



Colección
Convención ONU

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DISCAPACIDAD

Ediciones cinco



Colección Convención ONU
Nº 14

DIRECTORES:

Luis Cayo Pérez Bueno

Leonor Lidón Heras

CON EL APOYO DE:



PRIMERA EDICIÓN: diciembre, 2015

© PARA ESTA EDICIÓN: CERMI

© DEL TEXTO: Antonio-Luis Martínez-Pujalte

© ILUSTRACIÓN DE CUBIERTA: David de la Fuente Coello, 2015.

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, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en esta obra incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que Ediciones 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-38852-2015

ISBN: 978-84-16668-00-7

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DISCAPACIDAD

Antonio-Luis Martínez-Pujalte

CēRMi
COMITÉ ESPAÑOL
DE REPRESENTANTES
DE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD

 FUNDACIÓN
Derecho y
DISCAPACIDAD


ediciones
cinca

A todas las personas con discapacidad, que luchan por ejercer
plenamente sus derechos fundamentales

ÍNDICE

PRÓLOGO	09
INTRODUCCIÓN	13
Capítulo I POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMEN- TALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	17
Capítulo II DERECHO A LA VIDA Y DISCAPACIDAD: EN TORNO AL DENO- MINADO “ABORTO EUGENÉSICO”	43
Capítulo III DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y ESTERI- LIZACIÓN FORZOSA: A PROPÓSITO DE LA NUEVA REGULACIÓN LEGISLATIVA	65
Capítulo IV EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA ...	83
Capítulo V ¿EXISTE UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN IN- CLUSIVA?	111
BIBLIOGRAFÍA	131

ABREVIATURAS

CDPD

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006

CE

Constitución española

CERMI

Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad

CP

Código Penal

DUDH

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948

LGDPD

Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre

LOE

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación

LOREG

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

PIDESC

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966

STC

Sentencia del Tribunal Constitucional

PRÓLOGO

La historia de la discapacidad en España se construye sobre el trabajo y el compromiso de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias. Es esta una historia de esfuerzo, de unidad, de compromiso y también de solidaridad, que podría considerarse un ejemplo excepcional de organización de la sociedad civil fuera de nuestras fronteras.

Pero la historia de los avances para las personas con discapacidad, tiene mucho que ver con alianzas, apoyos externos, consensos y cooperación de muchas personas que en algún momento de su trayectoria personal o profesional deciden comprometerse en la mejora de las condiciones de vida de las personas con discapacidad, en la búsqueda de la igualdad efectiva de derechos y también en la eliminación de todo tipo de barreras. Son esfuerzos y voluntades que sumamos a nuestra causa y que, como en el caso de Antonio-Luis Martínez-Pujalte, nos permiten tener el privilegio de poder contar entre nuestros aliados con un brillante jurista, un servidor público modélico y un profesional solvente, además de una excelente persona.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008, supuso un importante avance para todas las personas con discapacidad, si bien vino a evidenciar la necesidad imperiosa de ahondar en un cambio de paradigma en



nuestra legislación, una legislación que podíamos considerar en el rango de las nominalmente avanzadas, pero también una legislación que no ponía el acento en la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

La Convención ha marcado un antes y un después en las formulaciones, en los planteamientos y en las reivindicaciones de las personas con discapacidad. En primer lugar, se ha hecho necesaria la revisión de todo el marco normativo español para proceder a adaptarlo al contenido de la Convención y, reconociendo que es esta una tarea ardua, prolija y compleja, todavía hay muchos y sustanciales aspectos que habría que modificar para avanzar en el cumplimiento pleno de la Convención de Naciones Unidas.

En segundo lugar, no es menos importante el permanente y necesario estudio de toda la normativa que se encuentre en fase de diseño y tramitación para que la misma no vulnere ninguno de los derechos atribuidos a las personas con discapacidad y se apruebe tras su tramitación parlamentaria garantizando que la misma garantiza todos los derechos de las personas con discapacidad y sus familias.

En esta línea es donde cobra un valor singular la presente obra de Antonio-Luis Martínez-Pujalte, que acoge la colección Convención ONU del CERMI. Un estudio esclarecedor y certero que partiendo del análisis de la discapacidad desde una visión de derechos fundamentales, tal y como recoge nuestra Constitución, desarrolla un serio trabajo de investigación sobre materias que hasta el momento todavía no han sido tratadas adecuadamente por el legislador, como son el aborto por razón de discapacidad, la esterilización no consentida, la participación política y la restricción del derecho de sufragio, y el derecho a la educación inclusiva.

Desde el movimiento social de la discapacidad vertebrado en torno al CERMI, deseamos agradecer al profesor Martínez-Pujalte el trabajo de profundización en la normativa estatal y en el contenido de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad que ha dado lugar a esta publicación. Es una obra que pasa a ocupar una posición privile-



giada en el elenco de estudios legislativos en el ámbito de la discapacidad y viene a orientar hacia dónde debe ir la tarea del legislador para conseguir que la normativa española sobre discapacidad presente y futura sea plenamente garante de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias.

El trabajo que da contenido a esta publicación es un ejemplo de cómo construir una sociedad de iguales sobre el trabajo de muchas personas diferentes.

Alberto Durán
Secretario General del CERMI
Vicepresidente Ejecutivo de la Fundación ONCE

INTRODUCCIÓN

En julio de 2002, fui designado Director del Gabinete del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, cargo que ocupé durante cerca de dos años. El ejercicio de esta responsabilidad me brindó la oportunidad de mantener un estrecho contacto con el movimiento asociativo de las personas con discapacidad, y conocer de cerca una realidad a la que hasta ese momento no había tenido la ocasión de aproximarme. Ello sucedió justamente, además, cuando iba a celebrarse, en 2003, el Año Europeo de las Personas con Discapacidad, que fue la ocasión para una intensa actividad normativa en este ámbito. Pude participar de este modo, de forma directa, en la elaboración de lo que sería la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (LIONDAU), así como en otras innovaciones normativas relevantes.

Este “aprendizaje” de la discapacidad, en el diálogo con los principales representantes del movimiento asociativo, me permitió no solo conocer sus preocupaciones y demandas, sino, sobre todo, constatar que las metas de la igualdad de oportunidades y la plena inclusión social de las personas con discapacidad se encontraban todavía muy lejanas, si bien tuve al mismo tiempo la satisfacción de comprobar que se estaban produciendo avances relevantes, de los que el más destacado fue sin duda la aprobación de la LIONDAU. Desde ese momento, y tras aquella fructífera experiencia, la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad se convirtió en una de mis principales preocupaciones, por la que he procurado trabajar desde mis diversos ámbitos de responsabilidad. Mi relación con el sector de la discapacidad se ha hecho cada vez más estrecha y cercana, y resultó también natural integrar paulatinamente



la discapacidad entre mis áreas de interés académico como jurista, hasta convertirse en estos momentos en mi principal línea de investigación. Mi posterior incorporación como Patrono a la Fundación Derecho y Discapacidad, así como la participación en diversos seminarios y obras colectivas promovidas por el CERMI, así como en el I Congreso sobre Derecho y Discapacidad, celebrado en Granada en mayo de 2014, me han brindado la oportunidad de conocer y tratar a otros colegas dedicados también al Derecho de la Discapacidad.

Desde mis primeras conversaciones y lecturas sobre discapacidad, percibí el énfasis en considerar la discapacidad como una cuestión de derechos humanos¹. Intuí entonces que, en nuestro sistema constitucional, la discapacidad podría ser considerada una cuestión *de derechos fundamentales*; que, en definitiva, garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad consiste, en buena medida, en remover las barreras que les impiden un ejercicio pleno y efectivo de sus derechos fundamentales. Ello me permitía conectar esta nueva línea de investigación con la que ha recibido mi atención principal hasta hace algunos años, justamente la teoría general de los derechos fundamentales; por otro lado, la importancia central en nuestro sistema constitucional del artículo 9.2 de la Constitución española, del que me había ocupado en algunos trabajos², y que en mi opinión permite superar la distinción clásica entre libertades públicas y derechos sociales, brindaba la oportunidad de considerar las demandas de las personas como discapacidad no entre los que se han venido en denominar “derechos de la segunda generación”, de problemática e insuficiente protección jurídica, sino como *derechos fundamentales* en sentido estricto, derechos de la primera generación si se desea utilizar esta terminología, dotados de todas las garantías que para ellos prevé la Constitución de 1978³.

¹ Cfr. por ejemplo PÉREZ BUENO, Luis Cayo, *El desmantelamiento de la discapacidad y otros escritos vacilantes*, Barcelona, El Cobre, 2004, págs. 20-33.

² Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “El art. 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales”, en *Revista de las Cortes Generales*, 40 (1997), págs. 111-128.

³ Ha vuelto recientemente sobre esta dicotomía DE LORENZO GARCÍA, Rafael, “La Convención, un desafío inaplazable”, en ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (dir.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 52-53.



Esta es la perspectiva que se desarrolla en el presente libro. En el primer capítulo trato de definir las bases en las que se asienta la posición de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en nuestro sistema constitucional. En los restantes, tomando como punto de partida la construcción diseñada en el primer capítulo, analizo algunos derechos fundamentales que no se encuentran suficientemente protegidos para las personas con discapacidad en nuestro ordenamiento, como consecuencia principalmente de restricciones establecidas por el legislador, ocupándome de este modo de cuestiones como el aborto por razón de discapacidad, la esterilización no consentida, la participación política y la restricción del derecho de sufragio, y el derecho a la educación inclusiva. Se trata solo de una selección de algunos problemas relevantes, pero estoy convencido de que la construcción formulada en el capítulo primero resulta fecunda para abordar un análisis constitucional de todos aquellos derechos cuyo ejercicio efectivo resulta problemático para las personas con discapacidad. Tengo la esperanza de que se trate de una aportación útil, que pueda contribuir a una mejor defensa jurídica de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

Los tres primeros capítulos de este libro tienen su base en trabajos que he venido publicando en los últimos años, si bien han sido objeto de una reelaboración tan profunda (incorporando cuestiones que no habían sido tratadas anteriormente, y teniendo en cuenta las novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales), que en realidad puede afirmarse con todo rigor que se trata de contribuciones nuevas. En cambio, el capítulo cuarto ha sido publicado en el Informe sobre Derechos Humanos y Discapacidad –que elabora anualmente el CERMI– correspondiente a 2014⁴, y para este libro ha sido tan solo objeto de alguna revisión menor, y se ha incorporado alguna referencia legislativa y bibliográfica adicional. Por su parte, el capítulo quinto es enteramente inédito, pues nunca me había ocupado monográficamente con anterioridad del derecho a la educación inclusiva.

⁴ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “Discapacidad y derecho fundamental a la participación política”, en COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2014*, Madrid, Cinca, 2015, págs. 231-256.



Quiero aprovechar esta oportunidad, finalmente, para dar las gracias a todas aquellas personas que, a lo largo de estos años, han estimulado mi compromiso con la discapacidad. Son tantos que no puedo citarlos uno por uno, y a todos ellos se dirige mi gratitud. Pero creo que es justo destacar a algunas personas: a Mario García y Paulino Azúa, que se encuentran entre las primeras personas que pude conocer en el sector de la discapacidad; y a Luis Cayo Pérez Bueno, Miguel Carballada, Alberto Durán y Rafael de Lorenzo, con quienes he tenido la oportunidad de mantener una relación particularmente estrecha y fecunda a lo largo de todos estos años y de compartir frecuentes reflexiones. De todos ellos he aprendido mucho, y su magisterio se refleja de forma constante en este libro. Agradezco, finalmente, al profesor Tomás de Domingo que haya tenido la paciencia y la amabilidad de revisar íntegramente este escrito, así como sus atinadas sugerencias y observaciones, en algunos casos discrepantes de las tesis que defiendo. La responsabilidad de los errores y desaciertos es, en cambio, enteramente mía.

Antonio-Luis Martínez-Pujalte
Elche, 25 de octubre de 2015

Capítulo I

POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como es bien sabido, la única referencia explícita a las personas con discapacidad que contiene la Constitución española de 1978 es la de su artículo 49: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Se trata, sin duda, de un precepto redactado en un lenguaje obsoleto, y que, como se verá seguidamente, trasluce una mirada hacia las personas con discapacidad desde los parámetros del modelo médico o rehabilitador. El artículo 49 forma parte además del Capítulo III del Título I CE, cuya garantía, a tenor de lo dispuesto por el artículo 53, es notoriamente más frágil que la de los preceptos incluidos en los dos capítulos anteriores de la declaración constitucional de derechos. Por todas estas razones, podría pensarse que los derechos de las personas con discapacidad adolecen en nuestro ordenamiento de una débil protección constitucional, como si se tratase de derechos de segunda categoría. En las páginas siguientes se intentará exponer que la realidad es justamente la contraria: la Constitución española brinda una base suficiente para la protección plena y efectiva de los derechos de las personas con discapacidad y para la exigibilidad jurídica de esa protección.



1. MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD Y DIGNIDAD HUMANA.

Antes de abordar propiamente el análisis de los derechos fundamentales, parece oportuno hacer una reflexión preliminar, para poner de relieve que el enfoque de la discapacidad que preconiza el modelo social es el más adecuado a la dignidad de la persona humana, que el artículo 10 CE –siguiendo la estela de otros textos constitucionales contemporáneos, en especial del artículo 1.1 de la Constitución alemana– proclama como fundamento de nuestro orden jurídico y político. Trataré de mostrar esta tesis en el presente epígrafe.

Históricamente se han sucedido tres modelos diversos en el tratamiento de la discapacidad por la sociedad y por el Derecho¹. En el modelo más antiguo –al que Agustina Palacios llama “de prescindencia”– se parte de la asunción de que las personas con discapacidad no aportan nada útil a la sociedad y su vida no merece la pena ser vivida, por lo que se prescinde de ellas, bien mediante su eliminación física directa, bien mediante su reclusión a un espacio de marginación. En el segundo modelo, la persona con discapacidad es vista como un enfermo, que ha de ser objeto de asistencia y de una actuación pública destinada a su curación y rehabilitación, siendo considerada una persona capaz de realizar una aportación útil a la sociedad en la medida en que tal rehabilitación se logre; la continuidad sustancial entre este modelo “rehabilitador” y el anterior resulta sin embargo evidente, pues la persona con discapacidad permanece excluida de la sociedad en tanto no se consiga su curación y, sobre todo, en los casos en que esta se presente como imposible. El tercer modelo supone, por el contrario, un radical cambio de perspectiva, pues subraya la igual dignidad de todos los seres humanos con independencia de sus capaci-

¹ Sigo especialmente el brillante análisis de PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, prólogo de R. de Asís, Madrid, Cinca, 2008, especialmente págs. 37-151. Una visión algo distinta –especialmente, distinguiendo el “modelo médico” y el “modelo rehabilitador”, que en la clasificación de Agustina Palacios se presentan unidos– en CARDONA LLORENS, Jorge – SANJOSÉ GIL, Amparo, “Un cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en FERRER, Jaume – SANZ, Susana (eds.), *Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho internacional y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 175-180.



dades, exigiendo por tanto la plena integración y participación de todos en la sociedad, también, pues, de las personas con discapacidad; por lo demás, el énfasis se traslada ahora –y, por ello, este modelo se ha venido a conocer como “modelo social”– desde las condiciones de la persona que suponen una deficiencia de capacidad a las condiciones sociales que impiden a las personas con discapacidad una participación plena en la comunidad al enfrentarse a los obstáculos de un entorno social que no está pensado para ellas, por lo que la acción de los poderes públicos deberá dirigirse principalmente a la corrección y remoción de esos obstáculos.

Resulta evidente que el modelo social requiere un cambio radical en la conciencia social acerca de la discapacidad: concretamente, exige apartarse de cualquier visión negativa de las características físicas, mentales o intelectuales en las que se concreta la diversidad de funcionamiento que da origen a la discapacidad, que no pueden ser consideradas como un mal o una carga; lo que es un mal o una carga es la existencia de barreras sociales para las personas que presentan tales características, que es propiamente lo que constituye la discapacidad. Creo que un ejemplo mostrará con claridad lo que estoy tratando de exponer. La miopía constituye una diversidad de funcionamiento, y quizás en épocas históricas pretéritas –o todavía hoy en países menos desarrollados– las personas miopes pudieran enfrentarse a obstáculos sociales como consecuencia de esa característica física, lo que permitiría calificarlas como personas con discapacidad de acuerdo con el modelo social; en cambio, hoy en la inmensa mayoría de los países las personas con miopía cuentan con un medio de apoyo –gafas o lentes de contacto– y no encuentran barrera social alguna, por lo que la miopía no es vista como un mal o una carga, sino sencillamente como una característica diferencial. Lo que demuestra, pues, que la valoración negativa debe situarse únicamente en el entorno social adverso, y no en la singularidad o deficiencia misma de la persona con discapacidad, que –por el contrario– puede ser considerada incluso un factor integrante de la diversidad social, y merecer pues una valoración enteramente positiva².

² Cfr. PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad...*, cit., págs. 143-144, en las que se expone la posición de Jenny Morris, sustancialmente concordante con la que se expone en el texto; tomo también de Agustina Palacios, si bien con otro desarrollo, el ejemplo de la miopía (pág. 340).



Pues bien, como se ha adelantado, solo el modelo social resulta plenamente compatible con las exigencias básicas de justicia fundadas en la dignidad de la persona humana. Es decir, no se trata, como es obvio, de varias aproximaciones posibles a la discapacidad, entre las que sea legítimo optar; en particular, el modelo rehabilitador, aun cuando constituyó en su momento un gran progreso histórico y ha supuesto un extraordinario avance en el desarrollo de las actuaciones preventivas y terapéuticas, reviste graves inconvenientes, sobre todo por cuanto eleva la deficiencia a la categoría de cualidad definitoria de la persona con discapacidad³.

Por el contrario, el principio básico de un orden social justo —como se ha dicho, un “elemento estructural” del Derecho que forma parte de su esencia⁴— es el respeto incondicionado a la persona humana, que es justamente lo que se conoce como “dignidad humana”, que buena parte de los textos constitucionales contemporáneos, entre ellos el nuestro, sitúan como fundamento de todo el orden político y jurídico. Pues bien, tal principio pone de relieve que la persona es merecedora de un respeto que no guarda relación con sus condiciones o características propias; se trata, propiamente, de un respeto sin condiciones o con independencia de las condiciones. Este respeto se concreta principalmente en la obligación de respetar y proteger los bienes básicos de la persona, a los que denominamos “derechos humanos”, y por ello suele afirmarse que la dignidad humana es el fundamento de los derechos, es decir, es la exigencia de respeto incondicionado a la persona humana lo que fundamenta la obligatoriedad del respeto y protección de los derechos humanos. En términos jurí-

³ Sobre las aportaciones y deficiencias del modelo rehabilitador, pueden verse DE ASÍS, Rafael – BARIFFI, Francisco – PALACIOS, Agustina, “Principios éticos y fundamentos jurídicos”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo - DE LORENZO, Rafael (eds.), *Tratado sobre Discapacidad*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 86-87; JIMÉNEZ LARA, Antonio, “Conceptos y tipologías de la discapacidad”, en *idem*, págs. 186-187.

⁴ Cfr. SERNA, Pedro, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo”, en MASSINI, Carlos – SERNA, Pedro (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, EUNSA, 1998, págs. 29-34. Sobre las cuestiones tratadas en este párrafo, además de este interesante artículo, *vid.* también DE DOMINGO, Tomás, “Neo-constitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad”, en *Persona y Derecho*, 56 (2007), especialmente págs. 247-251; SERNA, Pedro, “La dignidad humana en la Constitución europea”, en GARRIDO MAYOL, Vicente – ÁLVAREZ CONDE, Enrique (eds.), *Comentarios a la Constitución europea*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 193-239.



dico-constitucionales, podemos afirmar, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, que la dignidad humana se proyecta principalmente en la protección de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos⁵. A su vez, de esta exigencia de respeto incondicionado a la persona se derivan otras consecuencias. En primer lugar, en la medida en que todas las personas son merecedoras de idéntico respeto, todas tienen idéntico título para formar parte activa de la comunidad. En segundo lugar, la consideración de la dignidad humana como fundamento del orden político y jurídico comporta que la mirada de la comunidad política y del Derecho a cualquier persona ha de fijarse ante todo en su condición de persona, que es su característica más radical, y solo secundariamente en otras cualidades o circunstancias que la diferencien, por lo que lesionan la dignidad humana todas aquellas actuaciones que supongan un menosprecio o fomenten la hostilidad de forma global hacia determinados grupos sociales⁶; si bien, por otro lado, el respeto a la persona exige también prestar atención a la identidad personal, y por tanto a la diferencia, y no ignorarla ni proscribirla⁷. Finalmente, respetar a las personas implica para la comunidad política el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva la participación en la sociedad y el disfrute de sus derechos por todas las personas cuando existan obstáculos que lo impidan. Desde la perspectiva de la discapacidad, todo ello se traduce en la plena participación social de las personas con discapacidad, el reconocimiento de sus derechos humanos, la atención prioritaria de la sociedad y del Derecho a su igualdad con las demás personas y solo secundariamente a su diferencia —que, por otro lado, tampoco debe ser ignorada ni ocultada, pues se trata de un rasgo de su identidad personal—, y la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar estas exigencias corrigiendo los obstáculos sociales que lo impiden. Estas son justamente las bases principales del modelo social, que como puede advertirse son la traducción de los requerimientos de la dignidad humana⁸.

⁵ Cfr. entre otras STC 57/1994, de 20 de febrero, fundamento jurídico 3º.

⁶ Cfr. al respecto STC 214/1991, de 11 de noviembre, fundamento jurídico 8º.

⁷ Cfr. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, págs. 147-150.

⁸ Ha abordado también la fundamentación del modelo social de discapacidad en la dignidad humana PALACIOS, Agustina, *El modelo social...*, cit., págs. 157-164.



