vigor se ha producido el 3 de septiembre de 2021, tras tres meses de *vacatio legis*.

Esta reforma de la legislación civil y procesal en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad aspira con legítima ambición a avanzar en la adecuación del ordenamiento jurídico español a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y compele a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Se procede con esta reforma a introducir un cambio de sistema como el vigente hasta este momento en el Derechos español, en el que prevalece la sustitución en la toma de las decisiones de las personas con discapacidad, por otro modelo, inspirado y erigido en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como norma general, será la responsable de tomar sus propias decisiones.



i. Estructura de la Ley y modificaciones legales que comporta.

Esta Ley suma ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El artículo primero modifica la Ley del Notariado, por medio de ocho apartados.

El artículo segundo, con sesenta y siete apartados, nada menos modifica el Código Civil vigente.

El artículo tercero se refiere a la Ley Hipotecaria y consta de nueve apartados.

El artículo cuarto, por su parte, reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con veintinueve apartados.

El artículo quinto modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y se distribuye en seis apartados.

El artículo sexto, por su parte, modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y se distribuye en diez apartados.

El artículo séptimo, con cambios referidos a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se estructura en veinte apartados.

El artículo octavo, concerniente al Código de Comercio, se estructura en tres apartados.

Por último, la Disposición Final 1.^a introduce cambios en el Código Penal, y la Disposición Derogatoria Única, como su nombre indica, deroga en su apartado 3, los artículos 299 bis y 301 a 324 del Código Civil.



En la exposición de motivos de la Ley, se afirma que la reforma que el artículo segundo incorpora al Código Civil es la de mayor extensión y alcance, de las llevadas a cabo en este Cuerpo jurídico, en todo caso desde la Democracia, pues delinea un nuevo modelo inspirado y atendido al respeto de la voluntad y los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad objeto de medidas de apoyo.

Así, el Título XI del Libro Primero del Código Civil español adquiere nueva redacción y asume un nuevo rubro que contiene el propósito de la reforma toda, a saber: «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», que revela el genuino propósito de toda la reforma civil, dotarse de un modelo de legal de apoyos en lo que prime sea la voluntad, preferencias y deseos de la persona. El basamento sobre el que se asienta la nueva ordenación no será ya la incapacitación judicial –desechada como mecanismo no aceptable en lo sucesivo, por sustituir a la persona, elemento que no resulta conciliable con el paradigma establecido en la Convención– del individuo que no alcanza la consideración de ser suficientemente capaz. Tampoco la modificación de la capacidad jurídica, pues esta es inherente e indisoluble del estatuto de ser humano, por lo cual, se convierte en intangible, no siendo susceptible de disminución o degradación.

La idea basilar es muy otra; todo se sustenta en el apoyo a la persona con discapacidad que pueda precisararlo, concepto que tanto en el artículo 12 del Tratado internacional del que dimana la reforma como en esta misma, se entiende como algo amplio y elástico, flexible, que puede adoptar distintas formas, todas las cuales no solo han de ser aceptadas sino promovidas. solo para el caso absolutamente excepcional en que incluso pese a los apoyos no sea posible que la persona adopte y comparta sus propias decisiones, se considera admisible la representación, que lleva consigo sustitución.

La nueva Ley se detiene con mayor precisión y detalle en la curatela, a partir de ahora la medida de apoyo de carácter judicial eje del sistema. La voz curatela, que no significa sino cuidado, retrata a las claras el propósito de todo el nuevo régimen: acompañamiento apoyo, asistencia, soporte y ayuda a la per-



sona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; La curatela (entendida como asistencia) será la medida de apoyo por antonomasia, en la dimensión judicial. Sin embargo, cuando incluso así no es factible, proporcionando todos los apoyos disponibles, en los supuestos en que no quepa otra medida más benigna, menos invasiva, pero solo de modo excepcional, podrá establecerse una curatela representativa, que debe ser siempre residual.

La Ley va más allá. Suprime tanto la tutela, como también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, instituciones estas no compatibles con los principios rectores de la reforma, la maximización de la autonomía personal del sujeto que precisa apoyos, sin automatismos ni prolongaciones de una minoría de edad que corre el riesgo de hacerse eterna, colocando a la persona en un estado de privación jurídica intolerable.

La nueva redacción del Código Civil en esta materia mantiene, bien que reorientada, la institución del llamado defensor judicial, particularmente planteada para supuestos que se dan o pueden darse con cierta habitualidad en la vida diaria, por ejemplo, que se desate un conflicto de intereses entre quien ejerce el apoyo y la propia persona con discapacidad asistida, o aquel caso, no impensable, en que sobrevenga imposibilidad transitoria para desplegar el apoyo por parte de quien lo tiene asignado.

Este elenco de medidas de apoyo acordadas judicialmente serán objeto de revisión de modo periódico en el plazo máximo de tres años o, en casos excepcionales, de hasta seis. Esto no obsta para que puedan ser revisadas en atención a cualquier cambio en la situación de la persona que requiera su alteración o modificación.

Pero las medidas de apoyo no se establecen solo a través de procedimientos judiciales, antes bien, cabe que la persona pueda decir por sí misma, y a través de otros mecanismos, qué apoyos desea y quién debe dispensárselos. El nuevo artículo 250 del Código Civil es meridiano en esto cuando afirma: “Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance.



Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona”.

En relación con los cauces procedimentales previstos, la determinación judicial de la provisión de apoyos se plasmará en una resolución de órgano competente que únicamente determinará los actos para los cuales la persona con discapacidad haya menester del apoyo, pero se veda de modo absoluto la cancelación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o de índole política, como ocurría con la incapacitación que podía desembocar en la pérdida del derecho de sufragio.

La reforma abroga la prodigalidad como figura autónoma, habida cuenta de que los supuestos considerados en ella se ajustan sin dificultad en la nueva ordenación de las medidas de apoyo que incorpora la Ley 8/2021.

f. Conclusiones

- Migrar de un modelo de sustitución que restringe o anula la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad a un modelo de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica es uno de los mayores y más arduos desafíos que plantea la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a los Estados que la han ratificado, entre ellos España.
- El artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece y delinea los grandes trazos a los que debe atenerse el nuevo modelo de igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad, tarea que los Estados firmantes deben llevar a cabo en su propio Derecho nacional.
- El modelo tradicional partía de la consideración paternalista de la persona con discapacidad en el cual esta, cuando presenta “problemas” para gobernarse a sí misma y a sus intereses (personales, patrimoniales, etc.), por su bien y por el más general del tráfico jurídico, ha de ser sustituida en la toma de decisiones, siendo representada por otros (tutor, etc.)



que dada su incapacidad, acreditada en un proceso jurisdiccional, actuará de un modo válido y beneficioso, para ella y para el entorno.

- España, como parte del tratado internacional de la discapacidad, ha efectuado ese cambio de modelo jurídico en materia de igual capacidad jurídica por medio de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Con la Ley 8/2021, España abandona –desde el 3 de septiembre de ese año– instituciones centenarias como la incapacitación judicial y la tutela de personas “incapaces” (terminología tradicional), como figuras incompatibles con un enfoque de derechos humanos aplicado a la capacidad jurídica, y lo sustituye por los apoyos a la toma de decisiones, constituyendo la curatela el nuevo mecanismo generalizado para la provisión de apoyos.

Para saber más

BARIFFI, F. J.: *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, CERMI/Ediciones Cinca, Madrid, 2014. Véanse en especial las páginas 289 y siguientes.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Directora): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”/UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID: *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Fundación ONCE/CERMI, 2008.

PÉREZ BUENO, L. C.: “Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, n.º 1, septiembre de 2016, CERMI/Fundación Derecho y Discapacidad/Ediciones Cinca, páginas 177-184.



PÉREZ BUENO, L. C.: “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en España: La agenda legislativa pendiente una década después”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo y DE LORENZO GARCÍA, Rafael (Directores): *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – 2006/2016: Una década de vigencia*, CERMI/Ediciones Cinca, Madrid, 2016, páginas 295-315.

5. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO PENAL

a. Los roles de las personas con discapacidad en el proceso penal

La discapacidad –y las personas que la presentan–, como se ha visto, experimentan un creciente interés para el Derecho. De cuestión marginal, o al menos de importancia muy limitada para el ordenamiento jurídico, progresivamente están siendo más y mejor acogidas. Y esto no sólo con carácter genérico, sino también para los sectores más significativos del Derecho. Este es el caso del Derecho Penal, en el que la discapacidad ha ingresado como realidad cada vez más atendida y considerada. La transversalidad de la discapacidad se deja ver en su cada vez más apreciable infiltración porosa en todas las ramas del Derecho.

El Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento –y de las ciencias que lo estudian– que establece selectivamente las conductas que por su entidad y gravedad son reprochables socialmente y que merecen por ende sanción pública, tanto para castigar a los culpables de las mismas y reparar a la víctima cuanto para evitar, preventivamente, que sigan produciéndose o se incremente su realización, en daño de la convivencia pacífica y de la comunidad política de pertenencia de los ciudadanos.

Las personas con discapacidad, como cualquier otro miembro de la sociedad, pueden tener relación con el Derecho Penal, con las leyes criminales y



con sus instituciones, por supuesto. Pero la circunstancia de la discapacidad es en numerosas ocasiones relevante –se tiene en cuenta como tal– y recibe respuestas específicas por parte del ordenamiento jurídico-penal. La consideración de la discapacidad en el Derecho Criminal es variada, como lo es el sustrato social de donde toda norma jurídica surge y en el que se aplica. La persona con discapacidad puede ser infractora, autora de un delito, pero cabe que la situación de discapacidad (si la persona entiende y quiere la acción delictiva) acabe determinando si ha existido o no responsabilidad criminal. La imputabilidad de la persona es decisiva a efectos del Derecho Penal, y ciertas discapacidades –intelectuales mentales, cognitivas, sobre todo– repercuten enormemente a la hora de apreciar si la persona (criminalmente hablando) es responsable o no de la acción.

Junto al rol de infractora, la persona con discapacidad –de ordinario, en número mucho mayor– puede ser víctima de una acción delictiva. Bien como víctima en el que su situación de discapacidad carece de importancia por sí misma (esa circunstancia resulta indiferente) o bien como víctima en la que su discapacidad, en tanto sujeto pasivo del delito, ha sido determinante o se ha aprovechado para ocasionar el daño o aumentarlo, o ha agravado sus consecuencias. La mayor exposición de las personas con discapacidad al abuso y al maltrato, los colocan en posiciones de vulnerabilidad incrementada también a efectos penales; de ahí que, en las legislaciones y políticas de protección y atención a las víctimas de delitos, las personas con discapacidad figuren entre los grupos preferenciales, con particularidades que tratan de brindarles un amparo reforzado.

Asimismo, las personas con discapacidad, en las nuevas formas de criminalidad, como son los llamados delitos de odio, de reciente regulación en el Derecho Penal, pueden ser sujetos pasivos preferentes o cuando menos más sensibles a la acción delictiva. Qué posición ocupan las personas con discapacidad en esta clase de delitos es una cuestión actual que merece examen.

Finalmente, las personas con discapacidad también forman parte del sistema penal en condición de reclusas, de personas condenadas a penas (o medidas



de seguridad) privativas de libertad que han de cumplir en establecimientos penitenciarios o instituciones médicas o sociales de encierro.

b. Normas jurídicas de referencia

- Constitución Española, artículo 25.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
- Decisión Marco (DM) 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

c. Las personas con discapacidad como infractoras

La discapacidad, de un modo u otro y bajo terminologías harto variadas, ha estado siempre presente en la legislación penal; ha sido relevante para el Derecho Penal, aunque el tratamiento dispensado a la misma no pueda calificarse siempre como edificante ni siquiera como ajustado. Pero como “discapacidad” como tal, con esta expresión hoy generalizada en el Derecho, la introducción del término en el Código Penal vigente es muy reciente. Solo en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reforma el Código Penal de 1995, las referencias eran mínimas e inadecuadas (“persona discapacitada”). No es



que la discapacidad estuviera omitida, no; se recogía, pero con denominaciones no acordes como “incapaz” o “minusvalía”. La reforma penal de 2015, a impulsos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, llevó consigo la incorporación al máximo texto penal de una noción legal (en realidad, doble noción) de persona con discapacidad a efectos de legislación y política criminales. El artículo 25 del Código Penal la define así:

“A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

La noción contenida en el párrafo primero de ese artículo 25, es familiar, pues no deja de ser la repetición de la definición que de discapacidad ofrecen la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social. La correspondiente al segundo párrafo, más circunscrita, no tan general como la precedente, y que viene referida a determinadas personas con discapacidad (en particular, las que presentan discapacidades intelectuales o mentales), a las que se les otorga la consideración de “especial protección”, por entender que su situación es objetivamente más frágil y precaria. Con esta reforma del Código Penal de 2015, de algún modo, se regulariza el tratamiento que la Legislación penal española da a la discapacidad.



i. La persona con discapacidad, autora de delitos.