Ciertamente, como se ha señalado al comienzo de estas páginas, el único precepto constitucional que se refiere expresamente a la discapacidad, el artículo 49 CE, se encuentra redactado desde los parámetros del modelo médico⁹. Así lo manifiestan, principalmente: la utilización del término “disminuidos” para designar a las personas con discapacidad, que sustantiva la deficiencia y la expresa con una palabra que pone de relieve una supuesta inferioridad de estas personas con respecto a las demás; el énfasis del precepto en las acciones destinadas a la corrección de la discapacidad (previsión, tratamiento, rehabilitación); y la consideración de las personas con discapacidad meramente como destinatarios de una atención que le han de prestar los poderes públicos, sin hacer referencia a su condición de protagonistas de su propio desarrollo personal. No obstante, hoy, 37 años después de la aprobación de la Constitución, se impone una relectura de este precepto, desde el que la propia Constitución proclama como valor constitucional supremo: la dignidad de la persona humana. Y, como se ha tratado de mostrar, el respeto a la dignidad de la persona humana exige el enfoque de la discapacidad desde el modelo social, que no es por tanto simplemente una opción del legislador –ya realizada, en efecto, por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad¹⁰, y confirmada posteriormente por la vigente Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre–, sino la única visión de la discapacidad plenamente conforme con la Constitución. Esta es la sólida base sobre la que descansa la configuración constitucional de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad que se examinará seguidamente.

⁹ Ha analizado con mayor profundidad la conexión entre el artículo 49 CE y el modelo médico CUENCA GÓMEZ, Patricia, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, prólogo de R. de Asís, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares-Defensor del Pueblo, 2012, págs. 99-112.

¹⁰ Sobre la proyección del modelo social en la LIONDAU, cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “Los principios básicos del nuevo Derecho español de la Discapacidad a la luz de la LIONDAU”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009, págs. 245-268.



2. EL ARTÍCULO 9.2 CE, EJE CENTRAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Se hace preciso, antes de nada, afirmar de forma expresa que las personas con discapacidad tienen reconocidos por la Constitución española los mismos derechos fundamentales que todas las demás personas. Como se ha dicho, “los derechos de las personas con discapacidad no son solo derechos sociales, sino que se trata, en línea de principio, del mismo catálogo de derechos de cualquier otra persona”¹¹. Podría pensarse que esta afirmación es una verdad de Perogrullo, pero Patricia Cuenca ha analizado con acierto el problema que puede plantear la proyección del régimen legal de las restricciones de la capacidad de obrar establecido por el Derecho español en el ámbito de los derechos fundamentales¹². Pues bien, en mi opinión en la capacidad para el ejercicio de los derechos fundamentales no puede existir restricción alguna para las personas con discapacidad, pues no las autoriza la Constitución¹³, y –en virtud de lo dispuesto por el artículo 53.1 CE– los derechos fundamentales se imponen a todos los poderes públicos, que deben respetar su contenido esencial, sin que en ningún caso puedan alterarlo o restringirlo, de tal suerte que no caben otras limitaciones de los derechos fundamentales que las derivadas de su propio contenido¹⁴ –si las leyes establecen restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales para las personas con discapacidad no derivadas del propio con-

¹¹ DE ASÍS, Rafael, *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013, pág. 94.

¹² CUENCA GÓMEZ, Patricia, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, cit., págs. 193-200.

¹³ Otra cuestión es la compatibilidad entre el propio régimen legal de la capacidad jurídica y de obrar y los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, a la luz del artículo 12 CDPD: de esta importante cuestión no me ocupo en este libro, pues ha sido ya abordada extensamente por diversos autores; además de la obra de Patricia Cuenca citada en nota anterior (págs. 201-228), remito a PÉREZ BUENO, Luis Cayo, “La capacidad jurídica a la luz de la Convención. Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa*, Madrid, Cinca, 2010, págs. 147-163, y BARIFFI, Francisco José, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, prólogo de F. Mariño y presentación de J. M. Fernández, Madrid, Cinca, 2014.

¹⁴ Sobre la interpretación del artículo 53.1 CE, cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis – DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Granada, Comares, 2011, pássim, especialmente págs. 31-76.



tenido de los derechos, como las que se analizarán en algunos de los capítulos posteriores de este libro, tales restricciones deberán reputarse inconstitucionales.

Parece evidente, sin embargo, que para las personas con discapacidad no es suficiente este reconocimiento nominal y genérico de los derechos fundamentales, pues ellas se enfrentan a barreras creadas por un entorno social no pensado para ellas, que les imposibilita en muchos casos el efectivo ejercicio de sus derechos. Pues bien, hemos de subrayar –y esta es quizás la tesis central de este capítulo– que la Constitución española contempla esa realidad, y sienta las bases para una específica protección jurídica del ejercicio de los derechos fundamentales por las personas con discapacidad. Por un lado, el artículo 49, a pesar de sus deficiencias y limitaciones, que acaban de ser mencionadas, concluye afirmando que los poderes públicos las “amparán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Pero, para examinar el alcance de la protección jurídica de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, debe acudir principalmente al artículo 9.2 CE, que dispone: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”¹⁵.

El artículo 9.2 CE es un precepto básico en nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales. En efecto, esta disposición –que concreta las exigencias implícitas en la caracterización del Estado como Estado social de Derecho, recogida en el artículo 1.1 CE¹⁶– contiene un mandato a los poderes

¹⁵ Me he ocupado con mayor detenimiento del artículo 9.2 CE, en relación con la discapacidad, en MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “Los principios básicos del nuevo Derecho español de la Discapacidad...”, cit., pp. 245-268, y, desde una perspectiva más general, en MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis – DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, cit., págs. 139-164. En estas páginas sintetizo las posiciones desarrolladas en aquellos trabajos, a cuya bibliografía también remito.

¹⁶ La conexión entre el artículo 9.2 y la fórmula del Estado social ha sido puesta de relieve también por el Tribunal Constitucional, entre otras en la STC 269/1994, de 3 de octubre, fundamento jurídico 4º.



públicos de llevar a cabo actuaciones positivas para promover la libertad y la igualdad, exigencias de libertad e igualdad que se materializan en los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos; a tenor de este precepto, los poderes públicos adquieren pues el deber constitucional de realizar una “política de derechos fundamentales”¹⁷, adoptando las medidas necesarias para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por los particulares y asumiendo una posición activa en la creación de las condiciones que lo hagan posible, medidas que se convierten por tanto en el objeto de obligaciones constitucionales de dar o hacer. Por ello, no resulta aceptable la categoría de “derechos sociales” o “derechos prestacionales” para definir un tipo particular de derechos que exigen prestaciones activas de los poderes públicos. A la luz del artículo 9.2 CE, todos los derechos fundamentales son sociales o prestacionales, pues todos exigen prestaciones de los poderes públicos.

En relación con la discapacidad, el artículo 9.2 CE resulta particularmente relevante, hasta el punto de que puede considerarse el principal anclaje constitucional de todo el Derecho de la Discapacidad. En efecto, el mandato genérico a los poderes públicos de promover la libertad y la igualdad y remover los obstáculos que dificulten su plenitud se traduce, en relación con las personas con discapacidad, en la obligación de arbitrar todos los instrumentos y prestar todos los apoyos necesarios para que gocen de una plena igualdad de oportunidades con los restantes miembros de la sociedad –como exige, según se ha señalado, el modelo social–, y se remuevan los obstáculos que lo impidan o dificulten, obstáculos entre los que se encuentran precisamente los derivados de la discapacidad, o, más exactamente, de las barreras sociales que las personas con discapacidad encuentran al interactuar con un entorno no pensado para ellas.

Este principio de igualdad de oportunidades es el principio rector del Derecho de la Discapacidad, y se proyecta principalmente en relación con el ejer-

¹⁷ La expresión es de Ignacio de Otto: cfr. “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo –DE OTTO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, págs. 163-170.



cicio de los derechos fundamentales. Así pues, el artículo 9.2 CE obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que las personas con discapacidad puedan ejercer efectivamente sus derechos fundamentales. Y ese deber general de los poderes públicos se materializa en concretas obligaciones de dar o hacer que se configuran como verdaderas obligaciones constitucionales, como “prestaciones constitucionales”, en expresión de Cossío Díaz¹⁸. Los poderes públicos tienen la obligación de adoptar las medidas activas que resulten necesarias para garantizar a las personas con discapacidad el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales, entre las que se encuentran fundamentalmente –como apunta con acierto el artículo 2 b) LGDPD– medidas de acción positiva, que el apartado g) del citado precepto define a su vez como “aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural”¹⁹.

Tiene interés, no obstante, examinar si las concretas medidas de acción positiva que puedan adoptarse en favor de las personas con discapacidad pueden considerarse obligatorias para los poderes públicos, y son, por tanto, exigibles por los particulares. Pues bien, dado que el principio de igualdad de oportunidades definido por el artículo 9.2 se refleja sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales, debe concluirse que serán obligatorias, y, en consecuencia, jurídicamente exigibles, las medidas de acción positiva que resulten necesarias para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Así, la reserva de plazas a personas con discapacidad en el acceso a la función pública es una medida de acción positiva necesaria para garantizar el derecho reconocido por el artículo 23.2 CE, y así parece entenderlo el Tribunal Constitucional, que ha indicado que tal reserva “constituye un cumplimiento

¹⁸ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 178, que define las prestaciones constitucionales como “actividades de dar o hacer impuestas a los poderes públicos por el texto constitucional”.

¹⁹ Sobre el concepto de acciones positivas, su tipología, su distinción con respecto a la discriminación inversa y el debate doctrinal y jurisprudencial sobre su justificación, puede verse la interesante exposición de FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, cit., págs. 92-120.



del mandato contenido en el artículo 9.2 CE” e “intenta promocionar la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, lo que en sí mismo no solo no es contrario a la igualdad, sino que la hace posible y efectiva” (STC 269/1994, de 3 de octubre, fundamentos jurídicos 4º y 5º), por lo que una Ley que eventualmente suprimiese tal reserva habría de ser considerada anticonstitucional por vulneración del artículo 9.2 en conexión con el artículo 23.2 CE; y lo mismo cabe decir de la reserva de puestos de trabajo en las empresas privadas, en este caso en conexión con el derecho al trabajo reconocido por el artículo 35.1 CE, que el Tribunal Constitucional ha definido como “el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación” (STC 22/1981, de 2 de julio, fundamento jurídico 8º). Por añadir algunos otros ejemplos, pienso que puede afirmarse que el derecho a la libre expresión –definido por la Constitución como el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción” (artículo 20.1.a CE)– requiere para su plena efectividad que se facilite a las personas con discapacidad auditiva el uso de la lengua de signos o de medios de apoyo a la comunicación oral, que el derecho fundamental a la libertad de circulación reconocido por el artículo 19 exige facilitar a las personas con discapacidades motoras medios de apoyo a su movilidad o que el derecho fundamental a la participación política reconocido por el artículo 23 impone –como se desarrollará en un capítulo posterior de este libro– adoptar medidas que promuevan la participación de las personas con discapacidad en las candidaturas electorales y en las instituciones políticas. Todas estas prestaciones forman parte del contenido de los derechos fundamentales –interpretados a la luz del principio de igualdad de oportunidades definido por el artículo 9.2 CE–, y pueden ser exigidas, a través de los cauces oportunos, con fundamento en esos títulos; por su parte, las disposiciones normativas que afecten a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad y fallen en establecer las medidas de acción positiva necesarias para garantizar su ejercicio efectivo resultarían contrarias a la Constitución²⁰.

²⁰ Me he ocupado con mayor atención del problema de la exigibilidad jurídica de las prestaciones derivadas de los derechos fundamentales –particularmente a través del instituto de la inconstitucionalidad por omi-



Habría otras medidas de acción positiva que, al no resultar necesarias para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales tal y como aparecen formulados por la Constitución, pertenecerían en cambio al ámbito de libre discrecionalidad del legislador, sin que puedan considerarse obligatorias desde la óptica constitucional. Cabría incluir en esta segunda categoría de acciones positivas “libres”, por ejemplo, la reducción de tasas a las personas con discapacidad para el acceso a museos o establecimientos culturales, medida que, entre otros títulos constitucionales, encontraría cobertura en el derecho al acceso a la cultura a que se refiere el artículo 44.1 CE, que sin embargo no es un derecho fundamental en nuestro sistema constitucional²¹. Naturalmente, en tanto que semejantes acciones positivas “libres” sean establecidas por el legislador, configurarán derechos subjetivos de los particulares en los términos de su regulación legislativa.

¿Existe –junto a las acciones positivas “obligatorias” y las acciones positivas “libres”– una tercera categoría de acciones positivas “prohibidas”? Pienso que sí. Hay que tener en cuenta que las acciones positivas suponen habitualmente favorecer a determinadas personas en detrimento de otras, es decir, constituyen una diferencia de trato, que solo será legítima si cuenta con una justificación objetiva y razonable, pues de lo contrario vulneraría el principio de igualdad en su vertiente formal que define el artículo 14 CE. Y el Tribunal Constitucional ha señalado que la finalidad de erradicar una discriminación o desventaja existente puede ser un argumento justificador de las diferencias de trato²²; pero para ello es preciso –como se desprende de la doctrina establecida

sión- en mis trabajos “Las políticas de servicios sociales para las personas con discapacidad: principios rectores y marco jurídico”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo - DE LORENZO, Rafael (eds.), *Tratado sobre Discapacidad*, cit., págs. 1268-1269, y *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, cit., págs. 139-164.

²¹ En mi opinión, en el sistema constitucional español solo cabe denominar propiamente “derechos fundamentales” –y esa es la acepción que sigo a lo largo del presente estudio– a los que se encuentran reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución española (artículos 14-38). Una justificación de esta posición en MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de A. Ollero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, págs. 106-114.

²² Así lo indica también, con referencia concretamente a la discapacidad, el artículo 5.4 CDPD: “No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.



principalmente por la STC 128/1987, de 16 de julio, y continuada en una larga línea jurisprudencial- que la diferencia de trato se produzca en un ámbito en el que efectivamente existe una situación real de desventaja, y que la medida diferenciadora sea adecuada para la corrección de la misma. Así pues, las acciones positivas en favor de las personas con discapacidad no serían legítimas si se producen en un ámbito en que las personas con discapacidad no se encuentran en situación de desventaja o si resultan inidóneas para la corrección de esa desventaja. Por ofrecer un ejemplo, la exención de tasas universitarias a las personas con discapacidad –establecida hoy por la Disposición Adicional 24ª de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades– solo puede tener como justificación constitucional su idoneidad para corregir la desventaja de las personas con discapacidad en el acceso a los estudios superiores, bien porque la realización de estudios superiores comporta para las personas con discapacidad mayores gastos, bien porque se trate de un incentivo eficaz para que realicen tales estudios. Sin duda, hoy es difícil pensar en un ámbito de la sociedad en que las personas con discapacidad no se encuentren en posición de desventaja, y por tanto en acciones positivas constitucionalmente vedadas; pero pienso que, del mismo modo que el Tribunal Constitucional ha establecido, en relación con el principio de discriminación por razón de sexo, que no toda medida en favor de la mujer es, por ese solo hecho, constitucionalmente legítima (STC 81/1982, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 2º), es oportuno también sentar el principio de que no toda medida en favor de las personas con discapacidad puede considerarse constitucionalmente legítima por esa sola razón²³.

²³ Parece sostener una tesis distinta GIMÉNEZ GLUCK, David, “El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad*, cit., págs. 235-236, que entiende que “no es equiparable la utilización del rasgo ‘sexo’ o ‘raza’, que incluso en el caso de que se use a favor de las mujeres o minorías étnicas despierta en la Constitución y el Tribunal Constitucional una sospecha de inconstitucionalidad, debido a que el art. 14 CE los enumera de forma neutra como rasgos esencialmente odiosos que no deben tener, en una sociedad ideal, mayor importancia a la hora de dividir a las personas, que la utilización del rasgo ‘discapacidad’, que, lógicamente, no tiene esta dimensión bidireccional, pues una sociedad ideal nunca será aquella que no diferencie entre las personas con discapacidad y las que no lo son a favor de los primeros, sino todo lo contrario”. No me parece acertada esta posición, por dos razones: en primer lugar, como se razonará en el epígrafe siguiente, mi posición es que la discapacidad debe añadirse a los motivos de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 CE, con idéntico valor que estos; en segundo lugar, es cierto que la sociedad siempre deberá ofrecer, como es lógico, apoyos específicos a las personas con discapacidad -pero,



Así pues, a la luz de la argumentación desarrollada cabe concluir que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9.2 CE, los poderes públicos tienen la obligación de arbitrar todos los medios necesarios para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por las personas con discapacidad, principalmente a través de medidas de acción positiva, que podrán resultar judicialmente exigibles si de otra forma la persona con discapacidad no puede disfrutar de alguno de sus derechos fundamentales. La posición constitucional de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad se refuerza, además, con la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 CE, como se verá seguidamente.

3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACION POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD.

El artículo 14 CE, que establece el principio de igualdad de trato o igualdad ante la ley, prohíbe a continuación la discriminación por una serie de motivos, entre los que, como es sabido, no se incluye expresamente la discapacidad. Sin embargo, conviene tener en cuenta que una diferencia de trato basada en la discapacidad constituye una discriminación en el sentido que la doctrina ha dado a este término, de acuerdo con el cual se entiende por discriminación la desigualdad de trato fundada en motivos específicos especialmente rechazables, en los que la diferenciación niega la propia dignidad del hombre²⁴. Pues bien, la desigualdad de trato por razón de discapacidad se ajusta a esa definición, y reúne todos los elementos que la doctrina ha entendido como característicos de esta forma de tratamiento, que Encarnación Fernández ha sistematizado de la siguiente forma²⁵: en primer lugar, el criterio de distinción se basa en factores no imputables al individuo, que, o bien son innatos y prácticamente inmodificables –como la raza, el sexo, o, podríamos añadir, la discapacidad–, o bien definen esencialmente su identidad –como la lengua o la

si esos apoyos suponen un trato menos favorable para las personas sin discapacidad, solo estarán justificados en aquellos ámbitos en que las personas con discapacidad se encuentren en situación de desventaja: y no hay por qué excluir de antemano que puedan existir ámbitos en los que en el futuro no se encuentren en situación de desventaja.

²⁴ Cfr. CERDÁ, Carmen, “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 50-51 (2005), págs. 193-218.

²⁵ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, cit., págs. 92-94.



religión; en segundo lugar, tiene carácter sistemático, colocando a las personas y grupos contra quienes se ejerce en una situación de marginación socialmente arraigada; en tercer lugar, tiene una dimensión colectiva, de tal forma que la marginación es sufrida por la persona por su pertenencia a un grupo; en cuarto lugar, supone una desvalorización de las personas que pertenecen a ese grupo, a quienes se considera inferiores.

Por otro lado, no es obstáculo para la calificación como discriminación en nuestro sistema constitucional de la desigualdad de trato por razón de discapacidad el hecho de que esta no aparezca expresamente contemplada entre los motivos específicos de discriminación que prohíbe el artículo 14 CE, pues la lista del artículo 14 CE no constituye un *numerus clausus*, dado que este precepto se cierra con una cláusula genérica, que prohíbe la discriminación “por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, con referencia concretamente a la discapacidad; en este sentido, señala la STC 269/1994, de 3 de octubre: “La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquellos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación” (fundamento jurídico 4º). A la luz de esta Sentencia, y teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es fuente del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, como se desprende del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que señala que “los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, *conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*”), debe entenderse hoy que la discapacidad se añade a los motivos de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 CE, con el mismo valor que estos²⁶.

²⁶ En sentido concordante con la posición expresada en el texto, cfr. sobre esta cuestión DE ASÍS, Rafael – CAMPOY, Ignacio – BENGOCHEA, María, “Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los prin-



¿Qué relevancia tienen los motivos de discriminación prohibidos? En realidad, el principio constitucional de igualdad veda toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable, en otras palabras, toda diferencia de trato que no esté basada en una diferencia real que justifique razonablemente el trato diferente. Por lo tanto, no solo está vedada la diferencia de trato basada en los motivos de discriminación prohibidos, sino cualquier otra diferencia de trato que no cuente con una justificación razonable. Ahora bien, los motivos de discriminación prohibidos añaden a ese principio general una particular sospecha de ilicitud de la diferencia de trato; como ha señalado el Tribunal Constitucional, “las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica” (STC 182/2005, de 4 de julio, fundamento jurídico 3º), lo que obliga a someter las diferencias de trato basadas en estos motivos a un escrutinio particularmente estricto. Concretamente, tal escrutinio estricto se traduce en que las normas que operan esas diferencias de trato habrán de tener un fundamento constitucional expreso, respecto del cual los grupos entre los que se diferencia se encuentren en situaciones de hecho diversas; y la diferencia de trato habrá de ser proporcionada a esa finalidad, es decir, no podrá generar costes mayores que los estrictamente necesarios para la realización de esa finalidad constitucional²⁷. Así pues, la incorporación de la discapacidad al listado constitucional de motivos de discriminación prohibidos no carece de relevancia, y otorga una protección más intensa a las personas con discapacidad frente a la desigualdad de trato basada en este motivo.

Debe tenerse presente, por lo demás, que en la prohibición del artículo 14 CE se incluye la discriminación indirecta, que se produce cuando se aplica un

cipios de no discriminación, diversidad y acción positiva”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo – DE LORENZO, Rafael (eds.), *Tratado sobre Discapacidad*, cit., págs. 115-141; GIMÉNEZ GLUCK, David, “El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad*, cit., págs. 223-243.

²⁷ Cfr. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, cit., págs. 82-85, y GIMÉNEZ GLUCK, David, “El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad...”, cit., págs. 230-234.



criterio de diferenciación aparentemente neutral respecto de los motivos de discriminación prohibidos, pero que provoca efectos desproporcionadamente perjudiciales para un grupo social diferenciado con base en uno de los motivos prohibidos (vg., para las personas de un determinado sexo, o para las personas con discapacidad). La doctrina acerca de la discriminación indirecta ha sido desarrollada principalmente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –y acogida expresamente por el Tribunal Constitucional español– en relación con el principio de no discriminación por razón de sexo. Por mostrar un ejemplo, basado en una de las más recientes resoluciones del Tribunal Constitucional acerca de esta materia, en la STC 61/2013, de 14 de marzo, el Tribunal declara inconstitucional por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo una regla contenida en la Disposición Adicional 7ª de la Ley General de la Seguridad Social, en virtud de la cual, para el cálculo de los períodos de cotización exigidos para el acceso a las prestaciones, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial se computan las horas efectivamente trabajadas, en lugar de computar cada día trabajado como un día completo, como sucede para los trabajadores a tiempo completo. Se trata, como puede verse, de una norma que aplica un criterio de diferenciación aparentemente neutral respecto del sexo, pues la distinción se efectúa entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo; pero que reviste efectos desfavorables principalmente para las trabajadoras de sexo femenino, pues una elevada proporción de las trabajadoras a tiempo parcial son mujeres (concretamente, el Tribunal pone de relieve que, en el año anterior a que se elevase la cuestión de inconstitucionalidad, es decir, el 2002, esa proporción era superior al 81%). No obstante, no existirá discriminación indirecta si la medida cuestionada es necesaria para la consecución de un objetivo legítimo, carente de relación con el motivo de discriminación prohibido; es decir, el análisis de la discriminación indirecta remite nuevamente al juicio de proporcionalidad, si bien en este caso –a diferencia de en el escrutinio estricto exigido para la discriminación directa– no se requiere que el objetivo pretendido tenga un fundamento constitucional expreso²⁸.

²⁸ Por ejemplo, en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, fundamento jurídico 8º, se analiza si una determinada medida que puede constituir discriminación indirecta se encuentra justificada por el principio de con-



Por lo que se refiere concretamente a la discapacidad, la doctrina sobre la discriminación indirecta se encuentra recogida por el artículo 63 LGDPD, que la prohíbe de forma explícita, apareciendo su definición en el artículo 2 d) de la propia Ley: “existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”. Habría, por ejemplo, una discriminación indirecta si se exigiese una titulación universitaria para ser elegido a determinados cargos representativos –cuestión a la que se aludirá en el capítulo cuarto de este libro–, medida que difícilmente podría ampararse en un objetivo legítimo, y que tendría consecuencias especialmente desfavorables para las personas con discapacidad, pues, según datos recientemente ofrecidos por el CERMI²⁹, referidos al curso 2013-2014, la proporción de personas con discapacidad entre los estudiantes universitarios es solo del 1,3%.

La garantía de la igualdad formal o igualdad de trato y la prohibición de la discriminación por razón de discapacidad comportan, finalmente, dos consecuencias relevantes: el mandato de accesibilidad universal y la obligación de realizar ajustes razonables. La accesibilidad universal es definida por el artículo 2 k) LGDPD como “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible”³⁰. Por su parte, por “ajustes razonables” se entiende,

tributividad que preside el sistema de Seguridad Social. Una amplia exposición de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la discriminación indirecta puede encontrarse en el fundamento jurídico 7º de esta Sentencia; cfr. también al respecto FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, cit., págs. 86-87.

²⁹ Cfr. CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2014*, cit., págs. 86-87.

³⁰ Sobre esta materia cfr., entre otros, ALONSO LÓPEZ, Fernando, “Los ejes determinantes de las políticas de igualdad de oportunidades. La accesibilidad universal y el diseño para todos”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo - DE LORENZO, Rafael (eds.), *Tratado sobre Discapacidad*, cit., págs. 1209-1234.



de acuerdo con el artículo 2 CDPD, párrafo 4º –que formula una definición muy semejante a la que recoge en nuestro Derecho el artículo 2 m) LGDPD–, “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Como ha puesto de relieve Pérez Bueno, los ajustes razonables son subsidiarios respecto del sistema de accesibilidad universal: “aspiran a dotar de contenido y preservar el derecho concreto de la persona en situaciones particulares cuando el sistema de accesibilidad universal y de diseño para todos resulta inoperante, bien porque no se ha extendido jurídicamente a todos los ámbitos posibles y con la intensidad máxima deseable, o bien porque no ha sido capaz de prever (y regular) todas las situaciones en que una persona con discapacidad puede hallarse, en su interacción con el entorno que la rodea”³¹.

A la luz de la reflexión apuntada, resulta de interés distinguir adecuadamente entre las exigencias de accesibilidad y los ajustes razonables, y a su vez diferenciar unas y otros de las medidas de acción positiva examinadas en el epígrafe anterior, delimitación que resulta especialmente relevante habida cuenta de que la exigibilidad de las diversas medidas varía en función de su naturaleza jurídica: concretamente, las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables son exigibles tanto a los poderes públicos como a los particulares³²,

³¹ PÉREZ BUENO, Luis Cayo, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), *2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, Cinca, 2012, pág. 162; en el mismo sentido, DE ASÍS, Rafael, *Sobre discapacidad y derechos*, cit., págs. 79-81. Este último autor, por cierto, propone considerar la accesibilidad universal y los ajustes razonables como objeto de derechos específicos, independientes del derecho a la igualdad (cfr. págs. 115-125); desde el enfoque jurídico-constitucional que preside este libro no es posible suscribir este punto de vista, pues no se trata, como es obvio, de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española.

³² Cfr. a este respecto DE DOMINGO, Tomás, “La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Una alternativa al conflictivismo”, en MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis – DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, cit., págs. 135-137, que sostiene que el particular que se encuentra en posición de realizar un ajuste que facilita a otra persona el ejercicio de un derecho fundamental, y no lo hace, viola su derecho fundamental, sobre la base del principio de que “quien pudiendo evitar un daño a otro no lo evita, se hace responsable del mismo”.



si bien los ajustes razonables con el límite, fijado por el artículo 2 CDPD, de que no constituyan una carga desproporcionada o excesiva, límite que no rige respecto de la garantía de accesibilidad; por su parte, las medidas de acción positiva en principio solo constituyen una obligación para los poderes públicos, en virtud del artículo 9.2 CE, y así lo reconoce el artículo 63.1 LGDPD, que solo impone como obligación para los particulares en este ámbito la indirecta de cumplir “las medidas de acción positiva legalmente establecidas”. A este propósito, Rafael de Asís ha propuesto un criterio de distinción plausible entre las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables, consistente en que las primeras tendrían carácter general y las segundas carácter particular: “los ajustes razonables se adoptan cuando falla el diseño para todos y tienen en cuenta las necesidades específicas de una persona. Es una estrategia para la satisfacción de la accesibilidad de carácter particular”³³. Por su parte, la distinción entre estos dos instrumentos y las medidas de acción positiva radica en que, mientras que aquellos garantizan la igualdad de trato o igualdad formal –que no requiere de medidas de acción positiva–, estas últimas constituyen precisamente diferencias de trato en favor de determinadas personas, en nuestro caso en favor de las personas con discapacidad, fundamentadas en que las personas con discapacidad presentan de hecho desventajas de partida, y encaminadas a lograr su plena igualdad de oportunidades (se incardinan, pues, en la dimensión material del principio de igualdad). Por mostrar algún ejemplo, en el ámbito de la educación universitaria una medida de accesibilidad es la supresión de todas las barreras físicas que puedan impedir a las personas con movilidad reducida el acceso a todas las aulas; ampliar el tiempo máximo para la realización de los exámenes escritos a un estudiante con autismo sería un ajuste razonable, pues sin esa ampliación ese estudiante no se encuentra en una posición igual a los demás; y la exención de las tasas académicas constituye una medida de acción positiva. No obstante, en la práctica pueden existir notables dificultades para determinar con precisión a que categoría se adscribe una determinada medida –pues existe una sustancial continuidad entre unas y otras, y entre ambas dimensiones de la igualdad–, y a lo largo de estas páginas se examinarán algunos casos que lo reflejan.

³³ DE ASÍS, Rafael, *Sobre discapacidad y derechos*, cit., pág. 79.



Naturalmente, si un determinado entorno no resulta accesible para una persona con discapacidad –si vg. en un museo los audiovisuales que se proyectan no cuentan con interpretación en lengua de signos– se produce una desigualdad de trato con respecto a cualquier otra persona, que vulnera el artículo 14 CE. Por tanto, cualquier incumplimiento del mandato de accesibilidad comporta *prima facie* una discriminación, y la persona a la que le afecte podrá exigir, con fundamento en el artículo 14, la realización de las actuaciones necesarias para garantizar la accesibilidad; no obstante, el derecho a la igualdad deberá ser armonizado con los restantes derechos fundamentales en juego y con el contexto vital en que el derecho se ejerce³⁴, de tal suerte que, por ejemplo, si la medida de accesibilidad se exige a una empresa privada y comporta un coste desproporcionado que podría comprometer su viabilidad, y su ausencia no lesiona específicos derechos fundamentales de la persona con discapacidad distintos de la igualdad, podrían existir situaciones en que el derecho a la libertad de empresa, que constituye asimismo un derecho fundamental reconocido por el artículo 38 CE, ampare la no adopción de la medida de accesibilidad. En el caso de los ajustes razonables, habida cuenta de que también resultan necesarios para garantizar la igualdad de trato en un caso particular, su ausencia o denegación constituye discriminación, si bien en este caso el límite de su obligatoriedad radica en que constituyan una carga excesiva o desproporcionada, límite que se encuentra expresamente establecido, como se ha dicho, por el artículo 2 CDPD, que –como podrá examinarse en el epígrafe siguiente– ha de ser considerado parámetro interpretativo, por lo que se refiere a las personas con discapacidad, del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE. Para realizar el análisis de si el ajuste representa una carga excesiva, Rafael de Asís propone aplicar el test de proporcionalidad, lo que significa que la limitación o denegación del ajuste habría de ser necesaria y proporcionada para la consecución de un fin constitucional; criterio que parece acertado, si bien este autor considera, en mi opinión de forma excesiva, que en la aplicación del test no puede entrar en consideración el argumento del coste económico del ajuste³⁵:

³⁴ Cfr. DE DOMINGO, Tomás, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, estudio preliminar de A. L. Martínez-Pujalte, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, *pássim*, especialmente págs. 356-363; “La Drittwirkung de los derechos fundamentales. Una alternativa al conflictivismo”, *cit.*, especialmente págs. 130-138.

³⁵ Cfr. DE ASÍS, Rafael, *Sobre discapacidad y derechos*, *cit.*, págs. 122-124.



desde mi punto de vista, habrá que ponderar la incidencia de la denegación del ajuste sobre los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, pero, si esa incidencia es limitada y el coste económico excesivo, la denegación del ajuste puede encontrar justificación tanto en el derecho fundamental a la libertad de empresa (artículo 38 CE), si el ajuste es exigido a un establecimiento privado, como en los principios constitucionales de economía y eficiencia del gasto público y de estabilidad presupuestaria (artículos 31.2 y 135 CE), si quien tiene la obligación de proveer el ajuste es una Administración pública. En definitiva, no es posible ofrecer orientaciones más precisas, pues, como siempre en el Derecho, habrá que prestar atención a las circunstancias de cada caso concreto.

4. EL ARTÍCULO 10.2 CE COMO PARÁMETRO INTERPRETATIVO.

Para terminar de perfilar la posición constitucional de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, es preciso tener en cuenta por último lo indicado por el artículo 10.2 CE, en virtud del cual “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”; esta disposición resulta hoy particularmente relevante en el ámbito de la discapacidad, tras la aprobación el 13 de diciembre de 2006, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su pronta ratificación por España el 3 de diciembre de 2007. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en una reiterada jurisprudencia, los tratados internacionales sobre derechos humanos no constituyen un canon de constitucionalidad autónomo —es decir, no otorgan o definen nuevos derechos fundamentales distintos de los reconocidos por la Constitución—, pero “constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución” (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 6º).



Si, como se ha venido diciendo, las personas con discapacidad tienen reconocidos por la Constitución española sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones con todas las demás personas, y los poderes públicos se encuentran además obligados a adoptar las medidas necesarias para que puedan ejercerlos de modo efectivo, removiendo los obstáculos que lo impidan, la Convención –en virtud de la remisión operada por el artículo 10.2 CE– permite definir el contenido y alcance concreto, en el caso de las personas con discapacidad, de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española, así como de las actuaciones exigibles para garantizar su pleno disfrute y para eliminar las barreras a que se enfrenta³⁶.

De hecho, buena parte de los preceptos de la Convención desarrollan derechos fundamentales que se encuentran reconocidos en la Constitución española. Lo muestra la siguiente tabla de correspondencias, que permite identificar las principales disposiciones de la Convención que son llamadas como parámetro interpretativo de cada uno de los derechos fundamentales:

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	CONVENCIÓN
Principio de igualdad (art. 14)	Igualdad y no discriminación (art. 5), mujeres con discapacidad (art. 6), igualdad ante la ley (art. 12)
Derecho a la vida (art. 15)	Derecho a la vida (art. 10)
Derecho a la integridad física y moral y prohibición de tratos degradantes (art. 15)	Protección frente a la tortura (art. 15), protección frente a la explotación (art. 16), protección de la integridad personal (art. 17)
Libertad y seguridad (arts. 17 y 25)	Libertad y seguridad (art. 14)
Derechos al honor y la intimidad (art. 18)	Respeto de la privacidad (art. 22)

³⁶ La Convención avalaría, por ejemplo, al prohibir expresamente la discriminación por razón de discapacidad (especialmente en su artículo 5), la tesis que se ha defendido en el epígrafe anterior acerca de la inclusión de la discapacidad entre los motivos de discriminación prohibidos (que igualmente obtendría el apoyo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que también incluye de modo expreso la discapacidad en la relación de motivos de discriminación prohibidos de su artículo 21.1).



Libertad de circulación y residencia (art. 19)	Libertad de circulación (art. 18), libertad de residencia (art. 19), movilidad (art. 20)
Libertades de expresión e información (art. 20)	Libertades de expresión e información (art. 21)
Derecho de asociación (art. 22), derecho a la participación política (art. 23)	Participación política y pública (art. 29)
Tutela judicial efectiva (art. 24)	Acceso a la justicia (art. 13)
Derecho a la educación (art. 27)	Educación (art. 24)
Derecho a contraer matrimonio (art. 32)	Respeto del hogar y de la familia (art. 23)
Derechos a la propiedad privada y a la herencia (art. 33)	Capacidad jurídica (art. 12.5)
Derecho al trabajo (art. 35), libertad sindical (art. 28)	Trabajo y empleo (art. 27)

Fuente: Elaboración propia.

Los Tribunales españoles ya han venido utilizando las disposiciones de la Convención para perfilar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española, y habrá ocasión de comprobarlo en los siguientes capítulos de este libro. Aduciré únicamente ahora un interesante ejemplo como botón de muestra, que es el que ofrece la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2009. El caso consiste en que una persona con discapacidad neurológica grave, con un grado del 76%, que le genera fuertes dolores de cabeza casi diarios, a veces acompañados de sueño prolongado, solicitó una beca para realizar 4º curso de Derecho, incumpliendo los requisitos académicos establecidos en la Orden de convocatoria, que, para alumnos de segundo y posteriores cursos, eran: haber obtenido 5 puntos de nota media; y no contar con más de una asignatura no superada. Pues bien, la argumentación del Tribunal es bien sencilla. A la luz de lo dispuesto por el artículo 10.2 CE, el Tribunal entiende correctamente que “los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad reconocidos en nuestra Constitución, deberán interpretarse, a partir de ahora, según los principios y



derechos reconocidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” (fundamento jurídico 2º). Siendo así que el artículo 24 de la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a acceder a la educación superior en igualdad de condiciones con las demás, exigiendo que se realicen ajustes razonables, que el artículo 2 de la propia Convención define como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, cabe concluir, según el Tribunal, que en este caso la exoneración de los requisitos académicos para disfrutar la beca constituye un ajuste razonable que garantiza el acceso a la educación superior sin discriminación³⁷.

5. CONCLUSIÓN.

La exposición desarrollada a lo largo de este capítulo nos ha mostrado, en suma, que la Constitución española ofrece una base sólida para la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad y para la exigibilidad jurídica de esa protección. En primer lugar, el respeto a la dignidad humana —que el artículo 10.1 CE proclama como fundamento del orden jurídico y político— exige una mirada a las personas con discapacidad que subraye principalmente su condición de personas, apartándose de cualquier prejuicio

³⁷ Esta Sentencia ha sido comentada por PÉREZ BUENO, Luis Cayo, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, cit., págs. 180-181. En mi opinión es dudoso sin embargo si la medida a que se refiere la Sentencia constituye propiamente un ajuste razonable o una medida de acción positiva: aunque la argumentación que emplea la Sala conduce a incardinarla en los ajustes razonables, pues afirma que la discapacidad del alumno “le inhabilita para seguir el régimen académico ordinario, y consecuentemente, para cumplir los requisitos académicos exigidos al resto de los alumnos con carácter general para la obtención de la beca”, de tal forma que su exención situaría a la persona con discapacidad en posición de igualdad con las demás, también se podría entender que sin la exención la persona con discapacidad no es tratada desigualmente, pero la necesidad de corregir su desventaja de partida exige una desigualdad de trato en favor de la persona con discapacidad, que es precisamente lo que se opera con la medida; la calificación como medida de acción positiva no habría impedido, por lo demás, al Tribunal considerar exigible la exoneración en virtud del artículo 24 CDPD, pues se trataría de una “medida de apoyo personalizada” también exigida por la Convención (artículo 24.2 e).



o estigmatización frente a este grupo social, y procurando su plena igualdad de oportunidades y su plena y activa participación en la sociedad; es decir, el enfoque de la discapacidad propio del que ha venido en denominarse “modelo social”. Más concretamente, la Constitución obliga a los poderes públicos a adoptar las medidas que resulten necesarias para asegurar el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales por las personas con discapacidad, garantizando la exigibilidad de tales actuaciones positivas de los poderes públicos. Estos derechos han de ser interpretados además a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y se refuerzan con la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, que –aun no siendo explícitamente establecida por la Constitución– ha sido, sin embargo, consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Este será el marco conceptual básico desde el que se analizarán, en los siguientes capítulos de este libro, determinados derechos fundamentales que no se encuentran adecuadamente protegidos para las personas con discapacidad por enfrentarse a restricciones establecidas por el legislador.

Capítulo II

DERECHO A LA VIDA Y DISCAPACIDAD: EN TORNO AL DENOMINADO “ABORTO EUGENÉSICO”

En numerosos países se encuentra legalmente permitido el aborto cuando el feto vaya a nacer con graves deficiencias, supuesto al que con frecuencia se ha dado la denominación de “aborto eugenésico”. Es el caso también de España, donde el artículo 417 bis del Código penal vigente hasta el año 2010 contemplaba como una de las causas que excluían la punibilidad del aborto “que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación” (párrafo 3º); la nueva Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que liberalizó completamente el aborto en las primeras catorce semanas de gestación, lo permite también hasta la vigesimosegunda semana “siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto” (artículo 15 b), e incluso con posterioridad, hasta el final de la gestación, “cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico” (artículo 15 c).

Nos encontramos, pues, con que la protección del derecho fundamental a la vida que reconoce el artículo 15 de nuestra Constitución es, por voluntad del legislador, más débil para las personas con discapacidad que para todas las demás personas. Sobre la base de los principios definidos en el capítulo ante-



rior, trataré de mostrar que existen razones sólidas para sostener que tales provisiones legislativas se apartan netamente de la configuración constitucional de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Concretamente, desarrollaré los tres siguientes argumentos: 1) el aborto eugenésico expresa y fomenta una actitud de rechazo a las personas con discapacidad, que es incompatible con el respeto a la dignidad humana proclamado por el artículo 10.1 CE y con el modelo social de la discapacidad; 2) la licitud del aborto eugenésico constituye una discriminación por razón de discapacidad prohibida por el artículo 14 CE; 3) la permisión del aborto eugenésico constituye una vulneración del artículo 15 CE interpretado a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aunque algunos de los puntos de vista que se sostendrán en estas páginas ya han sido expuestos por diferentes autores, pienso que no es inoportuna una nueva contribución a este debate, con el fin de mostrar la solidez de los argumentos que sustentan el juicio de inconstitucionalidad del artículo 15, letras b) y c), de la Ley Orgánica 2/2010.

Resulta claro, por supuesto, que no solo esta modalidad de aborto suscita graves reparos jurídicos. Mi posición –que he desarrollado en otros lugares¹– es que todo ser biológicamente perteneciente a la especie humana, y por tanto también el concebido y no nacido, debe ser considerado persona por el Derecho, y como tal titular de derechos humanos inviolables –entre ellos, del derecho humano más elemental, el derecho a la vida–, lo que conduce a sostener que todo aborto es un acto de violación de un derecho, que no puede pretender, en consecuencia, el apoyo de los poderes públicos. No obstante, y al margen de estos argumentos generales frente al aborto, lo que trataré de mostrar en las páginas siguientes es que al denominado “aborto eugenésico” pueden oponerse además argumentos específicos, relacionados precisamente con el rasgo peculiar que define este tipo de aborto –es un aborto motivado por las características físicas o psíquicas del *nasciturus*–, que –aun cuando no se comparta que el

¹ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona”, en Varios, *Justicia, paz y solidaridad. Estudios en recuerdo del Profesor José María Rojo Sanz*, vol. I, Quiles, Valencia, 1995, págs. 263-283; “Hacia un concepto constitucional de persona”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 11-12 (1995), págs. 135-153.



concebido y no nacido es titular del derecho a la vida, y se admitan por tanto otras causas que puedan legitimar el aborto (que, repito, no es la posición que yo sostengo)— deberían conducir en todo caso a la eliminación de este particular supuesto, muy difícilmente conciliable con los principios informadores del tratamiento jurídico de la discapacidad, y con efectos negativos para el conjunto de las personas con discapacidad.