Una de las posiciones de la persona con discapacidad en la esfera jurídico-penal es la de infractora, es decir, cuando ésta comete una de las acciones (u omisiones) que está consideradas como delito en la Legislación criminal. Son los casos en que la persona con discapacidad actúa como autora de delitos. En esta dimensión, la discapacidad (o mejor ciertas discapacidades) son muy relevantes a la hora de ofrecer una u otra respuesta desde el Derecho Penal. Según el artículo 20, números 1.º y 3.º del propio Código, referido a las exenciones de responsabilidad criminal, lo están quienes “al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión” y “el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”. En estas descripciones estarían (mejor, podrían estar algunas) las personas con discapacidad intelectual, las personas con problemas de salud mental, las personas con discapacidad cognitiva y las del desarrollo, aunque la casuística, en una realidad tan plural y diversa, pueda ser mucho mayor. Estas personas con discapacidad cuando comenten delitos están exentas de responsabilidad criminal, porque no han podido entender la acción criminal, por su situación, elemento decisivo para que pueda decirse que existe responsabilidad. Serían personas inimputables, por causa de su discapacidad, a las que se les otorga otro tratamiento, que gira en torno a las medidas de seguridad.

Las personas con discapacidad que no se corresponden con esos tipos descrito, si cometen delitos, en principio, con carácter general, al incurrir en responsabilidad criminal, son tratadas como cualquier otro infractor; fuera de esos supuestos, la discapacidad ya no es relevante o solo para aplicar ciertas especialidades de mucho menor entidad.

ii. La inimputabilidad penal.

Tal y como se ha indicado, el Código Penal prevé que una persona pueda ser declarada inimputable cuando no pueda comprender la ilicitud del hecho



cometido, no pueda actuar conforme a esa comprensión, por alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad, o esté en estado de intoxicación plena.

La persona con discapacidad, como cualquier otra que cumpla los condicionamientos descritos, puede ser declarada inimputable y por lo tanto pasar a cumplir una medida denominada de seguridad, que como dispone el Código Penal puede ser de diferente tipo, tanto privativa como no privativa de libertad. En esas medidas se consideran tratamientos médicos, rehabilitadores y formativos, entre otros.

A las personas con problemas de salud mental o discapacidad intelectual o cognitiva que son reconocidas como no imputables durante el proceso penal, el juzgador puede imponerles el cumplimiento de una medida de seguridad vinculada a un tratamiento. Dado que dichas medidas pueden ser privativas o no privativas de libertad, cabe que sean cumplidas en diferentes recursos especializados.

La relación entre discapacidad intelectual y problemas de salud mental e inimputabilidad no es directa ni proporcional. El reconocimiento de las causas eximentes que pueden dar lugar al reconocimiento de una persona como no imputable es un procedimiento complejo, en el que el órgano judicial ha de contar con elementos suficientes que le permitan examinar, valorar y decidir sobre la capacidad del encausado para entender como delito su actuación, y obra en consecuencia. Muchas instancias interesadas en el ámbito penal han denunciado casos en que una defensa inadecuada o una instrucción judicial defectuosa, pueden ocasionar la no acreditación de la inimputabilidad de una persona con discapacidad en la sentencia.

La imposición de una medida de seguridad a una persona no imputable no puede ser entendida como el cumplimiento de una pena, es decir, no supone un castigo. Decidido el internamiento de una persona inimputable en un centro especializado, el juzgador ha de analizar y tener presente además un componente de peligrosidad. Se trata de fijar el cumplimiento de una medida de se-



guridad consistente en reclusión preventiva (custodia para evitar la comisión de nuevos delitos) encaminada a la reinserción social, que en ningún caso puede prolongarse por un periodo de tiempo superior al que habría durado la pena privativa de libertad correspondiente al delito cometido. La medida de seguridad es una respuesta a la peligrosidad y por tanto de carácter preventivo, en tanto se procura la rehabilitación de la persona receptora de dicha medida.

Así, el Código Penal establece tres vías para el cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad (artículo 96): El internamiento en centro psiquiátrico; el internamiento en centro de deshabitación y el internamiento en centro educativo especial. De estas tres vías previstas legalmente, la primera en parte y la tercera específicamente, conciernen a las personas con discapacidad que precisan un tratamiento especializado.

d. Las personas con discapacidad como víctimas de delitos

Una de las posiciones o roles de las personas con discapacidad en la esfera penal –en el proceso criminal estrictamente considerado, pero también más allá– es la de sujeto pasivo, quien recibe los efectos dañinos de la acción criminal como titular de los bienes jurídicos protegidos por la Ley, cuya transgresión comporta reproche y sanción punitivos para los responsables. Así, en el Código Penal vigente están establecidos tipos penales autónomos, al igual que modalidades agravadas de otros, en consideración a la discapacidad que concurre en el sujeto pasivo. Más concretamente, en el texto del cuerpo penal máximo se dan hasta tres formas de tener presente a la discapacidad como elemento que opera en la configuración del tipo penal o en la determinación precisa de la pena aparejada.

La discapacidad, en la esfera penal enfocada desde la posición de sujeto pasivo, es considerada de modo amplio como circunstancia particularmente apta o susceptible de sufrir discriminación (se examinará con más detalle en el apartado que sigue más adelante dedicado a los delitos de odio); también, desde la perspectiva de aquellas (personas con discapacidad) que por esta condición están particularmente necesitadas de especial protección (no todas las



discapacidades, sino algunas determinadas) y, finalmente, la estimación de la discapacidad como motivo que de concurrir convierte a la persona en la que se presenta como víctima especialmente vulnerable.

Junto al abordaje puramente jurídico de los sujetos pasivos con discapacidad, recientemente se ha incorporado otro, más social, complementario del anterior, que busca ofrecer a la víctima de un delito por parte de los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, que no se limite tan sólo a reparar el daño en el marco de un proceso penal, sino también resulte minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal. Así lo afirma, en su exposición de motivos, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que tiene como causa motora la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, de la que es su transposición al Derecho interno.

Este Estatuto de la Víctima del Delito tiene la vocación confesada de constituir el elenco general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. Se parte de un concepto extenso de víctima, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se le haya irrogado. Comprende a la víctima directa, pero también a víctimas indirectas, como familiares o asimilados. Además, la protección, el acompañamiento y el apoyo a la víctima es más que puramente procesal, y no está en función exclusiva de qué posición ostenta en el proceso penal, sino que adquiere una dimensión extraprocesal. Se basa en un entendimiento amplio de reconocimiento, protección, soporte y apoyo, que busca activamente la salvaguarda integral de la víctima. A tal fin, es esencial proporcionar a la víctima las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos, con la rebaja de trámites superfluos que comporten una segunda victimización, dispensarle una información y orientación eficaces sobre los derechos y servicios a que puede acogerse, la remisión a otros servicios y apoyos, un trato deferente y la posibilidad de poder



ser acompañado por la persona que designe en todos los trámites, sin perjuicio de la representación procesal que proceda, entre otras medidas.

Las personas con discapacidad, desde luego, forman parte de este universo de víctimas que han de ser protegidas, y a lo largo del texto legal aparecen en numerosas ocasiones, con menciones expresas o con la inclusión de medidas singularmente pensadas para ellas como la accesibilidad universal, la inteligibilidad y comprensión de los entornos o de los apoyos específicos que por razón de discapacidad pudieran necesitar.

e. Especial consideración de los delitos de odio contra personas con discapacidad

En las sociedades democráticas avanzadas, el Derecho Penal es una rama del ordenamiento jurídico que no permanece detenida, sino que está en evolución. Surgen nuevos bienes jurídicos protegidos en el ámbito criminal o lesiones de bienes ya establecidos como tales que antes no se entendía que debían recibir un reproche penal o que este fuera tan intenso, ahora por una elevación del nivel de exigencia pública o un refinamiento de la sensibilidad social, pasan a reputarse como especialmente dañinos para las personas, los grupos diferenciados en que estas pueden integrarse, y para toda la comunidad. Son los llamados delitos de odio, de reciente regulación en Europa y en España, que pueden considerarse como parte del Derecho Penal en expansión que estamos viviendo en los últimos años.

Se trata de una nueva realidad penal, que está siendo acogida por los distintos ordenamientos jurídicos, a impulsos de organizaciones internacionales y de demandas cívicas generalizadas, y que puede ser definida como “cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el lugar o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un determinado grupo”. Se precisa que el grupo “debe estar basado en una característica común de sus miembros, como su raza real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad, la orientación



sexual u otro factor similar” (noción de delito de odio de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, del año 2003).

En la Unión Europea, el primer acto de entidad con voluntad de avance legislativo sobre delitos de odio fue la Decisión Marco (DM) 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, la cual desencadenó un proceso político y legislativo, que desembocó en la regulación de los delitos de odio, de modo amplio, en nuestro Derecho Penal, en el año 2015, con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, y que dio nueva redacción al artículo 510 del Código Penal, que establece distintas figuras delictivas que se agrupan bajo la rúbrica de delitos de odio.

Siguiendo a la Fiscalía General del Estado en su circular sobre delitos de odio de 2019, el bien jurídico protegido en este tipo de delincuencia, son valores y normas superiores del Derecho de todo país, a saber, los derechos fundamentales y las libertades públicas, su concreto ejercicio por todas las personas, y en especial por algunas que, por su pertenencia o adhesión a un grupo de afinidad o comunidad, pueden ver lesionados más intensamente esos derechos. Se pretende por tanto preservar la promoción del correcto ejercicio de derechos fundamentales relevantes en cualquier sociedad democrática como, en el caso español, las libertades de expresión y opinión, reunión y manifestación y asociación (artículos 20, 21 y 23 de la Constitución, respectivamente). Sin embargo, esto debe ser complementado, pues si se atiende al sujeto pasivo del delito (quien recibe el daño de la lesión del bien jurídico protegido), el eje sobre el que gira el precepto es la prohibición de la discriminación como derecho autónomo dimanante del derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 14 del texto constitucional español.

Respecto de la naturaleza jurídica de los delitos de odio, estos se configuran como de peligro abstracto, salvo alguna excepción, en que se requiere resultado. En los delitos de peligro abstracto se adelanta la barrera punitiva, respecto de la generalidad de hechos delictivos, cobrando entidad propia aquellos com-



portamientos que generan un riesgo para bienes jurídicos de notable relevancia en el sistema democrático, deteriorándolo o socavándolo de modo grave si no se reaccionase por parte del Derecho Penal.

En lo concerniente al sujeto pasivo de los delitos de odio, estas conductas se dirigen contra un sujeto pasivo que presenta unas características definidas, singulares, diferenciadas, no intercambiables con cualquier otro. Este punto de diferenciación separa y distingue estas conductas de otras idénticas o similares. Así, por ejemplo, una agresión o una vejación se reputan como delito de odio si tienen como destinatario a un determinado grupo o individuo, por el preciso motivo, no otro, de formar parte de esa colectividad. Este elemento entronca con la motivación, el impulso de raíz discriminatoria que, ciertamente, es lo que otorga su esencia al delito de odio.

En cuanto al dolo (la conciencia y la voluntad de llevar a cabo la acción criminal) requerido, los delitos de odio hay que configurarlos como tipos delictivos a título doloso. No se precisa un ánimo específico, bastando pues el dolo genérico consistente en conocer los elementos del tipo penal y obrar con arreglo a esa comprensión.

Las personas con discapacidad, como grupo diferenciado en situación de mayor exposición a ver lesionados sus derechos y libertades, por su pertenencia a esta colectividad, son consideradas por el artículo 510 del Código Penal, junto a otros grupos, como sujetos pasivos de los delitos de odio. Junto a la discapacidad, el resto de las motivaciones que convierten estas conductas en delitos de odio, están los motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

La motivación de odio hacia la discapacidad que está en el origen de la conducta puede llevar a cometer el delito contra un grupo de personas con discapacidad o contra una persona con discapacidad, colectiva o individualmente. Sobre qué ha de entenderse por discapacidad a efectos de aplicar el tipo de de-



lito de odio, hay necesariamente que remitirse a la noción que ofrece el propio Código Penal, en su artículo 25.