1. ABORTO EUGENÉSICO Y DIGNIDAD HUMANA.

Parece evidente que la eliminación del *nasciturus* porque presenta deficiencias o anomalías constituye en realidad un residuo del más antiguo y obsoleto de los modelos históricos de tratamiento de la discapacidad que se han presentado en el capítulo anterior, el modelo de la prescindencia. En efecto, tal práctica obedece a que se considera que el *nasciturus* es una carga que no aporta nada útil a la sociedad —de hecho, uno de los argumentos más utilizados para justificar el aborto eugenésico es la carga económica que representará la atención del “incapaz” si llega a nacer²—, y que su vida no merece la pena ser vivida, y por una u otra razón se decide prescindir de él mediante su eliminación física directa. En la permisón del aborto motivada porque el feto presenta una enfermedad incurable —que es el supuesto al que hoy hace referencia el artículo 15 c) de la Ley Orgánica 2/2010— podría entenderse también reflejado el modelo rehabilitador, en la medida en que éste considera como objetivo principal la curación de la persona considerada “deficiente”, que en tales situaciones sería manifiestamente imposible. En cambio, el aborto por razón de discapa-

² Así lo señalan vg. BECK, Malcolm, “Eugenic abortion: an ethical critique”, en *Canadian Medical Association Journal*, 143 (1990), pág. 183; DAVIS, Alison, “A disabled person’s perspective on eugenic abortion”, en *Papers of the Society for the Protection of Unborn Children*, 2003, págs. 6-7. Muy próxima a esta justificación, aunque centrada más bien en las cargas que el “disminuido” supone para su familia, es la empleada por el Tribunal Constitucional español (cfr. STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 11º). Es interesante reseñar que, según una encuesta realizada en Holanda en 2007 a madres que habían abortado a niños con síndrome de Down, los motivos más aducidos por las madres para practicar el aborto son, bien que estimaron que el niño jamás sería capaz de funcionar de forma independiente, bien que sería una carga para ellas o para sus familias: cfr. KORENROMP, Marijke J., et al., “Decisión materna de terminar el embarazo tras el diagnóstico de Síndrome de Down”, en *Revista española de información e investigación sobre el Síndrome de Down*, 24 (2007), págs. 161-163.



cidad resulta plenamente incompatible con el modelo social, que, como ha habido ya ocasión de exponer, constituye el único enfoque de la discapacidad plenamente conforme con la dignidad humana.

La oposición entre la licitud del aborto eugenésico y la dignidad humana radica, principalmente, en que la permisión de cualquier tipo de aborto fundado en la anomalía o discapacidad del *nasciturus* expresa e introduce en el Derecho, es decir, en la ordenación de la convivencia, el rechazo social a las personas con discapacidad, en cuanto que admitir el aborto específicamente por esas causas supone afirmar que existen razones –que no se dan en los restantes casos– para evitar que ese tipo de personas existan; asimismo, la decisión de abortar de la mujer o de la pareja está motivada normalmente por ese mismo rechazo a la discapacidad –en especial a determinadas formas de discapacidad, como el síndrome de Down, que es el supuesto que con mayor frecuencia induce en la práctica al aborto–, rechazo que un orden jurídico fundado en la dignidad de toda persona humana paradójicamente hace lícito. Parece evidente, por el contrario, que una de las consecuencias más elementales de la dignidad humana –que se ha definido en el primer capítulo de este libro como el respeto incondicionado a toda persona humana– es, como ha señalado expresamente el Tribunal Constitucional³, la prohibición de toda manifestación de rechazo o menosprecio contra determinados grupos sociales, entre los que se incluyen, por ejemplo, los prejuicios raciales o sexistas, que el Derecho ha de combatir activamente: así lo ordenan, en efecto, tanto la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 7) como la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículo 5). Pues bien, el mismo tratamiento debe darse al prejuicio contra las personas con discapacidad. Y, si el Derecho ha de adoptar una posición activa para la erradicación de tales prejuicios, lo que en modo alguno es tolerable es que las propias normas jurídicas los incorporen, como en mi opinión sucede claramente si alguna de tales características diferenciales –por ejemplo, la discapacidad– es contemplada como justificación

³ Cfr. STC 214/1991, de 11 de noviembre, fundamento jurídico 8º; STC 235/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 5º.



del aborto. Así lo ha señalado también, acertadamente, Agustina Palacios: “si analizamos el aborto eugenésico desde el modelo social, podemos advertir que es precisamente la interacción entre la diversidad funcional de la persona y una barrera actitudinal (una decisión del legislador basada en prejuicios respecto al menor valor de la vida de estas personas o su condición de carga para los padres o para la sociedad) la que le impide gozar de la protección del derecho a la vida en igualdad de condiciones que el resto de personas. De este modo, *la menor protección o desprotección, y por ende la imposibilidad de ejercer el derecho a la vida, tiene su razón en una decisión del legislador basada en prejuicios sociales*”⁴.

Es oportuno poner de relieve, además, que este rechazo social a las personas con discapacidad constituye una de las principales barreras que se oponen a su igualdad de oportunidades y su plena integración social. Han subrayado especialmente la importancia de este factor Cardona y Sanjosé, hasta el punto de que, para estos autores, se trata de la principal causa de vulneración de los derechos humanos de las personas con discapacidad: “Como principal causa de discriminación está lo que, eufemísticamente, ha venido a denominarse *barreras culturales*. Cuando hablamos de barreras culturales, hablamos del conjunto de actitudes basadas en la tradición, supersticiones y falsas suposiciones, prejuicios, sentimientos de lástima y rechazo frente a las personas con discapacidades. Nadie puede dudar de la existencia de estas actitudes, así como del carácter discriminatorio de las mismas, que se extiende por todo el planeta hasta el punto de constituir uno de los principales obstáculos para la integración y plena participación de las personas con discapacidad en la vida social”. Más adelante, insisten en que —más allá de las normas jurídicas, que no son la panacea— “la verdadera discriminación está en la mentalidad de la sociedad. Es necesario eliminar los prejuicios y estereotipos que privan a las personas con discapacidades del disfrute de todos sus derechos humanos”⁵. En el plano ju-

⁴ PALACIOS, Agustina, “¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad es contrario a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social*, cit., pág. 583; el subrayado es mío.

⁵ CARDONA LLORENS, Jorge – SANJOSÉ GIL, Amparo, “Un cambio de paradigma...”, cit., págs. 172-173 y 203. Ha destacado también la importancia de este factor discriminatorio DE LORENZO GARCÍA,



rídico, el propósito de poner fin a las conductas basadas en el rechazo a las personas con discapacidad motiva, por ejemplo, la prohibición del acoso por el artículo 81.4 LGDPD, que es definido en términos amplios por el artículo 2 f) de la Ley como toda conducta que tenga como objetivo o consecuencia “crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”, es decir, en una palabra, un entorno de rechazo.

Aunque no examinaré con detalle esta cuestión por exceder del ámbito del presente estudio, quisiera apuntar que la consagración jurídica de un prejuicio frente a las personas con discapacidad que representa la permisón del aborto eugenésico resulta mucho más patente, en mi opinión, si se admite una consecuencia que los Tribunales de Justicia han extraído, pienso que de forma errónea, de la licitud de este supuesto de aborto: la existencia de una responsabilidad civil por parte del médico en los supuestos en que nace un niño o niña con una discapacidad de la que aquel no informó debidamente a los padres, y estos le demandan alegando que, de haber conocido la discapacidad, habrían recurrido al aborto, o bien le demandan en nombre del propio niño alegando que se le ha causado un daño al hacer posible su nacimiento, cuando habría sido mejor para él no nacer (se trata de las demandas que se han venido en denominar, respectivamente, de *wrongful birth* y *wrongful life*)⁶. Hasta

Rafael, *El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y discapacidad*, Madrid, Fundación ONCE, 2003, págs. 65-68: “Generalmente nos relacionamos con la imagen que tenemos del otro, no con su realidad, y este mecanismo mental está en la base de muchas de las dificultades de relación, de los malentendidos y prejuicios, de los rechazos. Si damos esto por supuesto, y además, la imagen que muchas veces se nos presenta de la discapacidad va asociada al dolor, la soledad, el miedo y la indefensión, ¿cómo alguien va a querer relacionarse con las personas con discapacidad?, ¿quién quiere de antemano acercarse a alguien en el que se da por hecho todo aquello de lo que el ser humano huye? Lo que se teme, se evita o arrincon, y la huida o el rechazo se instalan como mecanismos defensivos” (pág. 65). Cfr. también, finalmente, CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2008*, Madrid, Cinca, 2009, pág. 53, que afirma taxativamente: “Los prejuicios sociales, el mayor obstáculo”.

⁶ Teóricamente la acción de *wrongful life* podría ser entablada por la propia persona con discapacidad cuando alcance la mayoría de edad y la capacidad de obrar legal, si bien se trata de una posibilidad que no se ha dado en la práctica. Sobre esta materia, cfr. MACIA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos conceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, prólogo de J. M. Miquel, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; así como, desde una perspectiva netamente más crítica, ALONSO PARREÑO, María José, *Los derechos del niño con discapacidad en España*, prólogo de A. Carasco, Madrid, Cinca, 2008, págs. 250-285.



ahora, los Tribunales españoles han sido reticentes a estimar las demandas de *wrongful life* (como ha sucedido en la mayor parte de los países, con algunas excepciones como Estados Unidos, Holanda y Bélgica; en algún caso han sido incluso prohibidas legislativamente⁷), al entender que no puede apreciarse la existencia de un daño al hijo por el hecho de haberle dado la vida, pues resulta imposible comparar esta situación con la inexistencia y calificarla por tanto como más perjudicial; en cambio, se ha estimado normalmente la acción de *wrongful birth*, pues se afirma que la falta de información a los padres que, de haber sido informados, habrían recurrido al aborto, causa a estos un daño, tanto moral –“al experimentar día a día la congoja de la contemplación de un ser doliente, aquejado de limitaciones irreversibles y cuyo futuro se ve como un panorama de abandono e indefensión”, expone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de septiembre de 2002– como patrimonial, al tener que afrontar los elevados gastos derivados de la atención de un hijo o hija con discapacidad.

Mi tesis es, por el contrario, que tales demandas de responsabilidad civil son rechazables, pues a la luz de los principios constitucionales –en especial, la afirmación de la dignidad intrínseca de toda persona humana en el artículo 10.1 CE, y, en conexión con ella, el reconocimiento del valor de la vida humana en el artículo 15 CE– resulta improcedente afirmar que la vida de una persona con discapacidad constituya un *daño* que debe ser reparado. Y, aunque la mayor parte de las construcciones doctrinales en torno a las acciones de *wrongful birth* tratan de evitar la definición de la vida como daño generador de responsabilidad, identificando este más bien con la lesión de la libertad de procreación o de la libertad de decidir sobre la interrupción del embarazo como consecuencia de una deficiente información⁸, lo cierto es que la jurisprudencia evalúa como

⁷ Una panorámica de la situación en el Derecho comparado en GIESEN, Ivo, “The use and influence of Comparative Law in wrongful life cases”, en *Utrecht Law Review*, 8 (2012), págs. 35-54.

⁸ Este es el punto de vista de MACIÁ, Andrea, *La responsabilidad médica...*, cit., págs. 344-575, que entiende en cambio que los daños morales y patrimoniales posteriores al nacimiento a los que suele aludir la jurisprudencia no son susceptibles por regla general de imputación objetiva al profesional sanitario. Una panorámica global de las distintas construcciones doctrinales puede verse en VICANDI MARTÍNEZ, Aránzazu, “El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente”, en *Revista de Empresa, Derecho y Sociedad*, 3 (2013), págs. 40-59.



perjuicios reparables los daños morales y patrimoniales derivados del nacimiento del hijo con discapacidad, lo que impide soslayar que este es el auténtico hecho dañoso. El modo de razonar que subyace a esta jurisprudencia supone pues, como se adelantaba, una perpetuación del perjuicio contra las personas con discapacidad, al entenderse que en algunos casos su nacimiento haya podido ser *wrongful*, es decir, equivocado, incorrecto o improcedente: como se ha señalado con todo acierto, “las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* suponen una declaración colectiva, a través de una institución pública, de que la vida de un individuo con discapacidad es peor que la no existencia, y de que una persona razonable abortaría a un niño no nacido con esa característica”⁹. Con el reconocimiento de estas acciones, en suma, el Derecho adopta una posición militante en favor del aborto y que induce a él, habida cuenta de que tales demandas solo son estimadas si se pone de manifiesto que la madre habría abortado en caso de haber conocido la discapacidad del hijo –pues, si su decisión en caso de haberla conocido hubiese sido la continuidad del embarazo, no existe el daño derivado de la deficiente información–, dándose la paradoja, en consecuencia, de que esta declaración favorable al aborto y el consiguiente rechazo al hijo obtienen una compensación económica de la que carece la madre que acepta a su hijo o hija¹⁰.

Quisiera señalar, en fin, que la permisón del aborto eugenésico no solo expresa y consagra jurídicamente un perjuicio contra las personas con discapacidad, sino que fomenta su extensión. Que el Derecho contemple como una posible respuesta a la discapacidad la eliminación del niño o niña con discapacidad antes de su nacimiento se traduce, en efecto, en primer término, en una creciente presión social favorable al aborto –como pone de relieve el hecho

⁹ HENSEL, Wendy, “The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions”, en *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 40 (2005), págs. 141-195 (la cita textual es de pág. 173), que realiza un detenido estudio del impacto negativo de estas acciones en las personas con discapacidad, poniendo de relieve además la sustancial identidad entre ambas, pues, como se ha señalado en el texto, aunque en la acción de *wrongful birth* se intente situar el daño en la pérdida de la libertad de elección, “una mirada más atenta muestra que el niño con discapacidad es el verdadero daño”, pues solo su nacimiento suscita la cuestión de la libertad de elección (págs. 165-166).

¹⁰ Pone de relieve acertadamente esta paradoja ALONSO PARREÑO, María José, *Los derechos del niño con discapacidad...*, cit., pág. 276.



de que, por ejemplo, más del 85% de los diagnósticos prenatales de síndrome de Down vayan seguidos de aborto—, presión que se ve incrementada todavía más por el éxito de las acciones de *wrongful birth*¹¹. En definitiva, la sociedad —concretamente, la sociedad española, pero sucede de igual modo en la práctica totalidad de los países occidentales— ha asumido que lo mejor que se puede hacer con las personas con discapacidades graves es evitar que existan, eliminándolas antes del nacimiento. Resulta muy difícil —pues constituye una insostenible contradicción— que una sociedad así esté verdaderamente dispuesta a hacer todos los esfuerzos necesarios para ofrecer plenas oportunidades a las personas con discapacidades graves que han conseguido escapar al destino que realmente les esperaba y que la sociedad considera deseable: el aborto. Por el contrario, esta mentalidad social, que ve como una carga para la sociedad los recursos económicos que se precisa para la atención de las personas con discapacidad, tenderá a evitar tales dispendios en la medida de lo posible (de hecho, han sido no poco frecuentes los casos de omisión de tratamientos médicos a niñas y niños recién nacidos con discapacidades severas); influye negativamente en la propia autoestima de las personas con discapacidad; y perpetúa en la sociedad una visión negativa de las mismas, especialmente de las personas con discapacidad intelectual.

2. EL ABORTO EUGENÉSICO COMO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD.

La segunda objeción contra la licitud del aborto eugenésico radica en que constituye una discriminación por razón de discapacidad. En el capítulo anterior se ha mostrado que la diferencia de trato por razón de discapacidad puede ser calificada con toda propiedad como discriminación, y que la discapacidad

¹¹ Han constatado esta presión social DAVIS, Alison, “A disabled person’s perspective...”, cit., págs. 1-4; McCABE, Linda – McCABE, Edgard, “Síndrome de Down: coacción y eugenesia”, en *Revista española de información e investigación sobre el Síndrome de Down*, 28 (2011), págs. 111-117, que muestra cómo la información y asesoramiento prestado por los médicos y consejeros genéticos está muy frecuentemente orientada a inducir el aborto; AMOR PAN, José Ramón, “Informar no es persuadir ni mucho menos manipular: la opción del aborto eugenésico”, en *Revista española de información e investigación sobre el Síndrome de Down*, 26 (2009), págs. 16-25, trabajos que aluden todos ellos a las consecuencias negativas que pongo de relieve en el texto.



se incluye entre los motivos de discriminación prohibidos por el artículo 14 CE aunque no sea mencionada expresamente por el tenor literal del precepto. Pues bien, conviene añadir ahora que la discriminación puede producirse no solo en perjuicio de personas determinadas, sino también de grupos de personas. La permisón del aborto eugenésico constituye justamente una discriminación de esta naturaleza.

Por ello, este argumento no exige admitir que el concebido y no nacido es persona (y, por tanto, titular de derechos). Desde luego, si se niega que el *nasciturus* sea persona, no será posible afirmar que el *nasciturus* mismo sea víctima de una discriminación, pues solo las personas son titulares del derecho a la igualdad¹². Ahora bien, si se permite la supresión de la vida del *nasciturus* –calificada por el Tribunal Constitucional como un bien jurídico protegido, aun cuando no sea un derecho del no nacido (STC 53/1985, de 11 de abril, fundamentos jurídicos 5º a 7º)¹³– exclusivamente por razón de una característica singular del *nasciturus* consistente en su anomalía o discapacidad cuando la misma se prohíbe en los restantes casos, se viola el derecho a la igualdad del

¹² Ha realizado también esta importante observación –la de que para que exista discriminación no es necesario el reconocimiento de la condición de persona al *nasciturus*– PALACIOS, Agustina, “¿Por qué el aborto eugenésico...?”, cit., pág. 585, si bien ella lo funda en que la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad establecida por la Convención abarcaría no solo la protección de la persona, sino también del feto o la vida potencial, mientras que mi punto de vista es que, desde la Constitución española, solo las personas son titulares del derecho a la igualdad, y, aunque el *nasciturus* no lo fuese, nos encontramos ante una discriminación frente al conjunto de las personas con discapacidad.

¹³ Utilizo esta tesis del Tribunal Constitucional –la de que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido, pero el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida– a efectos de la argumentación, sin desconocer que es sumamente problemática, como ha puesto de relieve con acierto OLLERO, Andrés, “Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?”, en MASSINI, Carlos – SERNA, Pedro (eds.), *El derecho a la vida*, cit., págs. 251-268. Por lo demás, sin entrar en esta discusión, que excede del ámbito temático de este libro, no me resisto a apuntar que, a la luz de esta doctrina del Tribunal Constitucional –que se completa con la afirmación de que el Estado tiene la obligación de “establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”, aun cuando dicha protección no sea absoluta, pues “en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones” (fundamento jurídico 7º)–, no cabe la completa desprotección del bien jurídico “vida del *nasciturus*” durante un determinado período de tiempo, por lo que es forzoso concluir la inconstitucionalidad de la legalización total del aborto hasta la 14ª semana de gestación prevista por la nueva Ley española, sin que en mi opinión sean suficientes para rebatir esta conclusión los argumentos empleados por el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley (en cambio, sostiene la inconstitucionalidad, por las razones expuestas, el Informe del Consejo Fiscal).



conjunto de las personas con discapacidad y se produce en su perjuicio una diferencia de trato arbitraria e irrazonable, es decir, una discriminación, al establecer el Derecho respecto de ellas que tienen una menor expectativa de existir y una menor protección jurídica en un aspecto concreto. La prohibición de discriminación comporta –como ha afirmado el Tribunal Constitucional, y veíamos en el capítulo anterior– un mandato de parificación, de tal forma que cualquier diferenciación en detrimento de un grupo fundada en razones especialmente rechazables es una discriminación aunque no se traduzca en un perjuicio directo e inmediato¹⁴; ello al margen de que, según se ha constatado, “la aceptación del aborto eugenésico también tiene consecuencias para quienes escapan a la muerte antes del nacimiento”, es decir, también les produce perjuicios directos, por ejemplo la frecuente omisión de tratamientos médicos a los recién nacidos con discapacidad¹⁵.

Debe tenerse presente, sin embargo, que la desigualdad de trato, aun cuando se funde en los motivos prohibidos por el artículo 14 CE, solo constituye propiamente una discriminación si carece de justificación objetiva y razonable, siendo de aplicación a estas causas particularmente sospechosas de ilicitud el escrutinio estricto examinado en el capítulo anterior. Por tanto, debemos preguntarnos si la diferencia de trato que entraña la licitud del aborto por razón de discapacidad tiene un fundamento constitucional expreso. Desde luego, no lo ofrece la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre la despenalización parcial del aborto, que, en relación con la indicación eugenésica, se limita a afirmar que “el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia” (fundamento jurídico 11º). Podría quizás encontrarse ese fundamento en el derecho a la salud de la madre (artículo 43.1 CE), pero, ni resulta claro que el nacimiento de un niño con discapacidad vulnere ese derecho, ni los eventuales beneficios que produciría la medida discriminatoria (evitar potenciales riesgos para la salud de las madres de los niños con discapacidad) son superiores a los

¹⁴ Cfr. CERDÁ, Carmen, “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación...”, cit., págs. 215-217.

¹⁵ DAVIS, Alison, “A disabled person’s perspective...”, cit., pág. 7.



evidentes costes que entraña (minusvaloración de todas las personas con discapacidad y perpetuación de un prejuicio social contra ellas). Por ello, puede afirmarse que esta medida discriminatoria no supera en absoluto el escrutinio estricto exigido por el artículo 14 CE.

Conviene indicar, además, que la igualdad, como todos los derechos fundamentales, reviste, junto a su dimensión subjetiva, una dimensión institucional, es decir, se trata de un principio básico del ordenamiento que los poderes públicos tienen la obligación de fomentar y proteger¹⁶. Pues bien, la licitud del aborto eugenésico lesiona no solo la dimensión subjetiva, sino también la dimensión institucional de la igualdad, pues el Derecho –que tiene una esencial dimensión pedagógica– transmite, a través de la permisón de un tipo de aborto fundado en la discapacidad del sujeto no nacido, el mensaje de que determinadas personas –las personas con discapacidad– no son iguales a las demás, pues al *nasciturus* con discapacidad se le protege en menor grado su expectativa de llegar a ser persona. Es a esta dimensión institucional de la igualdad a la que se alude cuando se afirma que “implícitamente esta disposición normativa (la que despenaliza el aborto eugenésico) considera la vida de una persona con discapacidad como menos valiosa que la de una niña o niño sin discapacidad al no proteger de igual forma el desarrollo del *nasciturus*”¹⁷.