Al margen de la tipificación de los delitos de odio del artículo 510 del Código Penal, es preciso mencionar otra regulación con concomitancias, a saber, la agravante por motivo discriminatorio del artículo 22.4.^a del mismo cuerpo legal, que dice:

“Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

Como afirma la Fiscalía General del Estado, esta agravante se configura como otra forma de combatir penalmente determinados comportamientos discriminatorios que tienen como destinatarios a ciertos grupos (también las personas con discapacidad), cuando los hechos no encajen propiamente en alguna de las figuras recogidas en el artículo 510 del Código Penal.

f. Personas con discapacidad reclusas

Las variables que se relacionan con la entrada de una persona en prisión son variadas y acumulativas. En la actualidad, parece existir consenso general en que está claro que las personas más vulnerables o que se mueven en un entorno relacionado con la exclusión social, tienen más posibilidades de entrar en el círculo delictivo y, por lo tanto, en el sistema penal-penitenciario. Dicho de una forma más gráfica, los Centros Penitenciarios se nutren principalmente de personas que se han desarrollado en un contexto desfavorecido o excluido socialmente.

Así, es un hecho que el encarcelamiento afecta de forma mayoritaria a varones jóvenes, con escaso nivel de estudios, sin empleo, y que cumplen condena por delitos contra la propiedad (robos) y/o por tráfico de drogas. Este último factor se hace especialmente importante cuando hablamos de personas



con discapacidad en el medio penitenciario, pues es bastante frecuente la presencia de enfermedad mental y/o discapacidad intelectual originada o agravada por el consumo abusivo de sustancias tóxicas.

El centro penitenciario es una institución que en el ordenamiento jurídico vigente cumple o debe cumplir, en mayor o menor medida, dos funciones principales: una relacionada con la custodia para el cumplimiento de la pena de privación de libertad y otra con la provisión a la persona reclusa de servicios denominados de “tratamiento”, dirigidos a facilitar su reinserción social.

Las personas con discapacidad afectadas por el régimen penal–penitenciario constituyen un grupo poblacional con características específicas, sobre el que resulta de interés examinar tanto su situación y necesidades durante el periodo de cumplimiento de la condena, como los factores de riesgo presentes antes y después del periodo de privación de libertad. El total de personas reclusas en España en el año 2017 (últimos datos disponibles) era de 58.828, con un aumento sustancial en la población de personas con discapacidad (4.997 en 2018, frente a 2.323 en 2008). Sin embargo, dicho incremento pudiera deberse al refinamiento y eficacia alcanzada en los métodos de clasificación, detección y valoración. De este total, las mujeres son 367 y los hombres 4.630. Por tipo de discapacidad, los datos se concentran en las personas con problemas de salud mental (1.736), pluridiscapacidad (1.446) y discapacidad física (1.339).

La información recopilada muestra que la situación de las personas con discapacidad en estas instituciones es de especial vulnerabilidad: el 30 por 100 tenían otro familiar en prisión y antes de su entrada en prisión, convivían con la familia (73,33 por 100) en barrios marginales (55,07 por 100). Los principales ingresos con los que cuentan son fundamentalmente prestaciones no contributivas. Estas situaciones de vulnerabilidad vienen dadas por la descoordinación de las intervenciones. Esto se ejemplifica con que el 80 por 100, no asistieron nunca a un recurso especializado de discapacidad.

Desde hace más de 30 años, han ido surgiendo diferentes iniciativas de intervención y apoyo a personas con discapacidad en el medio penitenciario, las



más consolidadas de las cuales se han centrado en la atención a personas con discapacidad intelectual y problemas de salud mental o discapacidad psicosocial. Existen además otras iniciativas de atención a la población reclusa en general, en cuyo marco se han desarrollado líneas de actuación específicas dirigidas a la población reclusa con discapacidad.

En el plano político, diversas iniciativas parlamentarias y gubernamentales en relación con la situación penal-penitenciaria de las personas con discapacidad han favorecido el surgimiento (todavía de forma incipiente) de medidas relacionadas directamente con la detección de casos, el desarrollo de programas de rehabilitación específicos, así como la coordinación con entidades colaboradoras externas a las estructuras penitenciarias: Administraciones Locales, Autonómicas, ONG, etc.

Desde una óptica estrictamente jurídica, la propia Constitución Española, en su artículo 25.2, establece las condiciones fundamentales que deben caracterizar la intervención de los servicios penitenciarios. Concretamente, indica que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reinserción social. Además, determina que, a excepción de los derechos limitados por la sentencia penal, el penado goza de las mismas garantías y derechos que cualquier otro ciudadano, esto es, por ejemplo, derecho al trabajo, seguridad social, sanidad, cultura, etc. Referidos a las personas con discapacidad, existe una serie de derechos que protegen y asisten específicamente a estas, también en el medio penitenciario, que, si no son expresamente suspendidos por el juez, permanecen vigentes durante la condena: protección económica, rehabilitación, accesibilidad universal y no discriminación, entre ellos.

El espacio penal-penitenciario en España se encuentra delimitado principalmente por tres normas: la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

En las normas exclusivamente penitenciarias (las dos últimas) apenas hay preceptos o menciones específicos dedicados a las personas con discapacidad,



aunque sí cabe citar algunos artículos que de forma más o menos directa tienen incidencia en el régimen de vida y tratamiento de las personas con discapacidad en el ámbito penal-penitenciario.

En función de la imputabilidad (o no) de la persona con discapacidad en su dimensión de sujeto infractor, una vez acreditada en el juicio penal la acción típica y antijurídica (el delito), vendrá la consecuencia jurídica, pena privativa de libertad o medida de seguridad también privativa de libertad. Su hay imputabilidad, la pena de prisión se cumple en el establecimiento penitenciario; si no la hay, se adopta medida de seguridad, que en España suele cumplirse en establecimientos psiquiátrico-penitenciarios.

El estudio de la situación de las personas con discapacidad en el medio penitenciario español revela que este grupo ha venido siendo víctima de un maltrato y de una discriminación institucional que se ha plasmado en frecuentes vulneraciones de derechos y en su sometimiento a unas condiciones de privación de la libertad –ya se trate del cumplimiento de penas o ya se trate del cumplimiento de medidas de seguridad– que terminan siendo más intensas, de peor calidad y de mayor duración llegando a implicar incluso un doble castigo.

La implantación del modelo general de derechos humanos de la Convención de 2006 y de sus exigencias concretas en materia penitenciaria –que requiere, entre otras actuaciones, la reforma de la normativa y el replanteamiento de determinadas políticas– contribuirá, sin duda, a cambiar esta situación. Pero, además, no conviene olvidar que la Convención posee un enorme potencial para atajar algunos de los factores que, según antes se apuntó, influyen en la presencia de las personas con discapacidad en el medio penitenciario. En este sentido, la Convención de 2006 incide también en la legislación y políticas sociales y en la legislación penal sustantiva y procesal.

g. Conclusiones

- El papel de las personas con discapacidad en el Derecho Penal es múltiple, y en casi todas esas posiciones el ordenamiento jurídico les dis-



pensa un trato singularizado, con particularidades legales que revelan la relevancia que la discapacidad tiene en la esfera penal.

- Las personas con discapacidad pueden ser infractoras, con o sin responsabilidad criminal, en función de su imputabilidad; pueden ser víctimas de delitos y pueden terminar integrando la población reclusa, cuando cumplen penas privativas de libertad.
- Cuando la persona con discapacidad es víctima de un delito, el impacto del mismo se intensifica, dada su vulnerabilidad de partida. Ante ello, los sistemas legales europeos, incluido el español, ha desplegado políticas y dispositivos, de acompañamiento, soporte y apoyo a las víctimas, más allá de lo estrictamente procesal. Entre los destinatarios de esta acción reforzada de protección de las víctimas de delitos están también las personas con discapacidad.
- Los delitos de odio son una expresión de nueva delincuencia que se ha expandido en los últimos años que atenta contra los principios y bases del sistema democrático, al atacar los derechos fundamentales y las libertades públicas, a impulsos de motivaciones discriminatorias contra grupos diferencias y las personas que ellos pertenecen. El grupo de la discapacidad entra de lleno como sujeto pasivo en este tipo de delitos, por lo que se requiere se le dote de una protección pronta y eficaz.
- Las personas con discapacidad internadas como reclusas en establecimientos penitenciarios son un grupo singularmente excluido, en posición de extrema debilidad en cuanto a la protección de sus derechos en un entorno de privación de libertad en el que la discapacidad agrava el efecto negativo de la pena y dificulta la reinserción social. El mal funcionamiento del proceso penal lleva a que personas con discapacidad inimputables terminen cumpliendo una pena de prisión, porque el sistema no supo apreciar su situación de no imputabilidad.

Para saber más

CUENCA, Patricia: *La adaptación de la normativa penitenciaria española a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe propuesta*, CERMI/Ediciones Cinca, 2019.



HUETE GARCÍA, Agustín y DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo (coordinadores): *Las personas con discapacidad en el medio penitenciario en España*, CERMI/Ediciones Cinca, 2008.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, 2019.

OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD (OED): *La población reclusa con discapacidad en España: situación, propuestas y buenas prácticas*, 2019.

TAPIA BALLESTEROS, Patricia: *Tratamiento de las personas con discapacidad en el Código Penal*, Papeles El Tiempo de los Derechos, 2018.

6. ACCESO AL EMPLEO E INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

a. Introducción

Para todas las personas, el empleo es una vía privilegiada de participación social y de autonomía económica, que si se despliega en condiciones de justicia y decencia permite al trabajador y a su entorno más próximo llevar una vida digna y contribuir a su vez al sostenimiento y desarrollo de su comunidad de pertenencia.

El empleo es un bien social básico del que ninguna persona o grupo social deberían quedar excluidos, siendo obligación de los poderes públicos crear las condiciones propicias y remover los obstáculos que impiden o dificultan que la inclusión laboral sea real y efectiva. En relación con el empleo, las personas con discapacidad, casi el 10 por 100 de la población española, son un sector fuertemente castigado.

La situación laboral de las personas con discapacidad se caracteriza por una baja participación de éstas en el mercado de trabajo, con elevadas tasas de desempleo, muy superiores a los de la población sin discapacidad, y sobre todo altos índice de inactividad forzada –personas que estando en edad laboral, no buscan activamente empleo ni si forman para ese propósito–.



Entre estas personas, la tasa de inactividad es casi 40 puntos superior a la general, siendo el mayor de los déficits en la esfera laboral. Las relativamente pocas que consiguen el acceso a un empleo, muchas veces precario, lo hacen mayoritariamente a puestos considerados de menor cualificación, lo que lleva consigo bajas remuneraciones, sufriendo brechas salariales amplias.

Este estado de cosas se agudiza según tipo e intensidad de la discapacidad, y según género. Determinadas discapacidades –salud mental, discapacidad intelectual, trastorno del espectro del autismo, parálisis cerebral, daño cerebral, etc.– o aquéllas en grado más intenso, así como las mujeres con discapacidad, sufren en mayor medida la exclusión laboral por lo que dentro de la propia discapacidad hay diferencias acusadas, con grupos que presentan especiales dificultades de inserción, aunque todos comparten una situación de partida muy negativa.

La exclusión laboral de las personas con discapacidad, que cabe afirmar es sistemática y estructural, sólo puede ser revertida con vigorosas políticas públicas de empleo y con legislación general y específica que favorezca progresivamente el acceso al empleo de este grupo de población.

Muchos países, por convicción propia y siguiendo mandatos o recomendaciones internacionales (Organización de las Naciones Unidas, Unión Europea, etc.) así lo han entendido y han desplegado medidas públicas de promoción del empleo de personas con discapacidad, que han llegado a constituir un sistema de empleo de la discapacidad. En España, las políticas de inclusión laboral de la discapacidad se remontan varias décadas atrás, con resultados desiguales y muy fluctuantes, en general modestos, que señalan una muy lenta mejora a lo largo de los años, pero sin que el problema de fondo termine de resolverse.

Siguen siendo necesarias políticas y legislaciones promotoras del empleo de las personas con discapacidad, basadas en la igualdad de trato y la no discriminación, las adopción de nuevas y más enérgicas medidas de acción positiva, la atención preferente a los segmentos de las discapacidad con mayor riesgo de exclusión, con claro rostro femenino, y la activación por todos los



medios de los amplios sectores de la discapacidad que están al margen del mercado de trabajo (inactivos) o si han dado el paso hacia su participación laboral, en situación de desempleo. Los datos estadísticos son tristemente elocuentes: solo 1 de cada 4 personas con discapacidad en edad laboral tiene un empleo, estando las tres restantes bien en desempleo o inactivas.