Considero oportuno formular dos precisiones relevantes acerca del alcance del argumento expuesto en este epígrafe. En primer lugar, parece claro que esta objeción puede ser aplicada no solo al caso del aborto por razón de discapacidad, sino eventualmente a todo supuesto de aborto que estuviera motivado por características singulares del *nasciturus*, como, por ejemplo, sucedería si se permitiese el aborto de fetos de un determinado sexo o de un determinado color de la piel; cualquiera de estos tipos de aborto podría ser denominado con propiedad “eugenésico”, pues se trata de un aborto encaminado al supuesto per-

¹⁶ Sobre la distinción entre la dimensión subjetiva e institucional de los derechos fundamentales, cfr. vg. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis – DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, cit., págs. 9-13 y 65-68.

¹⁷ CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2008*, cit., pág. 20.



feccionamiento de la especie humana, o, por decirlo con mayor precisión, a configurar la especie humana de acuerdo con determinadas características que por una u otra razón se consideran deseables. Por lo demás, esta comparación contribuye a poner de relieve la gravedad del aborto por razón de discapacidad. Con toda seguridad, establecer como una motivación posible de la terminación del embarazo que el *nasciturus* no tiene el sexo o el color deseados se consideraría aberrante y contrario al principio de igualdad (de hecho, en relación con la reproducción asistida la legislación española prohíbe la selección del sexo o la raza: artículos 13.2.c y 26 2.c, párrafo 10º, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida); pues bien, el mismo criterio debe aplicarse cuando presenta otros rasgos físicos o psíquicos diferentes a los deseados, como los que generan una discapacidad. Lo han señalado también Cardona y Sanjosé: “Si una legislación permitiese la interrupción voluntaria del embarazo de una mujer por el hecho de conocer que el ser que lleva en su interior es de sexo femenino, de una determinada raza o de una determinada orientación sexual, aparecerían muchas voces considerando dicha norma como discriminatoria y atentatoria contra el principio de igualdad. Sin embargo, la mayor parte de las legislaciones que regulan la interrupción voluntaria del embarazo recogen como causa del mismo el hecho de conocer (o incluso sospechar) que el ser que lleva dentro posee una deficiencia física, psíquica o sensorial”¹⁸.

En sentido contrario, debe admitirse por otro lado que la argumentación desarrollada carece de relevancia frente a una legalización general del aborto, como la que contempla la Ley Orgánica 2/2010 hasta la decimocuarta semana de gestación; es relevante en cambio para los supuestos en que se permite el aborto solo por determinados motivos (el denominado “sistema de indicaciones”), y uno de ellos es precisamente la discapacidad del *nasciturus*, como persiste en España para los embarazos que se encuentren por encima de la decimocuarta semana. Es una regulación de esta naturaleza la que constituye una discriminación por razón de discapacidad, lesiva del artículo 14 CE, como se ha mostrado en los párrafos precedentes.

¹⁸ CARDONA, Jorge – SANJOSÉ, Amparo, “Un cambio de paradigma...”, cit., pág. 172.



3. EL ABORTO POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 15 CE.

Debe tenerse presente, finalmente, que las normas que amparan el aborto eugenésico vulneran la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, marco hermenéutico, para las personas con discapacidad, de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española, en virtud de lo dispuesto por el artículo 10.2 CE. Agustina Palacios ha mostrado una amplia serie de preceptos de la Convención que resultan lesionados por la permisividad del aborto eugenésico¹⁹. Yo me centraré únicamente en el artículo 10, relativo al derecho a la vida, desde el que se debe interpretar, en consecuencia, el artículo 15 CE.

El artículo 10 CDPD dispone: “Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. Ciertamente, no se han acogido en este precepto las propuestas formuladas durante el proceso de elaboración de la Convención que pretendían que se protegiese explícitamente el derecho a la vida desde el momento de la concepción, lo que resulta comprensible si se tiene en cuenta que en muchos países se encuentra permitido el aborto²⁰; ahora bien, resulta interesante apreciar que el precepto reconoce el derecho a la vida a todos los seres humanos –lo que apunta hacia el reconocimiento de la condición de titular de derechos, es decir, de persona, a todo miembro de la especie biológica humana, y por tanto también al concebido y no nacido, como se indicó al inicio de este capítulo–, declaración desde la que debe interpretarse el segundo inciso del precepto, que es el más relevante a nuestro propósito, en el que se exige garantizar la igualdad de condiciones en el goce del derecho a la vida entre las personas con discapacidad y las demás, y por tanto, y a la luz de la afirmación previa, la igualdad de condiciones entre los *nasciturus* con discapacidad y los demás.

¹⁹ PALACIOS, Agustina, “¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad...?”, cit., págs. 577-587.

²⁰ Sobre la génesis del artículo 10, cfr. PALACIOS, Agustina, *El modelo social...*, cit., págs. 332-338.



Por su parte, el artículo 15 CE afirma que “todos tienen derecho a la vida”. La interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado de esta declaración, en relación con la problemática del aborto, niega al concebido y no nacido la titularidad del derecho fundamental de la vida -puesto que el concebido y no nacido no sería persona, ni, en consecuencia, titular de derechos-, pero sostiene en cambio que el artículo 15 consagra la protección del *nasciturus* y permite identificar la vida del *nasciturus* como un bien jurídico protegido de relevancia constitucional. Interpretar este precepto a la luz del artículo 10 CDPD significa, por tanto, garantizar la igualdad de condiciones en la protección del bien jurídico “vida del *nasciturus*” cuando se trata de un *nasciturus* con discapacidad y cuando se trata de cualquier otro *nasciturus*; lo que en nuestro Derecho, en virtud de la Ley Orgánica 2/2010, no sucede después de la decimocuarta semana de la gestación: a partir de ese momento, el bien jurídico constitucionalmente protegido “vida del *nasciturus* sin discapacidad” goza de una tutela más intensa que el bien jurídico “vida del *nasciturus* con discapacidad”.

En suma, del citado artículo 10 CDPD se deduce la imposibilidad de permitir el aborto específicamente por razón de discapacidad cuando en otros casos no se encuentra permitido, como en España después de la decimocuarta semana: como se ha afirmado con toda precisión, “lo que está remarcando la Convención es que cuando hay una legislación que prohíbe el aborto porque considera que hay que proteger la vida de la persona por nacer, no puede ser que esa misma legislación lo permita en el caso de que sea una persona con discapacidad”²¹. En otras palabras: “lo que claramente elimina la Convención

²¹ CONSEJO FISCAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo*, 23 de junio de 2009, pág. 19. En cambio, discrepa de esta posición el Consejo de Estado, sin más argumentación que remitirse a los citados trabajos preparatorios de la Convención, en los que se rechazó la expresa inclusión del *nasciturus*, lo que le lleva a afirmar que “allí donde se considere que el *nasciturus* es titular de un derecho a la vida habrá de extenderse la protección de la Convención y la solución será la contraria si no se le considera como tal sujeto” (CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo*, 17 de septiembre de 2009, apartado VI), posición que no me parece sostenible por las razones señaladas en el texto. Recoge la tesis del Consejo de Estado y argumenta también la compatibilidad entre la Ley Orgánica 2/2010 y la Convención DE LORENZO GARCÍA, Rafael, “La Convención, un desafío inaplazable”, cit., págs. 47-50.



es la posibilidad de que se realicen distinciones basadas precisamente en la condición de discapacidad de este feto, *nasciturus* o persona por nacer (según las consideraciones de cada Estado)”²². Por todo ello, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, en su primer Informe de Observaciones Finales a España sobre el cumplimiento de la Convención, denunció esta vulneración e instó a que se corrigiese. Concretamente, señala el Informe: “El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley N° 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la Ley permita que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente”²³.

4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

Pienso que la exposición desarrollada en páginas anteriores ha mostrado, como se adelantaba, que existen razones sólidas para sostener la inconstitucionalidad de los apartados b y c del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, que, al permitir el aborto por encima de la decimocuarta semana de gestación solo por razón de la discapacidad del *nasciturus* (o de la probabilidad de que exista), consagran y fomentan un prejuicio social frente a las personas con discapacidad contrario a la dignidad humana reconocida por el artículo 10.1 CE como valor jurídico y político supremo de nuestro sistema constitucional, constituyen una discriminación por razón de discapacidad prohibida por el artículo 14 CE y vulneran el artículo 15 CE interpretado a la luz del artículo 10 CDPD. Mi conclusión es, por tanto, que tales normas legales deberían ser modificadas, para eliminar cualquier justificación del aborto que guarde relación con la discapacidad.

A la posición que se ha venido defendiendo podría oponerse, sin embargo, una objeción que merece ser tenida en cuenta, y que pone de relieve el trauma emocional que con frecuencia representa para la madre saber que su hijo pre-

²² PALACIOS, Agustina, “¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad...?”, cit., pág. 587.

²³ Este Informe, aprobado el 23 de septiembre de 2011, ha sido publicado en CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2011*, Madrid, Cinca, 2012, págs. 121-137. La observación transcrita es el núm. 18 del Informe (pág. 125).



senta una discapacidad, por lo que la conducta de proseguir el embarazo –como señaló el Tribunal Constitucional español, y se ha citado con anterioridad– “excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia” (STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 11º). Estoy convencido de que tales situaciones particulares deben ser atendidas –el Derecho siempre exige la atención a las circunstancias concretas del caso–, y, por supuesto, la posición defendida en estas páginas no conduce a la sanción penal de la madre que en tales circunstancias decide recurrir al aborto; lo que se impugna es tan solo que tal conducta pueda pretender el reconocimiento y la tutela general del orden jurídico, y se impugna sobre todo porque la respuesta del Derecho al ser humano con discapacidad no puede consistir en su eliminación, sino en brindar todos los apoyos necesarios –económicos, psicológicos, médicos o sociales–, tanto a él como a su familia, para asegurarle las mayores oportunidades posibles de autonomía y desarrollo personal y la plena inclusión en la sociedad. En la medida en que el Derecho opta por la primera respuesta, pasa inevitablemente a un plano subordinado la segunda. En este sentido, se ha llamado la atención sobre el hecho de que haya quedado incumplido el vaticinio formulado por el Tribunal Constitucional al afirmar la constitucionalidad de la despenalización del aborto eugenésico en la Sentencia tantas veces citada²⁴: “en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización” (STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 11º); cabe plantearse si la razón de que tales avances no se hayan producido con la intensidad debida no es justamente la citada despenalización.

Por lo demás, y en tanto no se produzca la derogación de las normas legales examinadas, sería preciso al menos realizar desde la sociedad todos los esfuerzos necesarios para reducir en lo posible sus efectos negativos. Así, en primer lugar, es preciso garantizar que la información que se ofrece a los padres con carácter previo a la decisión de proceder a una técnica invasiva de diagnóstico

²⁴ Cfr. ALONSO PARREÑO, María José, *Los derechos del niño con discapacidad...*, cit., págs. 312-313.



prenatal o a la decisión de abortar o proseguir el embarazo en caso de que el niño presente alguna discapacidad sea una información lo más amplia y completa posible; y, sobre todo, es particularmente importante que no induzca ni presione hacia la realización del diagnóstico prenatal –que ha de ser absolutamente voluntaria–, ni mucho menos presione hacia el aborto en caso de un diagnóstico positivo, limitándose, por ejemplo, a presentar de forma unilateral y dramática los aspectos desventajosos de la atención de un niño con discapacidad, presión hacia el aborto que se produce hoy con demasiada frecuencia, como se ha denunciado²⁵. Para ser auténticamente completa, tal información debe incluir la puesta en conocimiento de los padres de todas las alternativas posibles –adopción; ayudas médicas, sociales y psicológicas para el niño con discapacidad y la familia; etc.– y debe ir acompañada, asimismo, como se ha propuesto desde el CERMI, de contactos directos de los padres con personas con discapacidad y familias de personas con discapacidad²⁶.

En este sentido, el artículo 17.3 de la Ley Orgánica 2/2010 establece la obligación de entregar a la madre, en el supuesto de aborto por anomalías del feto previsto en el artículo 15 b) de la Ley, “información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas”. Desde mi punto de vista, se trata

²⁵ Así, AMOR PAN, José Ramón, “Informar no es persuadir...”, cit., págs. 18-20, que subraya la particular responsabilidad de los médicos y profesionales sanitarios en el elevado número de abortos eugenésicos; en el mismo sentido, en relación con Estados Unidos, SKOTKO, Brian, “Diagnóstico prenatal de síndrome de Down: reflexiones de madres que decidieron mantener el embarazo”, en *Revista española de información e investigación sobre el Síndrome de Down*, 22 (2005), págs. 53-57. Cfr. también los restantes trabajos citados *supra* en nota 11.

²⁶ Cfr. “Documento de posición del CERMI respecto de la regulación legal de la interrupción voluntaria del embarazo o aborto en los aspectos que guardan relación con la discapacidad”, 26 de marzo de 2009; publicado en CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2009*, Madrid, Cinca, 2010, págs. 30-31. Desde el punto de vista médico, ha puesto de relieve la importancia de este contacto con familias y asociaciones de personas con discapacidad DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Carmen, “Diagnóstico prenatal e información a los padres”, en *Cuadernos de Bioética*, 20 (2009), pág. 432; señala también esta autora que “hay ya indicios de que, a medida que mejora la calidad científica y humana de la información y de la toma de decisión sobre la enfermedad malformativa o genética, se observa una tendencia, estadísticamente significativa en años recientes, a optar por la continuidad del embarazo y a rechazar su interrupción” (pág. 440).



de una exigencia notoriamente insuficiente –pues la información escrita siempre es más pobre que el conocimiento real de la experiencia de una familia que tenga algún miembro con discapacidad–, y llama además la atención que solo se contemple para el supuesto del artículo 15 b) –que permite el aborto por anomalías del feto entre la 14ª y la 22ª semana–, y no para el del artículo 15 c) –en el que se prevé el aborto, sin límite alguno de plazo, por una enfermedad del feto “extremadamente grave e incurable”–, ni para el supuesto general del artículo 14, en el que se admite el aborto durante las primeras catorce semanas sin indicación alguna de motivos, pero puede suceder que en un caso concreto se deba a la posible discapacidad del hijo; el artículo 17.3 tendría que haberse formulado con un alcance más amplio, y requerir la información citada para cualquier aborto que tenga por motivo la discapacidad. En todo caso, se trata de un pequeño paso adelante, que –si se cumple el precepto adecuadamente– permitirá que las madres de esos niños cuenten con una información que les permitirá una decisión más meditada. En el mismo sentido, han establecido obligaciones de información a las madres gestantes –más amplias que las contenidas en la ley estatal– las leyes de protección a la maternidad elaboradas en algunas regiones españolas, como la Comunidad Valenciana o Murcia; así, por ejemplo, el artículo 11 de la Ley de la Comunidad Valenciana 6/2009, de 30 de junio, de Protección de la Maternidad, establece que “toda mujer gestante tiene derecho a ser informada de manera personalizada, suficiente y comprensible de todas las ayudas y apoyos, tanto jurídicos como económicos o de uno u otro orden, tanto de naturaleza pública como privada, que puede recibir para culminar la gestación, teniendo en cuenta sus características personales, socioeconómicas y culturales”, si bien se echa en falta en esta Ley un tratamiento específico de la información a proporcionar en los casos en que el *nasciturus* presenta una discapacidad.

En todo caso, y más allá de las normas legales, pienso que en este ámbito incumbe un papel especialmente importante a las asociaciones de personas con discapacidad y sus familias, que han de realizar un particular esfuerzo por difundir en la sociedad los valores positivos de la vida de las personas con discapacidades graves y por proporcionar una información completa y rigurosa sobre las diversas causas específicas de discapacidad, como el síndrome de



Down²⁷. Como se ha señalado más arriba, las causas que en mayor medida inducen a las madres a la terminación del embarazo de niños con discapacidad son el temor al sufrimiento propio y la convicción de que el niño jamás podrá tener una vida feliz. La difusión a la sociedad de imágenes y ejemplos que resalten las oportunidades de realización y desarrollo personal de personas con discapacidades graves –especialmente si reciben la oportuna atención desde los primeros meses de su vida– contribuiría sin duda, en este sentido, al debilitamiento de los motivos que están en la base del aborto.

Una última cuestión merece ser mencionada en el contexto de la temática tratada en este capítulo. En algunas ocasiones, desde las asociaciones de personas con discapacidad la crítica al aborto eugenésico se ha hecho extensiva al diagnóstico prenatal²⁸, lo cual no deja de tener razones en su favor, pues el diagnóstico es el paso previo al aborto, por el que optan más del 85% de las mujeres que reciben el diagnóstico positivo de síndrome de Down o autismo, por ejemplo. Asimismo, las técnicas invasivas de diagnóstico prenatal, que son las únicas que permiten identificar alteraciones cromosómicas, como la que provoca el síndrome de Down, generan un riesgo importante de pérdida de fetos sanos, que acontece entre el 1 y el 2% de los casos²⁹. Ahora bien, debe ponerse de relieve, asimismo, que “existe otra cara del diagnóstico prenatal dirigido en positivo a cuidar la salud del feto”³⁰: en relación con ciertas enfer-

²⁷ Ha subrayado la importancia de este papel FLÓREZ, Jesús, “Diagnóstico prenatal del Síndrome de Down y aborto voluntario”, en *Revista española de información e investigación sobre el Síndrome de Down*, 24 (2007), págs. 75-76.

²⁸ Es, por ejemplo, la posición explícita de BUCKLEY, Frank – BUCKLEY, Sue, “Muertes injustas, vidas legítimas: el diagnóstico prenatal para el síndrome de Down”, en *Revista española de información e investigación sobre el Síndrome de Down*, 25 (2008), págs. 138-148, que consideran éticamente inaceptable la práctica de diagnóstico prenatal para el síndrome de Down.

²⁹ DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Carmen, “Diagnóstico prenatal...”, cit., págs. 430-431, distingue entre “técnicas de detección prenatal”, que permiten sospechar tan solo la *posibilidad* de una anomalía fetal, y “técnicas de diagnóstico prenatal”, que permiten identificar la enfermedad: entre éstas últimas se incluyen la ecografía, para la detección de alteraciones estructurales, de éxito diagnóstico variable, y las técnicas invasivas, para la detección de alteraciones cromosómicas, de absoluta fiabilidad diagnóstica.

³⁰ LÓPEZ MORATALLA, Natalia, “Avances de la medicina perinatal y la creciente intolerancia a la discapacidad”, en *Cuadernos de Bioética*, 23 (2012), págs. 529-564; la cita textual es de pág. 533. Sobre las cuestiones tratadas en este párrafo, cfr. también JUNCOSA, Artur, “El diagnóstico prenatal: problemática ética”, en *Anuario Filosófico*, 27 (1994), págs. 103-115; y, con una perspectiva netamente más crítica, RODRÍGUEZ MARTÍN, Esteban, “La extensión de la eugenesia en el ámbito sanitario español a través del diagnóstico prenatal”, en *Cuadernos de Bioética*, 23 (2012), págs. 53-70.



medades permite el desarrollo de actuaciones terapéuticas prenatales, y, cuando el niño va a nacer con una discapacidad, permite una adecuada preparación de los padres y de la atención que el niño va a precisar desde su nacimiento. Por tanto, no parece adecuado estigmatizar con carácter general el diagnóstico prenatal; sin embargo, los riesgos mencionados, así como el hecho de que en muchas ocasiones el diagnóstico prenatal sea enfocado desde la predisposición al aborto si el *nasciturus* tiene una discapacidad, aconsejan una reflexión desde la ciencia médica —sin que sobre esta materia sea precisa ni oportuna, en mi opinión, una regulación jurídica precisa— sobre la conveniencia de su limitación a los casos en que la discapacidad sea altamente posible, así como sobre el modo en que se facilita a los padres la información sobre los resultados de las técnicas de detección o diagnóstico prenatal, que ha de ser extremadamente cautelosa en no presentar como seguro lo que es únicamente probable, y, como se ha señalado más arriba, en ningún caso ha de presionar hacia la práctica del aborto. En definitiva, se trata de que todos asumamos real y plenamente el reconocimiento de la igual dignidad de las personas con discapacidad, y de que su vida tiene idéntico valor a la de las personas con discapacidad, sin que su diversidad funcional deba ser vista, por el contrario, como se ha señalado en el capítulo anterior, como un mal o una carga.

Capítulo III

DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y ESTERILIZACIÓN FORZOSA: A PROPÓSITO DE LA NUEVA REGULACIÓN LEGISLATIVA

1. EVOLUCION NORMATIVA DE LA ESTERILIZACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Desde 1989, el Derecho español ha amparado la esterilización forzosa de las personas con discapacidad intelectual a solicitud de sus padres o representantes legales. En efecto, tal previsión fue introducida por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, que añadió un nuevo inciso al artículo 428, párrafo segundo, del Código penal entonces vigente. Esta regulación –sobre cuya constitucionalidad se pronunció favorablemente la STC 215/1994, de 14 de julio– pasaría más tarde, con muy leves modificaciones que a continuación mencionaré, al artículo 156 del nuevo Código penal de 1995. En cambio, la reciente reforma del Código Penal, llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha operado un cambio sustancial en el tratamiento de esta materia.