La inclusión laboral de las personas con discapacidad es una cuestión urgente y pendiente cuya ausencia nos empobrece moral y económicamente, y que ha de formar parte de los retos globales de país.

b. Normas jurídicas de referencia

- Constitución Española, artículos 14, 35 y 49.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006, artículo 27.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, artículos 35 y siguientes.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

c. El sistema de empleo de las personas con discapacidad

En España existe un sistema legal de empleo de personas con discapacidad, originado en los años 70 del siglo XX, que pretende, por un lado, asegurar la



no discriminación por razón de discapacidad en el acceso, permanencia y progreso en el trabajo y, por otro, promover su inclusión laboral, con medidas de acción positiva (cuotas, apoyos, ayudas, incentivos, deducciones, etc.), dada la situación de apartamiento del mercado del trabajo tan extendida en que se encuentra este grupo de población.

i. La no discriminación.

La no discriminación por motivos de discapacidad en el derecho al trabajo, establecida legalmente, significa que no se puede otorgar un trato desigual no justificado a una persona con discapacidad en el ejercicio de su derecho al trabajo. La discapacidad no puede ser un elemento de castigo para la persona en su vida profesional por lo que el ordenamiento jurídico lo prohíbe y en caso de producirse lo sanciona, como indeseable.

La discriminación prohibida es tanto la llamada directa (el empleador rechaza entrevistar a un aspirante con discapacidad en un proceso selectivo abierto para ocupar una posición o puesto de trabajo, por esta causa, por ejemplo), como la indirecta (un trabajador con discapacidad es despedido por acumular ausencias objetivas en su trabajo las cuales tienen relación con su discapacidad –ha de acudir más a terapias o a servicios médicos–). Tampoco es admisible en el ámbito laboral la discriminación por asociación, es decir, aquella en la que la persona trabajadora no tiene la discapacidad, pero sí existe en su entorno y que supone un trato desigual desfavorable (un empleador deniega la contratación de un progenitor de un descendiente con discapacidad por entender que le llevará más atenciones y cuidados y puede por ello “desatender” sus obligaciones laborales).

En el caso de la discapacidad, la negativa del empleador a realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo o en el entorno laboral, requeridos por la situación de discapacidad de la persona trabajadora, es también considerada como discriminación. Así, si un trabajador con discapacidad visual pide que a su puesto informático se le dote de programas específicos que lean los conte-



nidos textuales y así estar en disposición de acceder a la información, el empresario está obligado a ello, como ajuste razonable. Sólo podría negarse si supusiera una carga desproporcionada.

Otro ejemplo: una empresa que cuenta con estacionamiento de vehículos para trabajadores; si el empleado con discapacidad física –usuario de silla de ruedas– lo pide debe proporcionársele una plaza de aparcamiento adecuada a sus necesidades, lo más cercana posible al punto de ingreso al centro de trabajo. Si las plazas son limitadas –no hay para todos los trabajadores que las desean–, este trabajador con discapacidad tendría preferencia respecto de las solicitudes de otros compañeros sin discapacidad.

La prohibición de la discriminación por motivos relacionados con la discapacidad en ningún lleva consigo que se impida, ni en lo general ni en lo particular, la adopción de medidas de discriminación positiva o de acción afirmativa que tengan como fin compensar o paliar las desventajas objetivas o iniciales de las que parten las personas con discapacidad en su acceso, presencia y progreso en la vida profesional.

Se admite esta “discriminación”, porque se trata desigualmente a quien en la práctica no goza de idénticas condiciones de igualdad. Como se verá más adelante, a propósito de una medida como la cuota de reserva obligatoria, no es discriminatorio establecer un cupo del 7 por 100 en favor de personas con discapacidad en el acceso al empleo público, como hace el Estatuto Básico del Empleado Público; como tampoco lo es el deber que impone la Ley de Contratos del Sector Público de reservar un porcentaje de licitaciones, sin concurrencia competitiva con otras ordinarias, a determinadas empresas (centros especiales de empleo de iniciativa social) pues estas últimas cumplen una función social al tener en su plantilla al menos a un 70 por 100 de trabajadores con discapacidad oficialmente reconocida. Los poderes públicos favorecen con la herramienta de la contratación pública responsable a aquellas iniciativas empresariales con propósito social, al ofrecer mayores oportunidades laborales para un grupo excluido en términos de empleo como el de las personas con discapacidad.



d. Modalidades de acceso al empleo

El marco legal de promoción de la inclusión laboral de las personas con discapacidad es diverso, existiendo una variedad de modalidades, con sus características propias y distintivas, para favorecer el acceso al empleo de este sector de la población.

Esquemáticamente, el sistema legal de empleo de las personas con discapacidad en España constaría de las siguientes modalidades:

- Empleo ordinario. El trabajador con discapacidad participa en el mercado común y abierto de trabajo a través de un empleo en una empresa de las consideradas ordinarias, sin notas peculiares o diferenciadas por motivos de discapacidad. El empleo ordinario puede desplegarse en empresas privadas (la propiedad de éstas no es pública) o en las Administraciones Públicas o sector público; en este último caso, se habla de empleo público de las personas con discapacidad. Si el trabajador con discapacidad está contratado laboralmente por un empleador, se trataría de empleo por cuenta ajena; si es su propio empresario, se trataría de empleo por cuenta propia o autoempleo (el trabajador con discapacidad se instala como autónomo). La importancia del empleo autónomo lo eleva a modalidad de inclusión laboral por sí misma.
- Empleo protegido. En esta modalidad, específica de las personas con discapacidad, el trabajador con discapacidad se desempeña laboralmente en un centro especial, un tipo de empresa productiva que reúne una serie de notas que la distinguen del resto de empresas ordinarias. Entre otras cuestiones particulares, la relación laboral de los trabajadores con discapacidad que prestan sus servicios en centros especiales de empleo es de carácter especial. En general, en esta modalidad se protege más al trabajador con discapacidad, de ahí que se le denomine empleo protegido.
- Empleo con apoyo. Aquí, el trabajador con discapacidad –sólo los considerados de especiales dificultades de inserción laboral– presta sus servicios en una empresa ordinaria, pero es acompañado en el puesto de trabajo y en el entorno laboral, durante un tiempo, por una entidad social



que le proporciona apoyos (de ahí el nombre) para que el proceso de inclusión laboral resulte exitoso y supere las dificultades objetivas a que se enfrentan siempre las personas con discapacidad. Se trata de una modalidad de empleo más reciente en el tiempo (se reguló en 2007), con menos recorrido que las anteriores, pero con muchas posibilidades de futuro.

Hay que advertir que puede haber trabajadores con discapacidad (en la empresa privada o en el sector público; por cuenta propia o ajena, etc.) que se desempeñen profesionalmente como cualquier otro empleado, en los que su discapacidad no haya sido relevante a efectos laborales. Disponer de declaración oficial de discapacidad es voluntario para la persona —ésta la solicita si así lo considera— y no tiene obligación de manifestarla ante la empresa. Piénsese también en la discapacidad sobrevenida, la adquirida con posterioridad a entrar a desempeñar un determinado empleo.

Estos son en esencia los dispositivos de empleo de personas con discapacidad del sistema legal español, pero hay otros factores como la edad, el sexo (ser mujer), el tipo y grado de discapacidad, la formación, etc., que se tienen en cuenta a la hora de recibir o no una serie de apoyos o de intensificar los disponibles con carácter general.

Finalmente, más allá de las políticas estrictas de promoción del empleo, existen otras medidas legales dirigidas a favorecer la inclusión laboral de personas con discapacidad desde ámbitos como la fiscalidad (reducciones y bonificaciones en tributos como el Impuesto de Sociedades para la compañía que contrata a trabajadores con discapacidad); la protección social (la Seguridad Social permite cierto grado de compatibilidad entre pensiones no contributivas por incapacidad y la realización de una actividad laboral) o la contratación pública (la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 establece reserva de licitaciones en favor de centros especiales de empleo de iniciativa social o excluye de la contratación pública a las empresas privadas que estando obligadas a cumplir la cuota de reserva legal de empleo de personas con discapacidad no acreditan tal extremo, castiga de este modo a las empresas incumplidoras).



e. Obligaciones legales y marco de apoyos e incentivos

Dada la situación generalizada de exclusión laboral de las personas con discapacidad, el Estado ha establecido unas medidas, en algunos casos imperativas, en otros de promoción y apoyo, que alienten el que más personas con discapacidad se incorporen al mercado de trabajo y pueden desarrollar una vida profesional satisfactoria para sí y para su entorno.

Se enuncian las de mayor relevancia:

- i. Cuota de reserva legal de empleo para trabajadores con discapacidad.

En la empresa privada

La Ley (General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, artículo 42) establece como medida de acción positiva que todas las empresas privadas con una plantilla de 50 o más trabajadores han de contar con al menos un 2 por 100 de personas con discapacidad contratadas. Es una obligación legal de carácter social imperativa para las empresas privadas que estén en ese supuesto,

La contratación de ese 2 por 100 de trabajadores con discapacidad ha de ser preferentemente directa, pero excepcionalmente se permite que las empresas que acrediten ante el Servicio Público de Empleo la imposibilidad de contratación directa, pueden mediante medidas alternativas, debidamente autorizadas, cumplir la cuota con otro tipo de acciones como adquisición de productos, bienes y servicios a un centro especial de empleo, a un autónomo con discapacidad o por la vía de realizar donaciones para programas de inclusión laboral a entidades sociales de la discapacidad (asociaciones y fundaciones) que carezcan de fines lucrativos. Las cuantías de esas adquisiciones y donaciones se calculan en función de aquella parte de la cuota que la empresa no puede cumplir por el cauce de la contratación directa.

El incumplimiento de este deber legal por parte del empresario obligado hace que incurra en infracción social castigada administrativamente (infrac-



ciones y sanciones del orden social). También lleva consigo que la empresa quede excluida de licitaciones públicas.

En el empleo público

En la Administración Pública también existe obligación de reserva legal de plazas en favor de personas con discapacidad. Pero la fuente legal y el régimen son distintos. La Ley del Estatuto del Empleado Público –artículo 59–, que rige en esta materia para todas las Administraciones –Estatad, Autonómica y Local– dispone que éstas deberán alcanzar un 2 por 100 de todos sus efectivos cubierto por personas con discapacidad, para lo cual reservarán en sus ofertas periódicas (normalmente, anuales) de empleo público al menos un 7 por 100 de las plazas convocadas en favor de personas con discapacidad, según este reparto: un 5 por 100 para personas con discapacidad no intelectual, en general; y un 2 por 100, específicamente, para personas que acrediten discapacidad intelectual (subcuota del 2 por 100 de discapacidad intelectual). Cada año, la Oferta Pública de Empleo, detalla el número de plazas reservadas y los cuerpos, grupos y categorías a las que se adscriben.

ii. Regulación legal y marco de apoyos.

En el empleo ordinario privado

Las empresas privadas –siempre las empresas, no directamente los trabajadores– que contraten a personas con discapacidad pueden acogerse a distintos incentivos, beneficios y ventajas que proporcionan los poderes públicos para promover el bien social de la inclusión laboral de este grupo cívico. Dentro de los incentivos sociales, cabe señalar subvenciones a fondo perdido por trabajador contratado, bonificaciones en las cuotas empresariales de Seguridad Social y ayudas para la dotación de condiciones adecuadas del puesto de trabajo. Estos varían según el tipo y grado de la discapacidad, o de la edad, sexo, etc., de la persona contratada.

En el ámbito fiscal, las empresas que tributan por el Impuesto de Sociedades gozan de deducciones por la contratación de estos trabajadores.



En el empleo protegido

El empleo protegido de personas con discapacidad lo constituye en España el que ofrecen los centros especiales de empleo, que son empresas productivas que reúnen estas características:

Han sido calificadas como tales por la Administración Laboral, tras superar el oportuno expediente administrativo.

Su plantilla ha de estar integrada, al inicio y durante toda su actividad como empresa, por al menos un 70 por 100 de trabajadores con discapacidad; sin ese mínimo, no pueden ser considerados como centros especiales de empleo.

La relación laboral de los trabajadores con discapacidad de estos centros no es la ordinaria, sino una especial regulada en un real decreto *ad hoc*.

Han de promover el tránsito de los trabajadores con discapacidad de sus plantillas a modalidades ordinarias de empleo.