A lo largo de toda esta evolución normativa, no ha variado la ubicación sistemática de la regulación jurídica de la esterilización: aun cuando resulte curioso, pues se trata de una cuestión que debiera ser contemplada más bien en



la legislación civil, tanto el Código penal actual como el precedente abordan la esterilización de personas con discapacidad en el contexto de la regulación del consentimiento en los delitos de lesiones. Concretamente, tras establecerse la regla general de la irrelevancia del consentimiento (que, conforme a lo que establece el artículo 155, no exime de la responsabilidad penal, si bien determina una reducción de la pena), se introduce una excepción a dicha regla (artículo 156, párrafo 1º), al indicar que el consentimiento “válida, libre, consciente y expresamente emitido” exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual. El precepto excluye a continuación la validez del consentimiento que se haya obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa, del otorgado por menor de edad, y -en la regulación hasta ahora vigente- del otorgado por “incapaz”; aquí se encuentra la primera modificación relevante operada por la reforma de 2015, pues se ha limitado esta excepción a quien “carezca absolutamente de aptitud para prestar el consentimiento”, de tal forma que un mayor de edad que tenga aptitud para prestar el consentimiento, incluso si se encuentra judicialmente incapacitado, puede consentir válidamente a un trasplante de órganos, esterilización o cirugía transexual. Finalmente, el primer párrafo del artículo 156 concluye señalando que, en el caso de las personas cuyo consentimiento no es válido (menores de edad o quienes carezcan de aptitud para prestarlo), tampoco lo es el otorgado respecto a ellos por sus representantes legales.

La norma relativa a la esterilización no consentida de personas con discapacidad constituye, en este contexto, una excepción a la excepción. En la redacción hasta ahora vigente, permitía la esterilización de una persona con “grave deficiencia psíquica” sin contar con su consentimiento, siempre que hubiese sido autorizada por el juez, “a petición del representante del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”. Siguiendo la doctrina formulada por el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia de 1994, la nueva regulación de 1995 incorporó algunos ligeros cambios, principalmente los siguientes: en primer lugar, mientras que la regulación anterior autorizaba la esterilización de cualquier “incapaz”, lo que aparentemente permitía incluir en el supuesto de hecho de la norma a toda



persona con discapacidad psíquica, aun cuando no hubiera sido objeto de una declaración judicial de incapacitación, el CP de 1995 indicó que la medida sólo puede ser aplicada a quienes hayan sido incapacitados judicialmente; en segundo lugar, se señala que el criterio rector de la decisión del juez ha de ser el interés del incapaz; y finalmente, respecto del procedimiento a seguir para la autorización de la esterilización, se indica que podrá acordarse bien en el seno del mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria tramitado con posterioridad.

Pues bien, la reforma de 2015 ha restringido de forma notable la posible aplicación de la esterilización no consentida: hoy solo es posible practicar la esterilización sin el consentimiento del sujeto pasivo “en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”. El precepto no alude ya, pues, como presupuesto para la licitud de la esterilización no consentida, a la existencia de una discapacidad psíquica, ni de una declaración judicial de incapacidad, sino a la imposibilidad fáctica de prestar el consentimiento. Habrá que entender, por tanto, que a aquella persona con discapacidad intelectual a la que se le pueda explicar en términos elementales la finalidad de la intervención, esto es, que si se realiza la esterilización no podrá tener hijos, y pueda manifestar si quiere que ello suceda o no, no se le podrá practicar la esterilización sin su consentimiento, y podrá en cambio elegirla libremente si la desea.

No parece que deban exigirse mayores requisitos para entender que existe aptitud para prestar el consentimiento, ni pueden interpretarse los requisitos de libertad y conciencia del consentimiento que se enuncian en el inciso inicial del precepto de tal forma que vacíen el contenido del inciso final del primer párrafo, que excluye solo el de quienes carezcan *absolutamente* de aptitud para prestarlo: así pues, como se ha señalado, “una persona incapacitada o afectada por una deficiencia mental que pueda comprender *mínimamente* el significado de la maternidad/paternidad y de las prácticas esterilizadoras y no quiera ser



esterilizada no podrá ser esterilizada...; si una persona incapacitada o afectada por una deficiencia mental puede comprender, *aunque sea mínimamente*, el significado de la maternidad/paternidad y de las prácticas esterilizadoras, dicha persona podrá consentir válidamente tal práctica”¹. Es más, debe entenderse que ni siquiera en la resolución judicial de incapacitación que ponga fin a un procedimiento de modificación de la capacidad puede declararse con carácter general la incapacidad de prestar el consentimiento para la esterilización, pues el artículo 156 CP alude a un dato fáctico, y no jurídico, que es la aptitud efectiva para prestar el consentimiento, que solo podrá comprobarse mediante el examen de la persona afectada por el propio juzgador en el momento de prestarlo; exigiéndose además, para que se pueda practicar la esterilización sin el consentimiento del sujeto pasivo, que la carencia de esa aptitud sea permanente. Por tanto, si una persona tiene aptitud para prestar el consentimiento, podrá otorgarlo para ser esterilizada; si carece de esa aptitud, pero no puede estimarse que la carencia vaya a ser permanente, no podrá otorgar el consentimiento, pero tampoco podrá ser esterilizada forzosamente; y, solo en el caso en que carezca de esa aptitud de modo permanente, podrá ser esterilizada sin su consentimiento.

Ello implica, en definitiva, que, en la mayor parte de los casos en que hasta ahora se practicaba la esterilización –en especial, personas, sobre todo mujeres, con síndrome de Down– no podría haber sido aplicada esta medida conforme a la nueva regulación legal. Por indicar tan solo dos ejemplos, por Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 19 de junio de 2009 se acordó la esterilización de una persona con déficit cognitivo respecto de la que la propia Sentencia afirma que desarrolla un trabajo fuera de su domicilio con cierta autonomía, lo que permite presumir que podría consentir respecto de la esterilización; la Sentencia autoriza la medida, sin embargo, porque uno de los dictámenes médicos indica que la persona afectada “tiene una considerable di-

¹ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-13 (2014), pág. 29; los subrayados son míos. Como refleja su título, esta publicación analiza el texto del Proyecto de Ley; pero, en la materia que nos ocupa, este no experimentó cambios durante su tramitación parlamentaria.



ficultad para entender y comprender los aspectos básicos de la trascendencia de una relación sexual y de las posibilidades de una concepción, que es incapaz de desarrollar de forma coherente el ejercicio de la maternidad responsable y que no podría educar y cuidar de sus hijos de forma socialmente deseable”, exigiéndole cualidades que desde luego no se requieren a una persona sin discapacidad. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 14 de febrero de 2000 autoriza la esterilización de una persona de 22 años con retraso mental leve y un grado de discapacidad del 35%, respecto de la cual los dictámenes médicos indican que su situación no le impide comprender los aspectos básicos de la sexualidad, y puede ser informada respecto de aquellos que no entiende, si bien “está descubriendo el sexo de forma instintiva, pueril y confusa, e ignora qué tipo de relaciones son necesarias para quedarse embarazada”: nos encontramos claramente ante un caso en el que, en el momento de la Sentencia, podría faltar la aptitud para prestar el consentimiento ante la esterilización, pero los datos que la propia Sentencia ofrece muestran que esa carencia no es permanente, y podría remediarse en el futuro. En definitiva, la medida que contempla el párrafo segundo del artículo 156 solo parece aplicable hoy a personas con discapacidades muy graves, que supongan una severa ausencia de discernimiento.

Por lo que se refiere, por lo demás, al procedimiento para la autorización de la esterilización, es sustancialmente idéntico al actual, pero su regulación se ha llevado del artículo 156 CP a la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2015, que dispone que la esterilización “deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento”.

En trabajos anteriores he defendido –en crítica a la STC 215/1994– la inconstitucionalidad de la autorización judicial de la esterilización forzosa, tal y como se encontraba regulada hasta ahora por el artículo 156 CP, que constituía



una evidente restricción de los derechos de las personas con discapacidad². A la luz de cuanto se ha expuesto hasta ahora, resulta claro que la nueva regulación, si se aplica correctamente por los Tribunales, en la línea que se ha sugerido, comporta un significativo avance. No obstante, cabe plantearse también si la normativa actual respeta de forma adecuada los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, o, por el contrario, continúa vulnerándolos. Esta es la cuestión que pretendo abordar en el presente capítulo, que analizaré desde la perspectiva, sobre todo, del artículo 15 CE, que reconoce el derecho fundamental a la integridad física; si bien al término del mismo me plantearé igualmente si la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 156 CP constituye una discriminación por razón de discapacidad, en conexión con el artículo 14 CE.

2. ESTERILIZACIÓN Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA.

El artículo 15 CE afirma que “todos tienen derecho a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Conviene iniciar la reflexión delimitando el contenido del derecho a la integridad física reconocido por este precepto constitucional, para confrontar con él la medida de esterilización. Pues bien, sobre la base del propio tenor literal de la norma, cabe afirmar que el derecho a la integridad física es el derecho a mantener *íntegro* el cuerpo, o, en otras palabras, el derecho a preservar, frente a injerencias ajenas, la totalidad de las funciones y órganos corporales y la apariencia corporal externa. Por ello, el Tribunal Constitucional ha podido definirlo también como “el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento” (STC 207/1996, de 16 de diciembre, fundamento jurídico 2º). Si a este criterio literal se añade una perspectiva teleológica, que indague cuál es el bien que se pre-

² Cfr. sobre todo MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis – DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, cit., págs. 165-180 (Capítulo VII: “El contenido esencial del derecho a la integridad física y la esterilización de personas con discapacidad intelectual”).



tende proteger mediante el reconocimiento del derecho fundamental, parece claro que en este caso el bien protegido es la inviolabilidad de la esfera corporal de la persona, que constituye una dimensión esencial de la persona humana³, merecedora de respeto incondicionado a la luz del artículo 10.1 CE, que define la dignidad de la persona como “fundamento del orden político y de la paz social”. En este sentido, ha señalado también el Tribunal Constitucional que mediante el derecho a la integridad física y moral “se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” (STC 120/1990, de 27 de junio, fundamento jurídico 8º).

Los dos criterios –literal y teleológico– que se acaban de mencionar permiten comprender, por lo demás, que este es un derecho de protección positiva, que no incluye la facultad de atentar voluntariamente contra la propia integridad corporal. Lo que se reconoce es, en efecto, el derecho a la integridad o inviolabilidad corporal, no un derecho sobre el cuerpo o a la libre disposición del cuerpo. Por ello, cuando en la STC 120/1990 el Tribunal Constitucional establece las consecuencias que se derivan para los poderes públicos del reconocimiento constitucional del derecho a la vida, hace referencia también al derecho a la integridad física, advirtiendo la íntima unión que existe entre ambos: “como fundamento objetivo del ordenamiento, el derecho fundamental a la vida impone a los poderes públicos, y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares”. Desde esta perspectiva, la calificación que unas líneas más abajo hace el Tribunal del derecho a la vida es plenamente aplicable al derecho a la integridad física: el derecho a la vida –afirma– tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte” (fundamento jurídico 7º). El derecho a la inte-

³ Así lo ha puesto de relieve brillantemente BALLESTEROS LLOMPART, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, págs. 154-155.



gridad física no puede ser definido tampoco como un derecho de libre determinación sobre el cuerpo, que incluya el derecho a sacrificar la propia integridad corporal. Naturalmente, ello no significa que el atentado voluntario contra la integridad corporal no pueda estar tolerado por la ley; pero implica que tal acto no puede encontrar protección iusfundamental: en otras palabras, que, con fundamento únicamente en la Constitución, el sujeto no puede reclamar el apoyo de los poderes públicos o de terceros a un ataque contra su integridad corporal. Y es precisamente esta exclusión de la intervención de terceros la base en la que se sustenta el principio de irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones que establece el artículo 155 CP.

Para precisar mejor el alcance del derecho fundamental a la integridad física, y con base en la declaración ya citada de la STC 120/1990, que diferencia entre ataques al cuerpo e intervenciones sobre el cuerpo (“se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”), así como en el criterio teleológico mencionado, cabe distinguir dos tipos de conductas distintas que afectan a este derecho:

a) Las intervenciones sobre el cuerpo que atenten contra la integridad corporal. Es en estos casos cuando, desde la óptica constitucional, resulta irrelevante el consentimiento del sujeto pasivo, por lo que este tipo de intervenciones podrán resultar lesivas del derecho a la integridad física, y por tanto ilícitas, aun cuando cuenten con ese consentimiento; *a fortiori*, siempre lo serán en ausencia de consentimiento.

b) Las intervenciones sobre el cuerpo que no atenten contra él, sino que estén destinadas a mejorarlo o a proteger la salud o la vida. En estos casos, la inviolabilidad de la esfera corporal de la persona se verá garantizada –y la lesión del derecho a la integridad física excluida– si cuentan con el consentimiento del sujeto pasivo. En cambio, por regla general serán lesivas del derecho a la integridad física –y por tanto ilícitas– si carecen de ese consentimiento. Solo en casos excepcionales podrá estimarse que tales intervenciones



son lícitas aun en ausencia de consentimiento, concretamente cuando el sujeto pasivo sea menor de edad o carezca, temporal o definitivamente, de capacidad fáctica para prestar el consentimiento, y resulte clara la idoneidad de la intervención para la mejora o protección de la salud (es lo que sucede, por ejemplo, en situaciones de emergencia en las que el tratamiento no admita demora y no sea posible obtener el consentimiento).

Pues bien, salvo en los supuestos excepcionales en que pueda resultar necesaria para la protección de la salud, la esterilización constituye evidentemente una intervención del primer tipo, es decir, atentatoria contra la integridad corporal, pues priva a la persona de modo permanente –y en algunos casos irreversible– de una de sus capacidades físicas esenciales, la capacidad generadora. Por tanto, vulnera el derecho a la integridad física siempre que se realice sin el consentimiento del sujeto. En la STC 215/1994, el Tribunal trata de emplear un argumento *ad absurdum* para defender la licitud de la esterilización, que en realidad confirma precisamente la tesis que se acaba de sostener. Concretamente, señala que, si no se admite la sustitución del consentimiento del incapaz por la autorización judicial, llegaríamos a “rechazar cualquier tratamiento médico –y sobre todo una intervención quirúrgica ablativa– indispensable para la vida o simplemente beneficiosa para la salud de los deficientes psíquicos graves” (fundamento jurídico 4º). Pero esta es justamente la diferencia: indudablemente, una intervención médica destinada a proteger la vida o a mejorar la salud de una persona con discapacidad intelectual grave que carece de aptitud para prestar el consentimiento resultaría lícita, y no lesionaría su derecho a la integridad física; una intervención que supone la privación de una capacidad corporal y no se justifica por las referidas finalidades vulnera, por el contrario, el derecho reconocido en el artículo 15 CE. Por supuesto, puede suceder –como también apunta el Tribunal Constitucional– que la propia esterilización sea una medida indicada por razones terapéuticas. Este es, sin embargo, un caso excepcional, en que la licitud de esta actuación no plantea duda alguna, y para el que no se precisa la regulación contenida en el artículo 156 del Código penal, pues una intervención médica destinada a mejorar la salud no puede ser considerada en modo alguno constitutiva del delito de lesiones por completa ausencia de tipicidad.



Así pues, de la argumentación precedente cabe concluir que la esterilización no consentida expresamente, incluso de personas que carezcan de aptitud para prestar el consentimiento, salvo en los casos excepcionales en que se trate de una intervención destinada a proteger la salud, constituye *prima facie* una vulneración del derecho fundamental a la integridad física. Avalaría además esta conclusión la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que –aun cuando no ha abordado ningún caso de esterilización de personas con discapacidad– se ha ocupado –en la Sentencia V.C. contra *Eslovaquia*, de 8 de noviembre de 2011, y otras posteriores– de esterilizaciones para los que no se había prestado un consentimiento válido, y pone de relieve que “la esterilización constituye una grave invasión de la integridad física, en la medida en que priva de la capacidad reproductiva”, por lo que el Tribunal no tiene reparo en calificar la esterilización no consentida válidamente como un “trato inhumano o degradante” en el sentido del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria sostienen que las restricciones de los derechos fundamentales resultan lícitas si son aptas para realizar otros fines constitucionales, y satisfacen las exigencias derivadas del juicio de proporcionalidad⁴. Como es bien sabido, el juicio de proporcionalidad comporta tres elementos: a) adecuación a fin: el fin que persigue la medida cuestionada ha de tener cobertura constitucional, y la medida ha de ser apta para lograrlo; b) necesidad: la restricción ha de ser necesaria, pues no existe una alternativa menos gravosa; c) proporcionalidad en sentido estricto: la medida no ha de comportar costes mayores que los beneficios que genera. Aplicaré a continuación estos tres parámetros al análisis de la esterilización forzosa regulada por el artículo 156 CP.

⁴ Posición que no comparto, pues, desde mi punto de vista, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE, debe considerarse vedada cualquier restricción del contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental, como la que comporta la esterilización no consentida respecto del derecho fundamental a la integridad física. Sobre este debate, cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis – DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, cit., pássim, especialmente págs. 6-29 y 70-76.



a) Adecuación a fin. El único fin constitucional que puede amparar la esterilización no consentida –que es desde el que efectivamente la justifica el Tribunal Constitucional en la STC 215/1994- es garantizar el cumplimiento por los padres del deber de asistencia a los hijos que establece el artículo 39.3 CE, deber que no podría ser cumplido por las personas a que se aplica la medida, por lo que resulta necesario evitar su paternidad, y la esterilización constituye evidentemente un medio adecuado para ello. En mi opinión, este primer requisito del test de proporcionalidad no concurría en absoluto en la normativa hasta ahora vigente, que se sustentaba sobre la injustificada asunción de que a las personas con discapacidad intelectual grave les resulta imposible el cumplimiento de los deberes constitucionales inherentes a la paternidad o maternidad, sin que, por lo demás, se exigiese la acreditación de tal imposibilidad para autorizar la esterilización⁵. En cambio, desde esta óptica merece un juicio distinto el nuevo artículo 156, que, al limitar la esterilización forzada a aquellas personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento para su práctica, resulta más coherente con la finalidad constitucional que ampara la medida: en efecto, parece claro que una persona que carece y carecerá absolutamente de aptitud para consentir una esterilización, porque no puede ni podrá entender lo que es ni sus efectos sobre la capacidad de ser padre o madre, carecerá asimismo del discernimiento mínimo necesario para poder ser padre o madre. Así pues, puede estimarse que la nueva regulación –a diferencia de la precedente– cumple con el primer requisito del test de proporcionalidad.

En ocasiones se ha sostenido, sin embargo, que el bien perseguido por la esterilización forzosa es la protección de la libertad sexual o del bienestar de la persona con discapacidad⁶. Me parece mucho más problemática, en cambio,

⁵ Cfr. PELÁEZ NARVÁEZ, Ana, *Maternidad y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2009, especialmente págs. 21-23 y 59-69, que muestra que la negación de la aptitud para ser madres a las mujeres con discapacidad intelectual constituye un prejuicio injustificado.

⁶ La libertad sexual es la justificación principal de la esterilización no consentida para SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, prólogo de A. López Moreno, Madrid, Dykinson-Universidade da Coruña, 1998, págs. 346-348; en la jurisprudencia aparece asimismo este argumento, por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 19 de junio de 2009 anteriormente citada en el texto (fundamento jurídico 1º). En la STC 215/1994 se hace también re-



la justificación constitucional de estos fines. Por un lado, la libertad sexual no aparece expresamente contemplada en ningún precepto constitucional, si bien puede entenderse implícitamente comprendida en el principio de libre desarrollo de la personalidad contemplado por el artículo 10.1 CE, o, más específicamente, en el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18 CE, en cuanto que este –a tenor de la interpretación formulada por la STC 151/1997, de 29 de septiembre (fundamento jurídico 5º)– excluye cualquier interferencia en el ámbito de la vida privada de las personas; pero, si no es lícito interferir en la decisión de mantener relaciones sexuales, mucho menos lo es en la decisión de que tales relaciones se encuentren abiertas a la procreación. Por otra parte, el artículo 49 CE, invocado en ocasiones como justificación constitucional de la exigencia de procurar el bienestar de las personas con discapacidad, indica principalmente que los poderes públicos “los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”, y, desde luego, no puede pretenderse promover el bienestar –para las personas con o sin discapacidad– al precio del sacrificio de los derechos fundamentales, lo que constituiría un injustificable paternalismo: como se ha señalado con acierto, “no podemos hablar de proteger a la persona con discapacidad ni velar por su propio interés cuando el resultado sea la limitación de sus derechos”⁷.

Por lo demás, la nueva redacción del artículo 156 CP exige, para que pueda procederse a la esterilización, que “se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos”. Este requisito se relaciona justamente con el primer elemento del juicio de proporcionalidad que ahora estamos comentando. Será necesario por tanto probar, en el caso concreto, que se produce un conflicto con el bien constitucional que justifica la esterilización, que, como se ha dicho, no puede ser otro que la garantía del cumplimiento de las obligaciones inherentes a la paternidad o maternidad con-

ferencia a ambos argumentos (libertad sexual y bienestar del “incapaz”), si bien no constituyen en mi opinión su ratio decidendi, que, como se ha indicado, se encuentra más bien en el artículo 39.3 CE (cfr. fundamentos jurídicos 4º y 5º).

⁷ SASTRE CAMPO, Ana, “La legislación y las políticas públicas desde la perspectiva de la Convención”, en ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (dir.), *La Convención Internacional...*, cit., pág. 87.



templadas en el artículo 39.3 CE⁸; en otras palabras, habrá de demostrarse que la persona a la que se le pretende aplicar la esterilización no podrá en modo alguno, ni siquiera con los apoyos convenientes, cumplir tales deberes como padre o como madre.

b) Necesidad. Este es el requisito cuya concurrencia resulta más problemática en el presente supuesto. En primer lugar, para que la esterilización resulte necesaria ha de existir un riesgo real de que la persona a la que se le pretende aplicar pueda ser padre o madre, es decir, vaya a mantener de hecho relaciones sexuales, lo que no será frecuente en el caso de personas que carecen de forma permanente y absoluta de aptitud para prestar el consentimiento a la esterilización. Pero, además, el test que venimos aplicando requiere, para que la restricción sea proporcionada, que no exista una alternativa menos gravosa. Y esta es la condición que evidentemente no se da, pues existen otros medios para evitar la procreación que no privan de modo permanente de la capacidad generadora, concretamente los diversos métodos anticonceptivos. En la STC 215/1994, el Tribunal Constitucional rechazó la idoneidad de estos medios, por cuanto “su adopción o aplicación requeriría, en todo caso, un control constante y continuado por parte de los guardadores del enfermo, no siempre posible y por tanto aleatorio, a no ser que la intervención de aquellos en la vida del incapaz sea tan intensa y rigorista que reconducirían estos sistemas a la vigilancia del enfermo” (fundamento jurídico 5º), vigilancia que el Tribunal entiende contraria a los principios constitucionales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, las personas a las que puede ser de aplicación la esterilización conforme a la nueva redacción del artículo

⁸ Se ha sugerido que la referencia al “conflicto de bienes jurídicos” en el nuevo artículo 156 podría dar a entender que la licitud de la esterilización no consentida constituiría un caso específico de estado de necesidad (GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “Evolución penal de la admisibilidad...”, cit., págs. 31 y 33-35); ahora bien, un principio básico del estado de necesidad es que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar, y desde este punto de vista resulta también claro que no puede haber otra justificación distinta de la esterilización que la que se viene apuntando en el texto, pues no parece existir otro bien jurídico penalmente protegido de entidad mayor que el derecho a la integridad física que pueda salvaguardarse por la esterilización: no lo es desde luego la libertad sexual, pues el CP castiga los delitos contra la libertad sexual sin violencia o intimidación (artículo 181) con penas más bajas que la causación de la esterilidad (artículo 149).



156 CP requieren de hecho apoyo y asistencia personal para el desarrollo de su actividad cotidiana⁹, apoyo y asistencia que puede resultar suficiente para evitar, en su caso, por ejemplo mediante la administración de fármacos anti-conceptivos, su paternidad o maternidad. Y, en todo caso, difícilmente puede argumentarse que sea más lesiva una normal vigilancia que la privación completa, y en muchos casos irreversible, de la capacidad generadora.

c) Finalmente, y como se ha dicho, el último elemento del test de proporcionalidad exige que no se causen males mayores que los beneficios que se pretenden generar, a lo que suele denominarse “juicio de proporcionalidad en sentido estricto”. En este caso, para evitar que una persona que no tendrá en modo alguno aptitud para cumplir los deberes inherentes a la paternidad o la maternidad pueda llegar a ser padre o madre se le priva justamente de su capacidad procreadora, luego resulta obvio que no se causan daños mayores que el bien que se pretende lograr. Resulta obvio, valga la insistencia, si solo se aplica la medida en ese supuesto y con esa finalidad; no en cambio si se pretende justificar en otros fines, como facilitar las relaciones sexuales –en este caso, sí se causa un mal mayor, pues se facilitan las relaciones sexuales al precio de privar de la libertad de mantener relaciones sexuales abiertas a la procreación– o promover un hipotético mayor bienestar de la persona con discapacidad, lo que, como se ha dicho, no se puede pretender mediante el sacrificio de los derechos fundamentales. Obviamente, tampoco se cumpliría este tercer elemento del juicio de proporcionalidad si la esterilización comportase un riesgo para la salud o la vida de la persona con discapacidad, supuesto en el que –como ya señaló el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 1994 a la que se viene haciendo referencia– no podría en ningún caso procederse a su práctica.

Así pues, el examen que acaba de realizarse de la esterilización no consentida que contempla el artículo 156 del Código penal a la luz del principio de

⁹ Este argumento ya fue sugerido en uno de los primeros comentarios a la STC 215/1994, y tiene mucho más sentido respecto de la normativa actual: cfr. ASTUDILLO POLO, Francisco José, “El derecho a la integridad física y la esterilización de las personas discapaces”, en *Derechos y libertades*, 4 (1995), págs. 513-520 (este argumento en pág. 514).



proporcionalidad confirma que la normativa actual ha supuesto un notable avance, y plantea obstáculos constitucionales menos graves que la precedente. Pero confirma también que continúa siendo lesiva del derecho fundamental a la integridad física de las personas con discapacidad, incluso si pretende justificarse desde la óptica del principio de proporcionalidad, pues no satisface las exigencias derivadas del mismo, concretamente el juicio de necesidad.

3. ALGUNAS OBSERVACIONES FINALES.

En el epígrafe anterior se ha dado respuesta a la pregunta planteada al inicio de este capítulo: la nueva regulación de la esterilización no consentida en el segundo párrafo del artículo 156 CP continúa resultando lesiva de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, concretamente del derecho fundamental a la integridad física. Pero quisiera aportar dos importantes argumentos adicionales, que refuerzan el juicio de inconstitucionalidad de este precepto legal.

En primer lugar, el segundo párrafo del artículo 156 CP entraña una discriminación por razón de discapacidad. En efecto, aunque hoy el precepto legal no alude a la discapacidad como circunstancia habilitante de la aplicación de la esterilización sin el consentimiento del sujeto pasivo, sino a una carencia fáctica, absoluta y permanente, de la aptitud para prestar el consentimiento, resulta obvio que la base de esa carencia será un déficit cognitivo o una enfermedad mental generadores de discapacidad (que el artículo 2 LGDPD define como “situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”). Por tanto, el artículo 156 CP consagra una diferencia de trato por razón de discapacidad, en la medida en que permite que se aplique una esterilización sin contar con su consentimiento exclusivamente a personas con discapacidad y no a otras. Como ya se ha venido explicando en los capítulos anteriores de este libro, la discapacidad constituye un motivo de discriminación prohibido con el mismo valor que los expresamente enunciados en el artículo 14 CE, lo que obliga a someter a las diferencias de trato basadas en



esta razón a un escrutinio particularmente estricto, que coincide básicamente con el contenido del juicio de proporcionalidad aplicado en el epígrafe anterior en relación con la lesión del derecho fundamental a la integridad física. Así pues, habría que insistir en que la justificación constitucional de esta diferencia de trato es el artículo 39.3 CE: se permite privar de la capacidad generadora, sin su consentimiento, a ciertas personas con discapacidad, para evitar que puedan tener hijos respecto de los cuales les resulte imposible cumplir con los deberes de asistencia establecidos por el artículo 39.3 CE; pero la medida no resulta proporcionada respecto de esa finalidad, pues existen otros cauces menos gravosos para alcanzar el mismo objetivo. Por tanto, la diferencia de trato contemplada por el artículo 156 CP no supera el escrutinio estricto al que le somete la prohibición de discriminación por razón de discapacidad.

En segundo lugar, hoy debe añadirse, además, que el artículo 156 CP vulnera la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, concretamente su artículo 23.1.c), que obliga a los poderes públicos a asegurar que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”. A tenor de lo dispuesto por el artículo 10.2 CE, este precepto se erige en parámetro interpretativo de los derechos a la igualdad y a la integridad física reconocidos por los artículos 14 y 15 CE, ofreciendo un nuevo argumento en favor de la conclusión ya apuntada: una actuación que, como la esterilización forzosa, priva de su capacidad generadora sin su consentimiento a algunas personas con discapacidad (y solo a ellas), impidiendo pues que mantengan su fertilidad en igualdad de condiciones con las demás, constituye una discriminación prohibida y una lesión del derecho fundamental a la integridad física. Resulta, por tanto, extraordinariamente llamativo que, en una de las más recientes Sentencias judiciales que autoriza una esterilización (concretamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 26 de marzo de 2015), se cite la Convención para afirmar de manera inmediata que “en ningún precepto de la Convención se habla expresamente de la esterilización de una persona incapaz” (fundamento jurídico 4º), cuando la realidad es que la referencia del artículo 23 es del todo precisa y explícita. Por lo demás, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, en su primer Informe de Observaciones Finales a



España sobre el cumplimiento de la Convención, instó a España a que “suprima la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente”¹⁰, requerimiento al que por supuesto no da respuesta la reforma del Código penal de 2015, pues, aun cuando la sujete a condiciones notablemente más estrictas, mantiene la posibilidad de la esterilización sin el consentimiento del sujeto pasivo.

Habría que señalar, finalmente, que –conforme a la interpretación que se ha venido sosteniendo en estas páginas– la esterilización forzada es una medida que ya solo podrá aplicarse en supuestos excepcionalísimos: a personas que carezcan de forma absoluta y permanente de aptitud para prestar el consentimiento a la esterilización por no poder entender la finalidad de la intervención, que carezcan también de la aptitud para ser padres o madres aun con los debidos apoyos, y a que pesar de estas circunstancias sea probable que entablarán relaciones sexuales. Regular expresamente un tratamiento de utilización tan excepcional, que en muchos casos no sería en absoluto punible incluso sin tal regulación –por ejemplo, y como ya se ha dicho, si la esterilización resulta necesaria para la preservación de la salud física o psíquica no constituiría el delito previsto por el artículo 149 CP por ausencia de tipicidad–, no parece tener sentido, y comporta el evidente riesgo de su extensión a casos distintos de los previstos expresamente por la norma, y de relajación en la práctica de los requisitos exigidos para su aplicación¹¹. Por ello, y por todas las razones ex-

¹⁰ Informe de Observaciones Finales a España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 23 de septiembre de 2011, núm. 38; en CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2011*, cit., pág. 132. El Comité relaciona la esterilización, correctamente, con el artículo 17 de la Convención, que reconoce a las personas con discapacidad el derecho a la integridad física y mental “en igualdad de condiciones con las demás”; si bien podría haber hecho alusión asimismo al artículo 23, que, como se ha comentado en el texto, resulta mucho más claro en relación con esta medida.

¹¹ Con carácter general, ha apuntado acertadamente este riesgo Andrés Ollero: “Los casos-límite podrán ser resueltos con más eficacia por instancias judiciales, capaces de apreciar en miniatura posibles circunstancias agravantes, atenuantes o incluso eximentes. La ley, por el contrario, se ve obligada a plantear situaciones generales, como si pintara con brocha gorda; aplicada a casos estadísticamente atípicos, tenderá a convertir la excepción en regla con efectos tan imprevisibles como arriesgados” (OLLERO TASSARA, Andrés, “Política legislativa”, en ROMEO CASABONA, Carlos, dir., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, vol. II, Granada, Comares, 2011, pág. 1282).



puestas a lo largo de este capítulo, pienso que no resulta en absoluto suficiente la mejora efectuada por la reciente reforma del Código penal, pues en realidad el segundo párrafo del artículo 156 CP debería ser derogado¹².

¹² Una valoración semejante es la realizada por el CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2014*, cit., pág. 66.

Capítulo IV

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA: PERFILES BÁSICOS.

Resulta evidente la trascendental importancia que, en un sistema político democrático –que podemos definir, en términos generales, como aquel modo de organización de la convivencia en el que las decisiones fundamentales sobre la vida colectiva son adoptadas por el conjunto de los ciudadanos, directamente o a través de sus representantes–, reviste la participación política de los ciudadanos, hasta tal punto de que constituye su fundamento básico, pues a través de esa participación se forma la voluntad colectiva y se legitiman las decisiones. Por tanto, no puede existir una auténtica democracia sin que se reconozca a todos los ciudadanos el derecho a participar, que obviamente tiene la naturaleza de derecho fundamental, pues es “no solo un derecho subjetivo individual, de gran importancia para el completo desarrollo de la libertad y la dignidad de la persona, sino también un derecho de enorme valía para la comunidad, pues cumple una función legitimadora imprescindible para el funcionamiento de la democracia”¹. Entre nosotros, este derecho fundamental se encuentra recono-

¹ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*, prólogo de L. López Guerra, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 31.



cido por el artículo 23.1 CE, que dispone que “los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”.

En una democracia representativa como la nuestra, la manifestación principal del derecho a la participación política es el derecho de sufragio, tanto en su vertiente activa –el derecho al voto en la elección de los representantes– como pasiva –el derecho a ser elegido, al que se refiere el apartado segundo del artículo 23 CE al señalar que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a... los cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”². No es sin embargo el único cauce de participación, pues el artículo 23.1 se refiere también a la participación directa, por lo que –de acuerdo con la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional– hay que entender incluida también en el contenido del derecho fundamental reconocido por el artículo 23.1 la intervención en mecanismos de democracia directa, es decir, aquellos “en los que la toma de decisiones políticas se realiza mediante un llamamiento directo al titular de la soberanía”, entre los que se incluyen el régimen de concejo abierto previsto por el artículo 140 CE, las distintas modalidades de consultas populares o la iniciativa legislativa popular a que se refiere el artículo 87.3 CE, o incluso otras formas de democracia directa que en su caso pudiesen establecerse legislativamente³. Nada obliga, en principio, a que los requisitos para el ejercicio del derecho al voto sean los mismos que para el acceso a estos mecanismos de democracia directa, por lo que el legis-

¹ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*, prólogo de L. López Guerra, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 31.

² Cabe formular una definición estricta del derecho de sufragio, que es la que sigo, que lo identifica con el derecho a elegir y ser elegido en elecciones a órganos representativos (en este sentido, SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho Constitucional*, Madrid, Dykinson, 2ª ed., 2010, págs. 526-527), o una definición amplia, que lo entiende como el “derecho a participar en los procesos de decisión en las distintas áreas en que el individuo desenvuelve su actividad como miembro de la comunidad política” (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *et al.*, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 2003, vol. II, pág. 203). No obstante, como puede verse en el texto, esta disyuntiva entre una concepción amplia y estricta del derecho de sufragio no es relevante en la práctica, pues la titularidad del derecho de sufragio activo en sentido estricto (del derecho al voto) es la condición necesaria para el ejercicio de las restantes formas de participación en procesos de decisión que configuran el derecho fundamental a la participación política.

³ STC 117/1995, de 17 de julio, fundamento jurídico 3º.



lador podría por ejemplo establecer un límite de edad más bajo para participar en consultas populares o en el ejercicio de la iniciativa legislativa popular. No obstante, la realidad es que la titularidad del derecho de sufragio activo se ha erigido también en la puerta de entrada para el ejercicio de los restantes cauces de participación, de suerte que, por ejemplo, la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, dispone en su artículo 1 que pueden ejercerla “los ciudadanos españoles mayores de edad que se encuentren inscritos en el censo electoral” (del que forman parte “quienes reúnen los requisitos para ser elector y no se hallen privados del derecho de sufragio”, en virtud del artículo 31 LOREG)⁴. Así pues, en nuestro país derecho a la participación política y derecho de sufragio se identifican en la práctica.

Si en un Estado social de Derecho como el que proclama el artículo 1.1 CE todos los derechos fundamentales revisten, junto a su dimensión subjetiva, una dimensión institucional —es decir, no son únicamente derechos subjetivos de los ciudadanos, sino principios básicos del ordenamiento—, esta dimensión institucional es más intensa en el derecho de sufragio, por constituir un componente esencial de la democracia. Como señala Gálvez Muñoz, “los poderes públicos están obligados siempre, *ex constitutione*, a facilitar el ejercicio de los distintos derechos fundamentales, pero el constituyente ha querido que esta obligación sea particularmente exigible en el caso del derecho de sufragio y los demás derechos de participación política, dada la gran importancia que tienen en nuestro sistema político”⁵. Existe pues un interés objetivo en que se

⁴ En el mismo sentido, la legislación autonómica sobre consultas populares municipales limita la participación a los titulares del derecho de sufragio activo: cfr. vg. artículo 15 de la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía; en cambio, la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, declarada parcialmente inconstitucional por la STC 31/2015, de 25 de febrero, pretendió extender la posibilidad de participar en las consultas a las personas entre 16 y 18 años de edad y los extranjeros residentes en Cataluña (artículo 5). En el ámbito estatal, la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum, no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, pero en su artículo 11 contiene una remisión genérica a la legislación electoral “en lo que sea de aplicación y no se oponga a la presente Ley”.

⁵ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *El derecho de voto de los discapacitados...*, cit., pág. 30, que, a partir de esta reflexión, formula lo que él denomina el “principio de facilitación del sufragio”; cfr. también ARAGÓN REYES, Manuel, “Derecho de sufragio: principio y función”, en Varios, *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, México, FCE, 2ª ed., 2007, págs. 170 y ss.



ejerza la participación política de la forma más amplia, lo que obliga a los poderes públicos a promover los medios que la hagan posible y a remover los obstáculos que la impidan o desalienten. Así lo recoge expresamente el artículo 9.2 CE, que, tras establecer la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la libertad y la igualdad, les ordena específicamente “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política”. Deberá procurarse, además, que esta participación sea lo más representativa posible de la pluralidad social, orientación que ha sido tenida en cuenta por el legislador por ejemplo en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece el principio de “participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones” (artículo 14.4).

Las reflexiones precedentes ofrecen el marco desde el que se va a analizar, en el presente capítulo, la protección del derecho fundamental a la participación política en relación con las personas con discapacidad. Ello exigirá, sobre todo, examinar la privación del derecho de sufragio que, para ciertos grupos de personas con discapacidad, permite el artículo 3 LOREG, con el fin de dilucidar su concordancia con la Constitución; la segunda parte del capítulo abordará, por su parte, algunas de las medidas positivas que deben adoptar los poderes públicos para facilitar el ejercicio del derecho de participación política por las personas con discapacidad.

2. LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD⁶.

2.1. El contraste entre el artículo 23 CE y el artículo 3.1 LOREG.

La titularidad del derecho de sufragio se encuentra regulada en nuestro ordenamiento por el artículo 2 LOREG, que la reconoce a los españoles mayores

⁶ En estos momentos, la restricción del derecho de sufragio a determinadas categorías de personas con discapacidad es todavía la regla en la Unión Europea, existiendo solo 7 Estados miembros – Austria, Croacia,



de edad, siempre “que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente”. Por su parte, el artículo 3.1 LOREG contempla tres causas de privación del derecho de sufragio: la condena por sentencia judicial firme a la pena de privación del derecho de sufragio; la declaración de incapacidad por sentencia judicial firme, siempre que en ella se declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio; y el internamiento en hospital psiquiátrico con autorización judicial, siempre que esta declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. De estas tres causas, la primera ha quedado vacía de contenido, pues desde 1995 nuestro Código penal vigente no contempla la privación del derecho de sufragio activo como pena principal ni accesoria, sino únicamente la privación del derecho de sufragio pasivo (artículos 41, 44 y 56 CP), que consecuentemente es recogida por el artículo 6.2 LOREG como causa de inelegibilidad. En cambio, la segunda y la tercera son las que afectan al tema del presente estudio, si bien debe tenerse presente que la segunda es la verdaderamente relevante (afectó a cerca de 80.000 personas en las elecciones generales de 2011, según datos ofrecidos por la Fiscalía General del Estado⁷), pues es en cambio absolutamente infrecuente que en la autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, hoy regulada por el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se incluya disposición alguna sobre el derecho de sufragio⁸, máxime cuando tal medida se aplica normalmente a personas que han sido objeto —o van a serlo, pues lo promoverá el Ministerio Fiscal— de un proceso de modificación de la capacidad.

Debemos, pues, examinar la conformidad con la Constitución de las causas de privación del derecho de sufragio establecidas en las letras b) y c) del artículo 3.1 LOREG. De entrada, cabe señalar que en apariencia se advierte una

Letonia, Italia, Países Bajos, Suecia y Reino Unido- que garantizan el derecho al voto a todas las personas con discapacidad. Cfr. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *The right to political participation for persons with disabilities: human rights indicators*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2014, págs. 40-41.

⁷ CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2012*, Madrid, Cinca, 2013, pág. 87.

⁸ Así lo señala también DÍAZ ALABART, Silvia, “El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista”, en *Revista de Derecho Privado*, 96 (I-2012), págs. 10-12.



contradicción insalvable entre el precepto de la LOREG y el artículo 23.1 CE, pues este último reconoce el derecho fundamental a la participación política a todos los ciudadanos, sin contemplar excepción alguna. Un análisis más riguroso debe prestar atención, sin embargo, al contenido del derecho protegido por el artículo 23.1, que es un derecho encaminado por su propia naturaleza a la adopción de decisiones acerca de la comunidad, bien de forma directa, bien a través de la elección de los representantes. Desde este punto de vista, podría argumentarse razonablemente que no puede reconocerse el derecho a participar en la adopción de las decisiones relativas a la vida colectiva a quienes no tienen efectivamente capacidad de decisión ni siquiera en los asuntos de su vida personal. Es más, puede aducirse que, si se reconoce el derecho de sufragio a las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental grave –que son las que incurren en las causas de incapacitación hoy establecidas por el artículo 200 del Código civil (las enfermedades o deficiencias persistentes “que impidan a la persona gobernarse por sí misma”)–, se estaría abriendo paso a la manipulación de su voto, pues serán otros los que decidirán por ellas. Estos son en efecto los argumentos que han motivado que tradicionalmente se admitan de forma pacífica las causas de exclusión del derecho de sufragio contempladas en las letras b y c) del artículo 3.1 LOREG, señalándose por ejemplo que “resulta evidente la conexión entre la causa de la restricción (esto es, la presumible falta de capacidad de decidir sobre las opciones sometidas al elector) y la finalidad y naturaleza del derecho”⁹.

Ahora bien, lo que hay que plantearse es si es cierto que las personas judicialmente incapacitadas o internadas en un establecimiento psiquiátrico carecen de capacidad de decisión. En tanto exista una mínima capacidad de decisión, aun cuando exija algún tipo de apoyo o asistencia, existe el derecho a participar también en las decisiones acerca de la vida colectiva. Pues conviene tener en

⁹ LÓPEZ GUERRA, Luis, et al., *Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2000, pág. 325; en el mismo sentido, ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, “Sufragio y discapacidad”, en Varios, *Colectivos con dificultades para el ejercicio del derecho de sufragio*, Madrid, Dykinson – Ministerio del Interior, 2003, págs. 85-88. Recoge también los dos argumentos indicados en el texto –la ausencia de capacidad natural para decidir de la persona incapacitada, y la posible captación de su voluntad por terceros– DÍAZ ALABART, Silvia, “El derecho al sufragio activo...”, cit., pág. 9.



cuenta que este derecho no está ligado en una sociedad democrática a la posesión de un determinado nivel de conocimientos o competencias, sino a la condición de persona, pues todas las personas tienen idéntico título para participar en las decisiones sobre el bien de las personas, que eso son en último término las decisiones políticas. Solo podría ser eventualmente conforme con la Constitución, pues, una norma que excluyese de la posibilidad de emitir el voto a quienes efectivamente carecen de cualquier capacidad fáctica de decidir. Una norma semejante no constituiría propiamente una restricción de un derecho fundamental, sino simplemente una constatación, la de que no tienen derecho a decidir quienes efectivamente no pueden decidir. Otra cosa es que tal norma tuviera utilidad alguna, pues las personas que se encontrarían en el supuesto que permitiría la declaración de su incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio no lo ejercerían en ningún caso en la práctica.