Tiene obligaciones reforzadas de acompañamiento a sus trabajadores con discapacidad (unidades de apoyo y servicios de ajuste personal y social).

Gozan de incentivos y ayudas de carácter público más intensos, por ser empleo protegido. Las principales son: a) Exención del 100 del 100 de las cuotas empresariales de la Seguridad Social por trabajador con discapacidad. b) Subvención del al menos el 50 por 100 de la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional por cada trabajador con discapacidad. c) Otras subvenciones para sostener las unidades de apoyo o promover enclaves laborales. D) Subvenciones extraordinarias para distintos fines.

Los centros especiales de empleo de iniciativa social (cuyo titular son asociaciones o fundaciones) pueden beneficiarse de contratos reservados de las Administraciones Públicas, como apoyo a su finalidad social; no así, los centros especiales de empleo de iniciativa privada (cuyo titular son empresas sin propósito social), que no son receptores de esta reserva de contratación.



En el empleo autónomo

Los trabajadores con discapacidad que se establecen como autónomos disponen también de incentivos y ayudas de carácter público, pero en mucha menor medida que las existentes para el impelo por cuenta ajena. Pueden acogerse a reducciones, durante un periodo de 5 años, en sus cuotas de Seguridad Social (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos) y son receptores de subvenciones sobre todo en el inicio de su actividad para favorecer las inversiones, aunque esto varía según la comunidad autónoma de que se trate. También, en su régimen fiscal (Impuesto de la Renta de las Personas Físicas) cuentan con ciertas ventajas tributarias por ser titulares con discapacidad de una actividad económica.

Otras medidas favorecedoras

Sin afán exhaustivo, sólo indicador, hay que mencionar que están establecidas medidas de distinto tipo que tienen por objeto promover la inclusión laboral de personas con discapacidad, desde contratos específicos para trabajadores con discapacidad a excepciones de edad más favorables para acogerse a programas de fomento del empleo (garantía juvenil, etc.), pasando por la exención de los derechos de examen en los procesos selectivos de acceso al empleo público.

f. Conclusiones

Las personas con discapacidad siguen excluidas del bien básico del empleo.

- La discapacidad castiga fuertemente en términos de acceso, presencia y progreso en el mercado laboral.
- La realidad laboral de las personas con discapacidad no es uniforme, sino muy diversa. Aspectos como el tipo y grado de la discapacidad, la concurrencia de más de una discapacidad, el sexo, la edad o la residencia (entorno urbano o rural) agrava la exclusión laboral de partida que en general genera la discapacidad.



- Más que el desempleo, muy elevado, es la inactividad no querida el gran problema de las personas con discapacidad en relación con el empleo.
- A pesar de los esfuerzos desarrollados en las últimas décadas, la evolución del empleo de las personas con discapacidad presenta una débil evolución, siendo una cuestión política, social y económica pendiente.
- Ante esta situación, los Estados han establecido sistemas legales, modelos de acción y políticas públicas de promoción de la inclusión laboral de las personas con discapacidad.
- España cuenta con un dispositivo legal de inclusión laboral de personas con discapacidad, que, de conformidad, con los mandatos internacionales, pasa por la no discriminación, directa e indirecta y por asociación, y por la adopción de medidas de acción positiva de fomento del empleo, como la cuota de reserva en el sector privado y en el sector público, y con un amplio marco de apoyos, ayudas e incentivos, laborales, sociales y fiscales.
- España debe repensar su modelo de inclusión laboral de personas con discapacidad pues el vigente ofrece indicios de agotamiento.

Para saber más

El Empleo de las Personas con Discapacidad 2021, operación estadística, Instituto Nacional de Estadística (INE), 16 de diciembre de 2021, disponible en www.ine.es.

“Trabajo y Empleo [de las personas con discapacidad]”, en *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, DE LORENZO GARCÍA, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Directores), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, páginas 342 y siguientes.

7. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. SEGURIDAD SOCIAL, SERVICIOS SOCIALES Y MEDIDAS DE APOYO A LAS FAMILIAS

a. Introducción

En las sociedades democráticas avanzadas, como según la Constitución es España, al menos como aspiración que ha de guiar todos los esfuerzos, no sólo se reconocen y aseguran los derechos civiles y políticos –los llamados de primera generación, por ser los que se consagraron en el inicio de los regímenes liberales–, sino que también la acción de protección del Estado comprende los derechos económicos, sociales y culturales, o de segunda generación, ya que surgieron después, por ser responsabilidad pública tanto mantener la dimensión más formal, cuanto la material. Los derechos de contenido prestacional, los que proveen para que las condiciones de dignidad e igualdad sean reales y efectivas, no meramente declarativas, forman parte del núcleo de las democracias modernas.

Es el llamado Estado del Bienestar, surgido tras la II Guerra Mundial en la Europa Occidental, en el que los poderes públicos están comprometidos –política, legislativa y presupuestariamente– en que su ciudadanía, por el hecho de serlo, de pertenecer a una comunidad política que vela por la integridad de todas las situaciones individuales y familiares, asume que ha de proporcionar un nivel de vida adecuado a cada persona. Para ello, formula y consagra, como primer paso, en su constitución y sus leyes los derechos de contenido material



de segunda generación, y crea, habilita y despliega sistemas públicos –Seguridad Social, servicios sociales, políticas de apoyo a las familias, viviendas protegidas, etc.– con que proveer y dispensar ese soporte. Todo este conjunto de dispositivos, conforman la protección social del Estado, que puede ser más o menos universal (según si llega a toda la ciudadanía o sólo a la que está en situación de necesidad) o más o menos intensa (subvenir a todas las necesidades vitales o sólo una parte, las consideradas más determinantes para llevar una vida en condiciones de dignidad, al menos en estadios mínimos. El Estado del Bienestar en su grado máximo, tendía a dar respuesta a la totalidad de ciudadanos; y en grados menos desarrollados, como sería el caso de España, a las situaciones de necesidad social más acuciantes, por no poder –a causa de razones económicas, por el nivel de riqueza nacional– atender todas.

Aunque el ideal en los sistemas de derechos humanos es igualar los derechos de primera y segunda generación, que deben tener el mismo nivel de relevancia y merecen por tanto idéntica protección, aunque el tiempo en que irrumpieron fuera distinto (siglos XVIII y XIX, por un lado, y siglo XX, por otro), lo cierto es que los derechos de contenido material –desde luego en España– no alcanzan el grado de perfección de los civiles y políticos. Esto es harto evidente en nuestro texto constitucional de 1978, que, a pesar de declarar al país como Estado social, democrático y de Derecho (artículo 1), por este orden, a la hora de enunciar los derechos, los relativos a las condiciones materiales, ni siquiera son derechos fundamentales (la más alta protección constitucional), sino que quedan en una suerte de segundo nivel, rebajado, como meros “principios rectores de la política social y económica”, artículos 39 y siguientes. Este déficit debería subsanarse en el futuro con una reforma constitucional que dotara del carácter de fundamentales a los derechos sociales, económicos y culturales, pero eso, como todo lo relativo al futuro, es simple posibilidad.

La discapacidad entra en esta segunda consideración (no en vano su reflejo constitucional está en el artículo 49, como principio rector). Las personas con discapacidad son acreedoras de protección social, sí, los poderes públicos habrán de actuar para ese propósito, pero no a título de derecho subjetivo perfecto, de derecho fundamental.



b. Normas jurídicas de referencia

- Constitución Española, artículos 39, 41, 43, 49 y 50.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.
- Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

c. La protección de las situaciones de discapacidad en el Sistema de Seguridad Social

La Seguridad Social suele ser en los Estados en los que se implantó y desplegó el llamado Estado del Bienestar el mecanismo más potente y extenso de protección social de la población. Surgida en las décadas finales del siglo XIX en Centroeuropa, se extendió durante el siglo XX, más acusadamente tras la II Guerra Mundial, por este y otros continentes, siendo seña de identidad de los países política y socialmente avanzados. Ligada en su nacimiento, fundamentalmente, a las situaciones laborales adversas que experimentaban los trabajadores en su actividad productiva, se fue ampliando a otras esferas no estrictamente laborales y al entorno de los trabajadores, como es la familia, llegando en determinados casos a realizar una vocación universalista de proteger a todas las personas en las que se dieran estados de necesidad de importancia.



Si nos atenemos a España, las personas con discapacidad, casi un 10 por 100 de la población española, presentes en una de cada cinco familias, son un grupo social singular, con necesidades específicas en relación con el empleo y la protección social, sobre todo, con la ligada al sistema público de Seguridad Social. Las conexiones entre discapacidad y Seguridad Social son antiguas en nuestro país, hasta el punto de que este sistema de protección social fue el primero en regular distintas prestaciones para atender las necesidades derivadas de la presencia de una discapacidad. Posteriormente, han sido otros sistemas de protección los que se han ido ocupando de dar respuesta a este haz de necesidades, pasando la Seguridad Social a tener una función colateral en lugar de principal.

Pero la Seguridad Social, sin ser el sistema público de protección social llamado en primer término a promover y proteger los derechos sociales de las personas con discapacidad, tiene y debería tener en el futuro una mayor función, enormemente relevante, en la activación y en la mejora de la protección social de las personas con discapacidad y sus familias.

En las últimas dos décadas años, se han producido avances relevantes de importancia en la consideración de la discapacidad en el entramado de la Seguridad Social, pero este sistema de protección dispone de un potencial en absoluto agotado que permitiría avanzar de forma apreciable en la inclusión de las personas con discapacidad y la de sus familias. A este fin hay que incorporar nuevas orientaciones y directrices para que las medidas de seguridad social promuevan la activación de las personas con discapacidad. Es decir, ingresen un mayor número y por más tiempo a una vida económica activa y extiendan la protección social entre un grupo social con necesidades aún no suficientemente atendidas.

En el ámbito del sistema de protección social español, existe un conjunto de prestaciones con un denominador común: estar dirigidas a dar cobertura social a las necesidades que pueden producirse por la existencia de una discapacidad o de una incapacidad (término muy consolidado en Seguridad Social). Se trata de un cuadro de derechos sociales que se enmarcan en los artículos 41



y 49 de la Constitución Española y cuya regulación básica se encuentra en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Estos dos artículos sostienen que los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos (art. 41) y que realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad.

Es importante tener en cuenta que la protección social de las personas con discapacidad se divide en prestaciones económicas y en prestaciones de servicios sociales, tal y como se reflejan en esos artículos ya citados, 41 y 49 de la Constitución. Del artículo 41 dimanan las prestaciones económicas, y del 49 surgen las prestaciones de servicios sociales. Este carácter dual se proyecta intensamente sobre la protección de las personas con discapacidad desde nuestro sistema de seguridad social. En él se diferencia entre las prestaciones contributivas, que, por lo general, están condicionadas a la existencia de unos períodos de contribución previos y cuya cuantía está en función, al menos en parte, del nivel de las cotizaciones realizadas, y las prestaciones no contributivas, las cuales no precisan de contribuciones previas. Las prestaciones en las que el sistema de Seguridad Social tiene presente las situaciones de discapacidad objeto de protección, o, mejor dicho, las principales especialidades por razón de discapacidad son:

- La incapacidad permanente, de base contributiva, en sus distintos grados.
- La invalidez no contributiva.
- La pensión de orfandad.
- La anticipación de la edad de jubilación.
- Las prestaciones familiares y la asignación económica por hijo/a con discapacidad a cargo.
- Otras (prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, ingreso mínimo vital, prestación no contributiva de nuevo cuño creada en 2020, etc.).



Puede afirmarse que el sistema español de Seguridad Social no existe una prestación específica y universal (para todas las personas en esa situación) por razón de discapacidad, sino que la discapacidad se tiene en cuenta, sometiéndola al cumplimiento de ciertos requisitos, para modificar o modular prestaciones más genéricas, en el sentido de ampliar o intensificar la protección social.

Junto a la dimensión de protección directa a través de prestaciones económicas, existe también una acción positiva de la Seguridad Social en favor de la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Estas medidas se encaminan a mejorar las condiciones en las que las mismas pueden acceder e insertarse en el mercado laboral, como mecanismo para promover una mejora de su autonomía personal y social y de lucha contra la discriminación y los factores de exclusión.

d. La discapacidad en los servicios sociales

Los servicios sociales constituyen el instrumento de los poderes públicos para favorecer el acceso regular al ejercicio de los derechos sociales por parte de personas y grupos que por sí mismos –por su situación de partida de desventaja o vulnerabilidad– no podrían hacerlo; precisan del acompañamiento de la Administración para llevar una vida en mejores condiciones de bienestar, inclusión y participación. Al ser las personas con discapacidad, como resulta acreditado, un grupo de población en situación estructural de desigualdad, han sido consideradas tradicionalmente sujeto y objeto de los servicios sociales, que progresivamente han ido planeando y desplegando un sistema de estrategias, programas, acciones y medidas de carácter específico de promoción y apoyo a su desarrollo individual y su participación comunitaria. Las personas con discapacidad son parte integrante y destinatarias de los servicios sociales.

Desde un punto de vista de política pública, no existe en España una Ley General de Servicios Sociales de ámbito estatal; al entenderse los servicios sociales como materia social competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, según el reparto constitucional de atribuciones, el Estado no ha



promovido legislación global sobre servicios sociales; se ha dejado en manos de los poderes territoriales (muy celosos de sus competencias), que no solo han adoptado leyes y reglamentos, sino que también concentran la gestión de los mismos, con alguna apertura a la participación de las corporaciones locales, pero en mucha menor escala.

Siendo esto así, no es menos cierto que en la esfera de la discapacidad al sí disponer el Estado de una Ley General de Derechos (Real Decreto Legislativo 1/2013), que es amplia e integral, y que comprende lo social, sí se da un marco regulatorio de los servicios sociales, en el plano nacional, destinados a las personas con discapacidad. Hay legislación del Estado, que al estar las competencias transferidas y ser la gestión en exclusiva de las Comunidades Autónomas todas las cuales cuentan con normativa propia de servicios sociales, queda más como un elemento referencial, que como algo directamente ordenador, vinculante y aplicable. Este es el resbaladizo y un tanto indefinido espacio de los servicios sociales de la discapacidad a escala nacional, por lo que la mirada sobre su calidad y cantidad hay que dirigirla más a las Comunidades Autónomas, cada una con su respectiva legislación, que son las titulares y responsables, de derecho y, de hecho, de los servicios sociales de personas con discapacidad en España.

No obstante, es útil siquiera a título de mera aproximación, examinar cómo dibuja la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, la cartera de servicios sociales destinados a este grupo de población. Así, en el artículo 13 de la citada Norma legal, dedicado a la atención integral, se compendia el esquema de servicios sociales de las personas con discapacidad. Tras definir esta atención como “los procesos o cualquier otra medida de intervención dirigidos a que las personas con discapacidad adquieran su máximo nivel de desarrollo y autonomía personal, y a lograr y mantener su máxima independencia, capacidad física, mental y social, y su inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, así como la obtención de un empleo adecuado”, dispone que “los programas de atención integral podrán comprender”, los siguientes:



- Rehabilitación o rehabilitación médico-funcional.
- Atención, tratamiento y orientación psicológica.
- Educación.
- Apoyo para la actividad profesional.

e. La Autonomía Personal y Atención a la Dependencia

Por la intensidad de su discapacidad, originaria o sobrevenida a causa de la edad avanzada, una serie de personas están en una situación extensa de limitaciones en la actividad, que desemboca en restricciones severas a la participación social, que las coloca en la necesidad de recibir apoyos intensos para su autonomía personal. Ven, experimentan cómo no pueden realizar por sí mismas las actividades cotidianas de la vida diría –alimentarse, asearse, vestirse, pero también medicarse, realizar gestiones imprescindibles, relacionarse con su entorno o tomar decisiones imprescindibles para su cuidado y bienestar– y precisan ser “acompañadas”, atendidas o cuidadas para que sus condiciones de vida no se resientan y terminen en situación de completa dependencia.

Con el proceso progresivo y extendido envejecimiento de la población que se ha producido en España en la últimas décadas, esta situación se ha incrementado numéricamente de modo casi exponencial, por lo que el Estado ha entendido que ha surgido una nueva necesidad social, no atendida o solo de modo incompleto desde los sistemas de Seguridad Social o de los servicios sociales, que se revelaba acreedora de un nuevo dispositivo de protección social, creado *ex novo*, dirigido a dar respuesta a esta grave y acuciante demanda. La autonomía personal, la dependencia, los cuidados de larga duración, que con estos varios nombres se conoce esta realidad, se convierten en cuestión política, de política social, de primera magnitud y a mediados de la primera década del siglo XXI, el Legislador español aprueba la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, que regula el sistema de cuidados para las personas de edad avanzada o con discapacidad cuya autonomía personal está seriamente comprometida si no reciben apoyos públicos. Surge así el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) entendido como una nueva



arquitectura jurídico-pública de protección social, en buena parte novedosa, pero con conexiones robustas con las políticas de mayores, las de discapacidad, las de Seguridad Social y en general con el sistema previo de servicios sociales.

La Ley 39/2006 ya mencionada define así las situaciones de dependencia (noción legal).

El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades 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.

Y de este modo, el nuevo sistema de servicios creado por ella (la Ley) para gestionar la promoción de la autonomía personal y la atención a las situaciones de dependencia.

El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia [SAAD] responderá a una acción coordinada y cooperativa de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, que contemplará medidas en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia, con la participación, en su caso, de las Entidades Locales.

Estas son las bases sobre las que desde 2007, año de su despliegue efectivo, se está erigiendo el edificio de la autonomía personal y la atención a la dependencia en España, un desarrollo que no ha sido nada fácil y que a fuer de sinceridad hay que decir que está muy lejos, en su nivel de realización, más de quince años después, de las expectativas que generó y de las promesas de mejora social apreciable (cuarto pilar del Estado de Bienestar, se llegó a afirmar de él, con evidente exageración) con que fue proclamado políticamente. Hoy, a pesar del tiempo transcurrido, el SAAD no deja de ser un dispositivo en crisis, incompleto, fluctuante y desigual según territorios, con déficits ostensibles y



preocupantes, que no ha alcanzado (dista mucho para ello) los designios con los que surgió. No ha progresado adecuadamente.

La Ley 39/2006 ha creado una nueva situación jurídica, distinta de la discapacidad o de persona de edad avanzada (mayor) a efectos del nuevo sistema de servicios sociales que lleva aparejado, a saber, la de personas en situación de dependencia. Partiendo de la definición ya examinada de dependencia, serán consideradas personas en tal situación aquellas que hayan obtenido el reconocimiento oficial, tras pasar el proceso de evaluación establecido a tal fin, de acuerdo con un baremo (artículo 27) que determina quién es y quién no persona en situación de dependencia a efectos administrativos. El baremo vigente en materia de dependencia está contenido en el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

La situación de dependencia (artículo 26 de la Ley) se clasifica en tres grados:

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.



La consideración oficial de persona en situación de dependencia está sometida a un procedimiento administrativo (artículo 28) que hay que culminar, que se inicia con la solicitud de la persona interesada que crea estar en condiciones de obtenerla. Tras ser valorada, en su entorno habitual y teniendo presente la documentación e información médica y social que aporte ella y los sistemas sanitario y de servicios sociales, conforme al baremo ya consignado, se emite resolución por la Administración social competente (autonómica, o allí donde está delegada, local), en la que si se le reconoce la situación de dependencia, se le atribuye alguno de los grados legales (III, II y I, gran dependencia, dependencia severa y dependencia moderada, respectivamente). Junto a este reconocimiento del grado de dependencia, se aprueba un Programa Individual de Atención, en el que se establecen las intervenciones, servicios y prestaciones, de los comprendidos en el catálogo de servicios y prestaciones de la Ley (artículos 14 y siguientes), a que puede acogerse, todo ello en función de sus circunstancias personales y del entorno en que se desenvuelve.

Respecto de los apoyos públicos que la persona en situación de dependencia puede recibir, la Ley distingue entre servicios y prestaciones económicas, siendo preferentes o prioritarios los servicios. En caso de que no quepa proporcionar servicios, se le dispensarán a la persona prestaciones económicas vinculadas al servicio, con las que podrá “comprar” o “ayudar a comprar” (valga la expresión coloquial) estos en el mercado privado.

Finalmente, y con carácter excepcional, podrá recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención. También las personas en situación de dependencia podrán recibir una prestación económica de asistencia personal en los términos del artículo 19 de la Ley.

Dada la relevancia de los servicios, el catálogo que la propia Ley enuncia (artículo 15) es el siguiente: 1. El Catálogo de servicios comprende los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia, en los términos que se especifican en este capítulo:



- a) Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal.
- b) Servicio de Teleasistencia.
- c) Servicio de Ayuda a domicilio.
- d) Servicio de Centro de Día y de Noche.
- e) Servicio de Atención Residencial.

Este es el régimen de provisión de servicios y prestaciones de la Ley, que a pesar de ser público no significa que sea gratuito, sin contraprestación por la persona. Existe la participación en el coste (vulgo, copago) como se dispone en el artículo 33 y en sus desarrollos normativos y acuerdos interadministrativos en el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

f. Medidas de acción positiva en favor de las familias con miembros con discapacidad

La discapacidad no es solo una circunstancia personal que atañe de modo exclusivo a la persona que la presenta, sino que también es un hecho con dimensión más amplia, social, puesto que repercute y llega a trascender al medio que la rodea. En esta esfera social de la discapacidad, más allá del individuo, la familia es el primer y principal elemento de pertenencia, soporte y adhesión de la persona con discapacidad, siendo también el espacio por antonomasia de socialización y participación hacia la comunidad.

La familia es factor más que relevante, determinante, en el proceso de inclusión social de las personas con discapacidad, especialmente de los niños y las niñas con discapacidad y de las personas que requieren apoyos permanentes. Es el entorno familiar el que proporciona apoyos estables y continuos a la persona con discapacidad, que ante efectivas condiciones de desventaja y menor



igualdad de oportunidades frente al resto de población, suele depender en mayor grado o por más tiempo de su familia, que compensa o atenúa las necesidades de todas clases a las que debe hacer frente la persona en su desenvolvimiento y progresos vitales.

En España, país meridional de arraigada tradición familiar y de un modelo limitado de políticas familiares y sociales promovidas por el Estado, la estructura familiar ha desempeñado un papel esencial en la recepción y atención y sostén a las situaciones de discapacidad. Tradicionalmente, ha sido la familia la que ha venido procurando la cohesión y protección de sus miembros con mayores dificultades de inclusión.

Las familias con miembros con discapacidad constituyen pues un grupo poblacional con necesidades y demandas propias que no suelen atenderse adecuadamente, puesto que se priorizan las actuaciones dirigidas directamente a las personas con discapacidad, pero no existe una consideración específica respecto de sus familias.

La identificación de las necesidades y demandas de las familias con miembros con discapacidad es indispensable, por al menos dos motivos. El primero tiene que ver con el conocimiento de la realidad de esta porción de la población, la cual viene siendo ignorada y, por consiguiente, excluida como parte esencial en el proceso de inclusión de las personas con discapacidad.

Un segundo motivo se refiere a la conveniencia de reflexionar sobre la orientación de las políticas y estrategias públicas con vistas a proponer medidas de mejora de diferente tipo que constituyan una verdadera y ambiciosa política de apoyo a la familia que fortalezca su posición y la de todos sus miembros, incluidos aquellos con discapacidad, que por su situación, requieren mayores atención y apoyos para garantizarles que sus proyectos de vida se realicen plenamente, sin menoscabos o depreciaciones por causa de discapacidad.

Pese a que la Constitución Española, en su artículo 39,1 (“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”), dis-



pensa reconocimiento y protección a la familia, lo cierto es que las políticas de familias (o familias, en plural, como es más usual en estos momentos), no gozan en España de una gran amplitud y robustez. Al ser considerada la protección familiar, como una cuestión social, se ha entendido que es competencia de las Comunidades Autónomas y que el Estado (Gobierno central) solo tiene un papel menor. En esta materia, no existe una política estatal integral de familias (que se deja a los territorios), una actuación estructurada y sistemática, sino decisiones y actuaciones aisladas, dispersas, de distinta intensidad. Se producen medidas de protección a las familias en el ámbito de la Seguridad Social, de la fiscalidad, de la educación, de la vivienda, de los transportes, infancia y protección de menores, atención a la dependencia, etc., pero no existe un todo, un marco íntegro e integral de acción públicas (estatal) en favor de las familias.

Si este es el panorama general respecto de las políticas de familias en España, la atención a la discapacidad, dentro de estas actuaciones, es considerada, pero de modo débil, fragmentario y falta de ambición y visión generales. Las políticas de protección familiar son deficitarias en España, y dentro de estas, el apoyo a la discapacidad en la familia, muy disminuidas. Hay por delante por consiguiente un enorme margen de mejora en la necesaria acción pública en la promoción y protección de las familias y más intensamente en aquellas que tienen a una o varias personas con discapacidad en su seno.