2.2. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Efectuado este primer contraste entre el artículo 23 CE y el artículo 3.1 LOREG, resulta de interés examinar la doctrina que sobre esta materia –las restricciones del derecho de sufragio– ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del artículo 3 del Protocolo Primero a la Convención Europea de Derechos Humanos. En su célebre Sentencia en el caso *Hirst contra Reino Unido*, de 6 de octubre de 2005 –referida a la privación del derecho de sufragio a personas condenadas a penas de prisión–, el Tribunal, tras señalar que “los derechos reconocidos por el artículo 3 del Protocolo 1 son esenciales para establecer y sostener los fundamentos de una democracia efectiva y digna de tal nombre gobernada por el imperio de la ley”, afirma que el derecho al voto no es un privilegio, y, en el siglo XXI, “la presunción en un Estado democrático debe obrar en favor de la inclusión”. Por ello, aunque el Tribunal admite que los Estados tienen un margen de apreciación para establecer restricciones legítimas del derecho de sufragio, “las condiciones impuestas no pueden impedir la libre expresión del pueblo en la elección del Parlamento; en otras palabras, deben reflejar, y no contradecir, la preocupación por mantener la integridad y efectividad de un procedimiento electoral encaminado a conocer la voluntad popular a través del sufragio universal”, pues



“cualquier alejamiento del principio de sufragio universal conlleva el riesgo de socavar la validez democrática del Parlamento así elegido y de las leyes que promulga”. Ello supone un particular obstáculo para los supuestos en que se excluya del derecho de sufragio a un grupo o categoría general de la población, que es lo que sucede justamente en nuestro caso, en que se priva del derecho de sufragio de forma prácticamente generalizada a las personas con discapacidad mental e intelectual.

El Tribunal ha tenido ocasión de aplicar posteriormente su propia doctrina al supuesto de la exclusión del derecho de sufragio por razón de discapacidad, en la Sentencia *Alajos Kiss contra Hungría*, de 20 de agosto de 2010. El caso se refiere a una persona con enfermedad mental sujeta a curatela, que ha sido privada del derecho al voto conforme a lo dispuesto por el artículo 70.5 de la Constitución húngara. Pues bien, el Tribunal entiende que establecer una privación general del derecho de sufragio para toda una categoría de individuos – como pueden ser las personas con discapacidad mental e intelectual– excede de las facultades del Estado; además, “si una restricción de los derechos fundamentales se aplica a un grupo particularmente vulnerable de la sociedad, que ha sufrido una considerable discriminación en el pasado, como las personas con discapacidad mental, entonces el margen de apreciación del Estado es sustancialmente más reducido, y debe tener razones muy sólidas para tales restricciones”. La conclusión del Tribunal es, pues, que una privación indiscriminada del derecho al voto, sin una evaluación judicial individualizada de la capacidad para votar, es incompatible con el Protocolo Primero a la Convención.

A la luz de los argumentos que se han venido exponiendo hasta ahora, resulta evidente que una fórmula genérica como la que hoy emplea el artículo 3.1 LOREG, que permite privar del derecho de sufragio a cualquier persona declarada incapaz, y ni siquiera define las condiciones para que se produzca esa restricción, es contraria al artículo 23.1 CE, especialmente si se tiene en cuenta el criterio interpretativo definido por el artículo 10.2 CE, del que ya se ha hecho uso en este libro, lo que en este caso nos remite al artículo 3 del Protocolo Primero a la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyas exigencias han sido claramente explicitadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias examinadas.



2.3. El artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Dando un paso más, hoy conviene subrayar además que la directriz hermenéutica formulada por el artículo 10.2 CE obliga a tener en cuenta lo dispuesto el artículo 29 CDPD, que en su apartado a) establece: “los Estados Partes se comprometen a asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas”. Como puede advertirse, la formulación de este precepto es radicalmente inconciliable con cualquier restricción del derecho de sufragio por razón de discapacidad, por lo que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU ha instado a España a corregir la vulneración de la Convención que se refleja en el artículo 3 LOREG. Concretamente, señala el Comité en su Informe: “Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción (...). El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto. El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley orgánica N° 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar”¹⁰.

¹⁰ Informe de Observaciones Finales a España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 23 de septiembre de 2011, núms. 47-48; en CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2011*, cit., págs. 135-136. A la luz de lo que se señala en el texto, y del Informe citado, no puede compartirse la tesis de DÍAZ ALABART, Silvia (“El derecho al sufragio activo...”, cit., pág. 16), que entiende compatible con la Convención que se mantenga la privación del derecho de sufragio para personas con “carencias muy graves de discernimiento”, y exigiendo la motivación de la medida por el Juez.



El pleno reconocimiento del derecho de sufragio a las personas con discapacidad sería, además, enteramente coherente con el modelo social, al que se ha hecho referencia en páginas anteriores de este libro. En efecto, una de las directrices fundamentales del modelo social es el impulso de la plena participación de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la comunidad, en igualdad de condiciones con todas las demás personas. Como se ha señalado, “no se puede concebir a las personas pertenecientes a esos colectivos tradicionalmente discriminados solamente como personas que han de beneficiarse de las acciones de la colectividad, sino que se les ha de considerar también como necesaria parte activa de esa colectividad”¹¹. Por ello, el artículo 53 LGDPD establece que “las personas con discapacidad podrán ejercer el derecho de participación en la vida política y en los procesos electorales en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”, precepto que se halla en neta contradicción con el artículo 3.1 LOREG.

2.4. La aplicación judicial del artículo 3.1 LOREG.

Conviene referirse, por último, a la aplicación que los Tribunales han venido realizando del artículo 3.1 b) LOREG. Debe reseñarse que, si tradicionalmente la privación del derecho de sufragio ha operado como una cláusula de estilo¹², incluida en la casi totalidad de las sentencias de incapacitación sin ofrecer argumento específico alguno que la justificase, en los últimos años parece advertirse una tendencia distinta, que ofrece una interpretación muy restrictiva del citado precepto de la LOREG, sobre todo al aplicarlo a la luz del artículo 29 CDPD.

Reviste particular interés, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 24 de octubre de 2012, que presenta una línea argumental perfectamente estructurada: tras ubicar la cuestión discutida en el marco

¹¹ CAMPOY, Ignacio, “El reflejo de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, en *Universitas*, 1 (2004-2005), pág. 97. Sobre la participación como contenido del modelo social, cfr. PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad...*, cit., especialmente págs. 143-145.

¹² Así lo señala también DÍAZ ALABART, Silvia, “El derecho al sufragio activo...”, cit., págs. 14-15.



del derecho de sufragio reconocido por el artículo 23 CE, y constatar que se trata de un derecho fundamental, cita expresamente el artículo 10.2 CE para fundamentar el recurso a la Convención como criterio interpretativo, formulando a partir de esta la conclusión de que se debe establecer como principio general “el derecho de toda persona discapacitada a participar en la vida política de un Estado”. A partir de aquí aplica esa doctrina a los elementos del caso que debe enjuiciar, en los siguientes términos: “En el caso que hoy se somete a revisión, la Sentencia de instancia priva a la declarada incapaz del derecho de sufragio (en su doble vertiente) por el desconocimiento completo del sistema político español que presenta Doña Amelia, lo que entendido en un sentido literal no puede suponer la pérdida del derecho, pues lo esencial no es el conocimiento o no de nuestras bases constitucionales sino la capacidad para decidir, elegir u optar libremente y sin influencias externas en un determinado proceso electoral (...) dicho ejercicio solo requiere una manifestación de voluntad, para la que resulta necesaria no tanto un determinado nivel de raciocinio o de conocimiento, sino la expresión de una opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, en función de la formación cultural de cada persona. Es cierto, que durante la vista se vino a decir que Doña Amelia es fácilmente influenciable, pero no creemos que tal circunstancia obste al derecho de sufragio, pues ello es eludible mediante la procura de información asimilable y manejable (lo que a tenor de las normas internacionales citadas, corresponde a los poderes públicos), y su capacidad, aunque limitada, pueda procesarla y actuar en consecuencia”.

Resulta patente la trascendencia de la doctrina formulada por esta Sentencia. Siguiendo este criterio, a partir de ahora para declarar la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio sería necesario fundamentarla expresamente, sin que sea suficiente para ello que la persona cuya incapacitación se discute haya demostrado un desconocimiento absoluto del sistema político, ni que pueda ser fácilmente influenciable, pues para el ejercicio de derecho de sufragio solo se requiere que la persona tenga capacidad para decidir, aun cuando ésta se encuentre limitada.



En parecidos términos –pero dando, en mi opinión, un paso más– se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2014, que –sobre la base de una argumentación sustancialmente coincidente– llega a afirmar que “solo se puede declarar la incapacidad para votar cuando... se acredite que el demandado no puede ejercer ese derecho fundamental y personalísimo con efectos jurídicos, por ir en perjuicio del propio incapaz o cuando haya prueba directa y concluyente de que, en el determinado momento de la votación, el discapacitado estará privado de toda razón y de todo sentido”. Si se aplicase con rigor la doctrina establecida en esta última Sentencia, las restricciones del derecho de sufragio basadas en la discapacidad quedarían prácticamente vacías de contenido, pues sería necesario para declarar la incapacidad para el ejercicio de este derecho que se probase de forma concluyente que la persona va a estar privada de toda razón en el momento de la votación o que el ejercicio del derecho al voto le produce algún tipo de perjuicio, lo que no parece fácil. De hecho, la Audiencia Provincial de Barcelona ha venido aplicando su propia doctrina en casos posteriores, lo que le ha llevado a revocar la privación del derecho de sufragio activo a personas con diversos grados de discapacidad, al no haberse probado que carecen de razón para el ejercicio del derecho al voto o que éste les perjudica. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 5 de marzo de 2015 lo restablece a una persona con retraso mental grave y un grado de discapacidad del 73%, sobre la que la propia Sala afirma que tiene “una muy limitada capacidad intelectual y cognitiva”; pero, tras señalar que nadie puede controlar la voluntariedad, la libertad y el alcance del ejercicio del derecho al voto (“no es posible exigir a los ciudadanos que lo lleven a cabo con las “debidas” facultades cognitivas o volitivas, ni cabe presumir vicios de conocimiento, de voluntad o de relación entre lo querido y lo manifestado”), concluye que “la disminución de las facultades cognitivas o volitivas no equivale a su ausencia y no queda probado que la demandada tenga alterada la percepción de la realidad o perturbada su capacidad de decisión autónoma hasta el punto de no saber qué es votar”¹³.

¹³ En un sentido parecido, cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de noviembre de 2014, 19 de noviembre de 2014 y 18 de marzo de 2015.



En la misma línea que la jurisprudencia mencionada, se ha manifestado la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, que insiste en la interpretación restrictiva y el carácter excepcional de la medida prevista en el artículo 3.1 LOREG, indicando que “habrá de acreditarse, mediante la actividad probatoria suficiente, que el estado físico y psíquico del afectado le imposibilita para decidir de forma libre y consciente sobre quien ha de representarle en los asuntos públicos a los que se refiere el derecho de sufragio activo”. Más adelante, señala que el mantenimiento del derecho de sufragio en estos casos “únicamente precisa del análisis de la capacidad de la persona para realizar una manifestación de voluntad –el voto– expresiva de su opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales”.

Debe advertirse, sin embargo, que esta línea jurisprudencial no es todavía generalizada. Con posterioridad a la ratificación por España de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se han seguido produciendo Sentencias, también de Audiencias Provinciales, que han restringido el derecho de sufragio sin una fundamentación suficiente de la ausencia de capacidad para decidir. En algunas ocasiones seguimos estando ante una cláusula de estilo, pues se acuerda la privación del derecho de sufragio sin que la Sentencia ofrezca justificación alguna de esta medida; así sucede, por ejemplo, en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de septiembre de 2010 y de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 1 de diciembre de 2011. En otros casos, se ofrece una cierta argumentación, pero notoriamente desacertada: puede citarse, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 19 de octubre de 2010, que priva del derecho de sufragio a una persona respecto de la cual el propio informe forense, transcrito en la sentencia, califica su discapacidad como “retraso mental leve-moderado” y afirma que “puede mantener gran capacidad para la toma de decisiones sobre el gobierno de su persona”. Sin embargo, la Sala, tras señalar que el ejercicio de derecho de sufragio “requiere como premisa previa, dada la trascendencia política y social del acto de votar, hallarse en posesión el elector de las capacidades necesarias para entender y contrastar el sentido de cada una de las propuestas políticas o



proyectos defendidos por cada Partido concurrente en los comicios”, concluye que “teniendo en cuenta la capacidad intelectual límite de Carmela con retraso mental moderado y de carácter permanente, no reúne la capacidad intelectual indispensable para la formación del proceso cognoscitivo y reflexivo que implica el ejercicio del derecho de sufragio”. Esta Sentencia cuenta con un acertado voto particular, formulado por el Magistrado Luis Blánquez Pérez, que pone de relieve la incoherencia de la decisión mayoritaria de la Sala con las conclusiones del informe médico-forense, y, sobre todo, sugiere un argumento de particular interés: no se puede exigir a las personas con discapacidad más de lo que se exige a todas las demás personas. “Hay que reconocer –afirma– que desde que se alcanza la mayoría de edad puede votarse, y yendo más lejos, a nadie se le exige/pide que explique las razones o motivos del por qué vota o no vota, y caso de hacerlo el por qué concede su voto a tal o cual partido/coalicción”. Aunque el argumento no esté formulado de forma muy precisa, parece claro el sentido de la objeción del Magistrado: no hay por qué exigir a las personas con discapacidad una particular capacidad para razonar sobre las propuestas políticas que, respecto de las demás personas, ni se exige ni se indaga si la tienen.

Más reciente es todavía la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 27 de marzo de 2015, que cita literalmente el artículo 29 CDPD, para añadir tras la cita, de forma flagrantemente contradictoria con el precepto citado, que “ello no supone que deba mantenerse el derecho de sufragio cuando el Tribunal aprecie la imposibilidad de su adecuado ejercicio”. Esta Sentencia se refiere a una persona diagnosticada con retraso mental leve según el informe médico, pero la Sala añade que “la exploración de la incapaz realizada por este Tribunal ha puesto de manifiesto la falta casi absoluta de conocimiento por parte de la incapaz de los principales partidos políticos y sus representantes públicos, ni las funciones que ejercen o representan y en definitiva se ha constatado su fácil influenciabilidad de aquella para el ejercicio del derecho de sufragio, no siendo suficiente para el mantenimiento del derecho de sufragio su deseo de votar en las elecciones de su pueblo”. Una vez más nos encontramos ante la situación que veíamos en la Sentencia anterior: la imposición a las personas con discapacidad de condiciones que no se establecen para las demás personas. Se trata



de requisitos que, si se exigiesen con carácter general para el ejercicio del derecho de sufragio, privarían del mismo a no pocos ciudadanos sin discapacidad alguna, y que, sobre todo, carecen de cualquier fundamento constitucional, pues –como apunta el voto particular mencionado en el párrafo precedente– la decisión acerca del sufragio puede estar fundada en las razones más diversas, y en una democracia la participación en las decisiones políticas no está sujeta a la posesión de un determinado nivel de conocimientos. Por ello, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real comentada en páginas anteriores señalaba que el desconocimiento del sistema político no puede ser óbice para el ejercicio del derecho de sufragio; en este caso la Sala concluye, por el contrario, que “la ausencia de todo razonamiento en la incapaz para justificar su deseo de votar y sobre todo la deficiencia que esta padece que la hace fácilmente influenciable junto a la falta de todo conocimiento de la realidad política y de la función y utilidad de su derecho, justifican en este caso el pronunciamiento de privación del derecho de sufragio que se realiza”.

2.5. Conclusión.

A la luz de los argumentos expuestos, cabe formular una conclusión, que no puede ser otra que la necesidad de derogación del artículo 3 LOREG, que constituye una patente vulneración del artículo 23.1 CE y del artículo 29 CDPD. Las razones tradicionalmente aducidas para justificar la exclusión del derecho de sufragio a las personas con discapacidad mental e intelectual deben reputarse desacertadas, pues, por un lado, no es cierto que las personas legalmente incapacitadas carezcan de capacidad natural para decidir, que, aunque sea mínima, resulta suficiente para participar también en las decisiones sobre la vida colectiva, sin que deban exigirse conocimientos particulares respecto del sistema político, que no pueden condicionar el derecho fundamental a la participación política¹⁴; por otra parte, la posibilidad de manipulación e in-

¹⁴ Una interesante crítica de la teoría tradicional, que ellos llaman el “mito de la capacidad” (*competence myth*), en SCHRINER, Kay – OCHS, Lisa – SHIELDS, Todd, “Democratic dilemmas: notes on the ADA and voting rights of people with cognitive and emotional impairments”, en *Berkeley Journal of Employment and Labour Law*, 21 (2014), págs. 447 y sigs.



fluenciabilidad del voto puede darse igualmente en personas sin discapacidad, y, en caso de que se pruebe, puede configurar el delito electoral previsto por el artículo 146 LOREG y merecer la correspondiente sanción penal¹⁵. Es más, debe señalarse que el perjuicio que se causa porque en algún caso pueda votar alguna persona sin capacidad para decidir o pueda producirse una manipulación del voto es sin duda menor que el que genera la privación del derecho de sufragio a un amplio conjunto de personas que, además, lo precisan para integrarse en la sociedad como ciudadanos de pleno derecho, y ser capaces de luchar de este modo contra la discriminación que vienen padeciendo históricamente.

En el supuesto de que se derogue el artículo 3 LOREG, cabría plantearse si procede mantener la privación a las personas con discapacidad mental e intelectual del derecho de sufragio pasivo –lo que podría traducirse en la incorporación de una nueva causa de inelegibilidad específica en el artículo 6–, cuestión esta que no ha sido expresamente abordada por la doctrina ni por la jurisprudencia (de hecho, las Sentencias de las Audiencias Provinciales que restablecen el derecho de sufragio en ocasiones limitan ese restablecimiento al derecho de sufragio activo y en otras lo extienden al derecho de sufragio sin más calificación, pero sin que se ofrezca nunca argumentación específica alguna respecto de la vertiente pasiva del derecho). En principio, podría sostenerse que esta posibilidad presenta menos obstáculos desde el punto de vista constitucional, dado que el derecho de sufragio pasivo reviste la naturaleza de un derecho de configuración legal, habida cuenta de la remisión del artículo 23.2 CE a “los requisitos que señalen las leyes”¹⁶; no obstante, en una reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido que esa remisión no

¹⁵ Aun cuando pienso que se trata de un caso de laboratorio, podría darse la situación de que el familiar de una persona con discapacidad gravemente afectada la utilizase para dar el voto a la opción preferida por aquel, sin que esta tenga en absoluto conciencia de lo que está haciendo. En ese hipotético caso, el Presidente de la Mesa electoral, con amparo en la autoridad que le confiere el artículo 91.1 LOREG para “asegurar la libertad de los electores”, no debería autorizar la emisión del voto, y podría solicitar incluso que un Notario diese fe de la incidencia (artículo 91.5), que podría incurrir además en el delito tipificado por el artículo 146, que castiga a “quienes con violencia o intimidación presionen a los electores para que no usen de su derecho o lo ejerciten contra su voluntad”.

¹⁶ Cfr. vg. STC 24/1989, de 2 de febrero, fundamento jurídico 2º.



equivale a una desconstitucionalización del derecho, pues no cualesquiera requisitos legales pueden entenderse admisibles, sino solo aquellos que no lesionen el principio de igualdad –y no constituyan una causa de discriminación vedada por el artículo 14 CE–, sean congruentes con la naturaleza constitucional de los cargos públicos representativos y aseguren al máximo la efectividad del derecho fundamental¹⁷. A la luz de esta doctrina, parece claro que sería discriminatoria y lesiva del artículo 14 CE una causa de inelegibilidad basada únicamente en la discapacidad (pues no se acierta a encontrar una justificación constitucional que pueda amparar semejante diferencia de trato), habida cuenta de que, como se ha señalado reiteradamente en estas páginas, la discapacidad constituye un motivo de discriminación prohibido aun cuando no se mencione expresamente en el artículo 14. Esta conclusión se refuerza a la luz del artículo 29 CDPD, que reconoce también el derecho de las personas con discapacidad “a ser elegidas”.

Otra cuestión sería que para el acceso a ciertos cargos públicos se exigiesen determinados requisitos de titulación académica, experiencia profesional, etc. –lo que no sucede hoy en nuestro país–, que, al aplicarse con carácter general a todas las personas, podrían en principio resultar constitucionalmente aceptables; ahora bien, también en este caso habría que evaluar si no nos encontramos ante una discriminación indirecta: por ejemplo, exigir un determinado nivel académico para el acceso a cargos representativos de carácter general (concejal o parlamentario) supondría una discriminación indirecta por razón de discapacidad mientras el porcentaje de personas con discapacidad que obtenga el nivel requerido sea desproporcionadamente bajo, como es la realidad hoy en España en la práctica totalidad de los niveles educativos¹⁸. Tal medida, que podría eventualmente justificarse en la finalidad de que los representantes políticos cuenten con una preparación adecuada para el desempeño de sus funciones, impediría por otra parte el objetivo, mucho más relevante desde el punto de vista de los principios democráticos, de que las instituciones representativas se conformen de modo que reflejen adecuadamente la pluralidad social.

¹⁷ Una exposición particularmente detenida de esta doctrina en STC 24/1990, de 15 de febrero, fundamento jurídico 2º.

¹⁸ Cfr. CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2014*, cit., págs. 84-87.



3. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA.

En el capítulo primero de este libro se puso de relieve que los derechos fundamentales comportan la obligación de los poderes públicos de actuar positivamente para promover de manera activa su ejercicio