Así, la única legislación estatal en materia de familia, como tal, es la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, que como su propia denominación indica, se limita a un tipo de familias, las numerosas, no es universal de y para todas las familias, con independencia del número de componentes que la formen. No existe una Ley General de Familias, lo cual es indicativo de esta pobreza de las políticas de familias en España. Se considerará por tanto solo esta Ley, en esta aproximación a las políticas estatales de familia, en la que sí concurren, transversalmente aspectos de discapacidad, que comportan más facilidades para acceder a la condición legal de familia numerosas o ayudas o apoyos más intensos.



De este modo, la existencia de una persona con discapacidad o “incapacitada para el trabajo” (*sic*) rebaja los requisitos objetivos numéricos para gozar la consideración de familia numerosa (en la inteligencia de que la existencia de una persona con discapacidad en la familia numerosa obliga a redoblar el esfuerzo de atención, por lo que el miembro con discapacidad –hijo y en alguna ocasión progenitor– computa de modo redoblado). Dentro de la acción protectora de esta Ley, se da incremento de las intensidades o incluso se crean prestaciones específicas por motivos de discapacidad como el “subsidio a las familias numerosas que tengan en su seno a hijos con discapacidad o incapacitados para trabajar que presenten necesidades educativas especiales asociadas a la discapacidad” (artículo 12, 1 b)).

g. Conclusiones

- Aunque de segunda generación, los derechos sociales son también derechos humanos y los poderes públicos han de regularlos y garantizarlos para que la inclusión, el bienestar y la participación sociales sean reales para las personas con discapacidad.
- La Seguridad Social es el sistema de protección social más amplio y robusto en las democracias avanzadas, también en España, y aunque la discapacidad, por sí misma, no es una situación objeto específico de amparo, sí que se toma en consideración para modular sus prestaciones, incrementándolas, al generar mayor grado de necesidad.
- El sistema de Seguridad Social español toma en cuenta las situaciones de discapacidad por dos vías, a través de prestaciones económicas, y por medio de servicios sociales. Además, puede coadyubar al objetivo de la inclusión laboral de las personas con discapacidad, activándolas con distintas medidas de promoción.
- Los servicios sociales son el instrumento de la acción pública social que en España se residencia fundamentalmente en las Comunidades Autónomas, por cuyo medio se trata de atender y dar respuesta a las demandas de grupos y personas en estado de necesidad social, entre ellas, las personas con discapacidad y sus familias.



- Dentro de las necesidades sociales, en los últimos años han cobrado mayor relevancia y atención pública las situaciones de dependencia y apoyos para la autonomía personal, por lo que el Estado ha creado un nuevo dispositivo de protección social, el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia, en virtud de la Ley 39/2006.
- La discapacidad en su dimensión familiar, al suponer un notable incremento del esfuerzo que ha de realizar la familia para atender a su miembro con discapacidad, también es considerada como situación específica más protegida en las políticas familiares.

Para saber más

Estudio sobre las necesidades de las familias de personas con discapacidad, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015.

Fundamentos del Derecho de la Discapacidad, DE LORENZO GARCÍA, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Directores), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 503 páginas.

La discapacidad en el Sistema de Seguridad Social. Propuestas de mejora, CABRA DE LINA, Miguel Ángel y PÉREZ BUENO, Luis Cayo, Fundación Alternativas, 2009.

Nuevas Fronteras del Derecho de la Discapacidad, DE LORENZO GARCÍA, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Directores), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 472 páginas.

Protección social: Seguridad Social y Discapacidad, CABRA DE LUNA, Miguel Ángel y PANIZO ROBLES, José Antonio (Directores), CERMI/Ediciones Cinca, 2014.

8. LA FISCALIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

a. Introducción

Las personas con discapacidad en España –casi un 10 por 100 de la ciudadanía, según las estadísticas oficiales– constituyen un sector de población notable desde el punto de vista demográfico y social, al que los poderes públicos, deben prestar especial atención en virtud de lo previsto en el artículo 49 de la Constitución Española. En dicho artículo se prevé que los poderes públicos tendrán que realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, debiendo ampararlas especialmente para el disfrute de los derechos que se regulan en la Carta Magna. Hay que conectar este artículo con el 31 del mismo Texto constitucional, referido al sostenimiento de las cargas públicas, al sistema fiscal y a la tributación, que ha de partir de la capacidad de renta.

Esta acción más intensa se debe ver reflejada también en la política fiscal en la cual, desde hace tiempo, se ha venido teniendo en consideración, a la hora de incorporar y revisar medidas de índole tributaria, la menor capacidad económica, y por tanto contributiva –que es la variable fundamental sobre la que ha de girar la política fiscal–, de las personas con discapacidad y su entorno más próximo, sus familias.

Así, a lo largo de estos últimos años, la discapacidad ha sido uno de los sectores a los que el Legislador fiscal ha prestado progresiva atención, por enten-



der que requieren de especial protección. La relevancia de la discapacidad es fundamental en sociedades maduras, de edades avanzadas y con larga esperanza de vida como es la española, por lo que la fiscalidad tiene la oportunidad de mostrar su lado más justo o equitativo teniendo en cuenta las características y necesidades de las personas con discapacidad o de las organizaciones surgidas para darles respaldo y promover y favorecer su inclusión social.

El Legislador ha dado algunas pruebas de su interés por realizar políticas fiscales que tengan presentes a las personas con discapacidad de manera favorable, y ello en cumplimiento tanto de lo previsto en el artículo 49 de nuestro Texto constitucional, que es la base para las políticas que han de emprender las Administraciones Públicas, entre las que se encuentra sin duda la Administración Tributaria, como en el amplio sentir social que se ha desarrollado en la sociedad española acerca de la necesidad de incluir de manera efectiva en todos los órdenes de la vida social a un grupo largo tiempo discriminado.

No obstante lo anterior, hay que señalar que, si bien en las últimas legislaturas se ha mejorado de manera apreciable la situación de la fiscalidad de las personas con discapacidad, y de sus familias, es necesario seguir proponiendo medidas de mejora, pues aún quedan muchas cuestiones por resolver en la fiscalidad que tienen repercusión directa o indirectamente en la discapacidad.

b. La discapacidad como hecho con relevancia fiscal

El Derecho Fiscal contemporáneo sirve no sólo a la suficiencia y al crecimiento económico, sino también a la cohesión, a la equidad y a la justicia sociales. Debemos entender la fiscalidad de la discapacidad en un sentido amplio –no necesariamente ligado de modo exclusivo a los beneficios fiscales en los diversos tributos–, sino también conectada con el gasto público como proveedor de recursos públicos que faciliten y favorezcan la inclusión de las personas con discapacidad. Esto convierte a la discapacidad en sujeto interesado por las pérdidas derivadas del abuso fiscal, que reducen más que proporcionalmente, el gasto promedio en salud, discapacidad, inclusión, autonomía personal y atención a las situaciones de dependencia.



La discapacidad es, debe ser, un hecho relevante para la fiscalidad. No bastan sólo las políticas de igualdad, o de inclusión, las tradicionales políticas sociales, para tratar de revertir la situación de menores derechos efectivos y de menos participación social que sufren las personas con discapacidad como grupo cívico diferenciado. Por supuesto, estas políticas y legislaciones (sociales) han de ser robustas, suficientes y sostenibles, con carácter de derecho subjetivo, vinculante para los poderes públicos y exigible para la ciudadanía en situación de necesidad y que ha de contar con apoyos efectivos para hacer realidad su autonomía personal y su inclusión social.

Se ha de actuar también a través de las herramientas fiscales que el Estado tiene a su disposición, es decir, por medio de los tributos y su regulación, general y particular, desplegando y aplicando políticas fiscales que consideren las situaciones de discapacidad como un hecho singular que debe ser tenido en cuenta, para otorgarle un trato adecuado asentado siempre en un enfoque de justicia y equidad. La fiscalidad, en el caso de las personas con discapacidad y sus familias, ha de favorecer la inclusión social y la participación en la comunidad.

La relación entre la fiscalidad y la discapacidad se evidencia a partir de la realidad de esta población, con condiciones de vida dominadas por una situación generalizada de exclusión social, con menor capacidad de generar rentas, por causas originadas o asociadas a la propia discapacidad, que al mismo tiempo que las coloca en una posición claramente desventajosa, las aboca a un mayor gasto que viene determinado precisamente por la discapacidad que encarece la adquisición de los bienes, productos y servicios, generales y específicos, que son ineludibles e indispensables en su vida diaria. Éste es, como se verá seguidamente, el llamado “agravio económico por razón de discapacidad”, que debe ponerse de relieve en las políticas que, como la fiscal, tienen un contenido económico, con el objeto de corregir o atenuar el empobrecimiento o, el riesgo de caer en él, que comporta la discapacidad.



c. La discapacidad en el sistema fiscal español. Aproximación y principios rectores

La tributación de las personas con discapacidad en nuestro país ha transitado de la beneficencia a la modernidad dando pasos significativos para que una política fiscal que reconozca la menor capacidad contributiva se haya ido plasmando en las normas tributarias. Si bien no puede afirmarse que exista un régimen fiscal especial para personas con discapacidad, las medidas tributarias introducidas hasta el momento fruto de las recientes reformas llevadas a cabo en el sistema fiscal, denotan el interés del Legislador por mitigar las dificultades que acarrea toda discapacidad a los efectos de favorecer una inclusión más plena en la sociedad. No obstante, estas acciones positivas se están incorporando en la normativa reguladora de cada uno de los tributos, existiendo, por tanto, una clara dispersión normativa en este sentido, la cual se ve acentuada por la regulación que cada Comunidad Autónoma aprueba en uso de sus competencias normativas en materia tributaria.

En términos generales, se puede aseverar que el tratamiento que la normativa tributaria otorga a la situación de la discapacidad se produce en dos grandes líneas de actuación sobre la realidad económica. En primer lugar, con normas tributarias que benefician directamente a las personas con discapacidad. Estas tienen un impacto directo que se justifica por dos motivaciones de política económico-tributaria: por un lado, se trata de un reconocimiento de una menor capacidad económica de las personas que se encuentran en tal situación; por otro lado, se configuran medidas, que podemos calificar como sociales, con la finalidad de ayudar a dichas personas, con independencia de otras consideraciones. En segundo lugar, se han incorporado al ordenamiento un conjunto de disposiciones tributarias que afectan indirectamente a las personas con discapacidad, por la vía de la incentivación de la contratación laboral de trabajadores con discapacidad, sin descartar la vía de la exención de tributación a entidades sin ánimo de lucro que desarrollan su actividad en favor de tales personas.



i. El agravio económico por razón de discapacidad.

El conocimiento del sobreesfuerzo económico que las personas con discapacidad y sus familias realizan, es un elemento imprescindible a la hora de justificar la consideración por parte de la política fiscal de la realidad de la discapacidad.

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

Por ello, el sistema tributario no puede dejar de tomar en consideración la menor capacidad económica de las personas con discapacidad. Al mismo tiempo, debe tener en cuenta la llamada función extrafiscal del tributo, reconocida en el artículo 2.1, segundo párrafo, de la Ley General Tributaria, con el objetivo de lograr la plena inclusión de las personas con discapacidad en el entramado social, colocándola en posiciones de igualdad como ordena el artículo 49 de la Constitución.

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

En este sentido, y aunque la determinación cuantitativa precisa del “efecto sobrecoste” no es fácil de mensurar por la pluralidad de formas de discapacidad y la distinta intensidad de la afectación dentro de cada una de ellas, los estudios socioeconómicos existentes establecen que las personas con discapacidad y



sus familias deben hacer frente a un gasto extraordinario como consecuencia de su discapacidad.

De esta manera, el sobreesfuerzo realizado por personas y las familias, que siguen asumiendo un papel crucial en proveer apoyos para de vida de sus miembros con discapacidad, tiene su fundamento, entre otras, en las siguientes razones:

- Menores ingresos de las personas con discapacidad, que tienen que dedicar un tiempo extra a atender sus necesidades y ven limitadas sus posibilidades de obtención de empleo y de generación de ingresos. Por ello, los ingresos de las personas con discapacidad suelen situarse por debajo de la renta media del conjunto de la población.
- Costes específicos derivados de la propia discapacidad. Existe un aumento de los costes en salud, farmacia, transporte, ocio, asistencia y cuidados, etc.
- Establecimiento del copago de servicios sociales. Establecido en algunas comunidades autónomas en aplicación de la Ley de Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia y otros servicios de esta índole.

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

Dicha situación se torna mucho más crítica cuando concurre la necesidad de obtener ayuda de una tercera persona, o ante una situación de gran necesidad de apoyo para la autonomía personal. Por ello, una parte importante de los costes adicionales que se derivan de la discapacidad no tienen una expresión monetaria directa.



Y es que resulta evidente que los familiares que prestan esos cuidados soportan un importante coste de oportunidad, pues el tiempo que ocupan en atender a sus familiares con discapacidad no pueden dedicarlo a otras actividades que podrían contribuir a elevar el ingreso actual del hogar, si ese tiempo se dedicara a realizar una actividad laboral retribuida. Es necesario considerar, pues, en todos los órdenes regulados, los gastos e inversiones en que incurren estas personas y sus familias, ya que, de no ser así, se estaría ante una profunda situación de desigualdad, colocando a estas personas en una posición económica inferior al resto.

Dicho grupo social no puede participar en la economía global si no tiene suficientes ingresos y está demostrado que una sociedad inclusiva necesita que todas las personas participen de ella, siendo necesario una mejora de su situación económica, y poder, así, optar llevar una vida independiente con garantía de la igualdad de oportunidades y de trato. En definitiva, no cabe desconocer que las personas en situación de discapacidad necesitan aumentar su poder adquisitivo, para lo cual el papel de la fiscalidad resulta crucial.

ii. Discapacidad y dependencia a efectos fiscales.

Discapacidad y dependencia, como se ha visto en este curso, son dos hechos jurídicamente distintos, con regulaciones diversificadas, aunque materialmente tengan interconexiones y superposiciones muy intensas. Fiscalmente, también el tratamiento que otorga el ordenamiento tributario es dispar, uno para la discapacidad y otro para la dependencia, sin que puedan intercambiarse esas posiciones. En general, las personas con discapacidad pueden acogerse a más y más elevados beneficios fiscales, en una gran variedad de tributos, mientras las personas en situación de dependencia, tienen reconocidas algunas ventajas, siempre mejores que las con discapacidad, y limitados a algunos impuestos (esencialmente, el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas).



d. El tratamiento de la discapacidad en el sistema tributario español

i. Disposiciones normativas de referencia.

- Artículos 31 y 49 de la Constitución Española.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
- Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
- Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.
- Leyes fiscales autonómicas.
- Ordenanzas fiscales de las corporaciones locales.

La consideración de las situaciones de discapacidad en el sistema tributario español es amplia y tiene un recorrido antiguo en el tiempo, con desarrollos notables continuados, que han mejorado progresivamente la situación de partida, pero que, en los últimos años, quizás por el impacto de las sucesivas crisis económicas y sociales de 2008 (financiera) y 2020 (pandemia) se ha ralentizado.

A continuación, se ofrece una referencia somera a la posición de la discapacidad en los tributos de más relevancia del sistema fiscal español:



Impuesto de la Renta de las Personas Físicas

El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) es un tributo de carácter personal y directo, de carácter progresivo, que grava la renta obtenida en un año natural por las personas físicas residentes en España de acuerdo con su naturaleza y sus circunstancias personales y familiares.

La norma reguladora es la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Los principales beneficios fiscales que se recogen en el IRPF destinados a aliviar la carga tributaria de las personas con discapacidad y sus familias se articulan a través de exenciones, mínimos personales y familiares, reducciones y deducciones.

Los beneficios fiscales de la discapacidad se han visto mejorados en la forma tributaria llevada a cabo a finales del año 2014, así como en el año 2015.

Impuesto sobre el Valor Añadido

El Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo y grava las entregas de bienes y prestaciones de servicios, así como las adquisiciones intracomunitarias de bienes y las importaciones de éstos, efectuadas por empresarios y profesionales en territorio de aplicación del impuesto (esto es, en España, a excepción de Canarias, Ceuta y Melilla).

El IVA se regula en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Los principales beneficios fiscales que se recogen en el IVA destinados a aliviar la carga tributaria de las personas con discapacidad y sus familias se ar-



ticulan a través de tipos impositivos reducidos, siendo así que se prevén tipos más reducidos (10 por 100, 4 por 100) del general que se cuantifica en el 21 por 100 para determinados bienes y prestaciones de servicios.

Impuesto sobre sucesiones y donaciones

Se trata de un impuesto directo que grava los incrementos patrimoniales lucrativos (a título gratuito) obtenidos por las personas físicas a través de sucesiones, donaciones o seguros sobre la vida cuando el beneficiario es distinto del contratante. Se regula en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre.

En relación con los beneficios fiscales aplicables, la norma incorpora reducciones en la base imponible específicas para personas con discapacidad, no obstante, las propias Comunidades Autónomas podrán establecer sus propias reducciones, por lo que será necesario comprobar la legislación de cada Comunidad Autónoma.

En caso de que fuesen de aplicación reducciones estatales y reducciones de las Comunidades Autónomas, a la hora de calcular la base liquidable, se atenderá, en primer lugar, a las reducciones del Estado y, a continuación, las de las Comunidades Autónomas.

Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica

El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM) es un tributo de carácter local que se regula en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Es un impuesto directo que grava la titularidad de vehículos de tracción mecánica aptos para circular por las vías públicas cualesquiera que sea su clase y naturaleza, y que contempla un beneficio específico para las personas con discapacidad en forma de exención.



Impuesto sobre determinados medios de transporte

Este impuesto se regula en la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales. Comúnmente conocido como Impuesto de Matriculación, es un impuesto indirecto que grava la primera matriculación definitiva en España de vehículos de transporte (automóviles, embarcaciones, avionetas, etc.) de uso privado (nuevos o usados) así como la circulación o utilización en España de dichos medios de transporte cuando no se haya solicitado la matriculación definitiva dentro del plazo de los treinta días siguientes al inicio de su utilización, siendo contribuyentes las personas o entidades a cuyo nombre se efectúa la matriculación.

La Ley 38/1992 prevé un beneficio para los vehículos automóviles matriculados a nombre de personas con discapacidad.

Otros tributos

Como se vio en el tema de este Curso correspondiente al empleo, en el Impuesto de Sociedades existe una deducción por contratación laboral de personas con discapacidad que suponga incremento de plantilla. Se busca con ello, promover la inclusión laboral de estas personas.

e. Tendencias de futuro

Si bien la agenda política en cuestiones fiscales de la discapacidad se ha ampliado considerablemente en España en las últimas décadas, no es menos cierto que en la actualidad existe un estancamiento de iniciativas por parte de los poderes públicos que requieren adoptar medidas para actualizar y reforzar el ordenamiento tributario a favor de las personas con discapacidad y sus familias.

Para que derecho fiscal de la discapacidad siga avanzando, en un inmediato futuro se ha de tender a lograr estos propósitos:



- Capacidad de renta. Busca favorecer la generación de mayor cantidad de renta, con reducción de carga impositiva, o compensar la pérdida o minoración de renta como consecuencia del mayor gasto asociado a la discapacidad.
- La protección social, incluida la familiar, por su mayor debilidad socioeconómica.
- La previsión social, mediante fórmulas de ahorro con tratamiento fiscal más benévolo para afrontar el futuro en mejores condiciones.
- La inclusión laboral y el acceso al mercado de trabajo, con medidas dirigidas hacia los empleadores, para incentivar la contratación y el emprendimiento.
- La accesibilidad universal de los entornos, bienes, productos y servicios, para una mayor participación en la vida social y económica de las personas con discapacidad.
- La autonomía personal, a través de bienes, productos y servicios, así como tecnologías, y en su caso apoyos y recursos, que atenúen los efectos de las situaciones de discapacidad.
- La dimensión organizacional de la iniciativa social, a través de las entidades integradas en el tercer sector, en referencia a entidades no lucrativas de la discapacidad, que en ocasiones están en situación de desventaja con respecto a los operadores privados.

f. Conclusiones

- La política y la legislación fiscales son también instrumentos de la acción pública que han de tener una dimensión social, debiendo estar al servicio de la inclusión y el bienestar sociales, en especial, de los grupos de población más expuestos a la vulnerabilidad y la fragilidad, como son las personas con discapacidad y por extensión sus familias.
- Todo el sistema fiscal pivota sobre la capacidad de renta de la que disfrutan los sujetos obligados, por lo que la menor capacidad o la ausencia de renta, con determinación de sus causas, sociales o de otro tipo, han de ser consideradas por el ordenamiento tributario, para que este se equitativo y promueva el bien común sin injusticias.



- En términos fiscales, la discapacidad –en la persona y en la familia– hace que aparezca el agravio económico, es decir, la situación en que la discapacidad ocasiona una reducción apreciable de la capacidad de renta y al mismo tiempo, convierte en más onerosa la adquisición de bienes, productos y servicios, abocando a esas personas, si no se actúa, a la pobreza y a la exclusión.
- En la mayor parte y en los más principales tributos del sistema fiscal español, la discapacidad está presente, con más o menos intensidad, otorgándosele un trato más favorable en forma de beneficios y ventajas fiscales, que tratan de amortiguar el agravio económico o favorecer bienes como la inclusión laboral o la protección social familiar.
- A pesar de los avances experimentados en materia de fiscalidad de la discapacidad, todavía queda margen de progreso en nuestro sistema fiscal, que debe ser considerado como agenda pendiente de la política económica y tributaria.

Para saber más

La dimensión social de la fiscalidad: discapacidad, tercer sector y mecenazgo.

Estudios en homenaje a Miguel Cruz Amorós, CABRA DE LUNA, Miguel Ángel (Dirección), CERMI/Cinca, Madrid, 2017.

“Fiscalidad [de las personas con discapacidad]”, en *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, DE LORENZO GARCÍA, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Directores), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, páginas 389 y siguientes.

Principales beneficios fiscales para las personas con discapacidad y sus familias – Guía informativa, CERMI, 2015.

INICIACIÓN A LOS DERECHOS Y A LA DEFENSA LEGAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

CURSO BÁSICO

Luis Cayo Pérez Bueno



Las personas con discapacidad, un 10 por 100 de la población, son en España y en el mundo, todavía, una minoría discreta y aislada, sin que pueda afirmarse que gocen de normalidad cívica, esto es, que participen en plenitud, sin restricciones, exclusiones ni discriminaciones, en todos los órdenes de la vida en comunidad, a partir de haber logrado una posición respetada y respetable de dirección y control de su propia vida, de autonomía y de inclusión en el medio social. Tener, presentar una discapacidad castiga vital y socialmente; resta posibilidades, niega o reduce oportunidades, impide el ejercicio regular de los derechos, incluso de los más básicos, y dificulta a veces hasta el extremo el acceso a los bienes sociales de los que participan el resto de componentes de la sociedad.

Ante esta situación, de cuestión pendiente, no resuelta, que no puede postergarse más, se han rebelado, sobre todo a partir del último tercio del siglo XX, las personas con discapacidad, más sus familias, a través del activismo cívico –sociedad civil organizada–, con el objetivo de cambiar el entorno, de transformar de raíz los factores y condiciones –morales, mentales, políticos, sociales, económicos y jurídicos– que permiten ese estado de cosas. La movilización de las propias personas con discapacidad y las que simpatizan con su causa ha sacudido un *statu quo* insostenible y han señalado un horizonte de cambio profundo y perdurable que pasa por los derechos, la inclusión y el bienestar.

En este proceso de transformación y de generación de nuevas y más favorables condiciones de vida y de ciudadanía, las personas con discapacidad han mirado hacia el Derecho y las Leyes, como elementos esenciales de la organización política y social, al ser los instrumentos en virtud de los cuales se ordena y regula la vida en comunidad, reclamando un viraje en su consideración hacia la discapacidad. Se ha pedido al Derecho y se espera de él que no restrinja, sino que promueva, que no trate a las personas con discapacidad con paternalismo, como sujetos pasivos que necesitan dirección y guía, sino que las empodere haciéndolas más fuertes y dotándolas de herramientas y destrezas de autodefensa, más competentes contra la discriminación y las violaciones de derechos.

Con la publicación de este título, *Iniciación a los derechos y a la defensa legal de las personas con discapacidad*, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y la Fundación Derecho y Discapacidad proporcionan un vademécum sintético sobre defensa legal de derechos concebido como instrumento no solo de conocimiento de la cuestión sino sobre todo de uso personal para la autoprotección.

Con el apoyo de:



Acceso digital:

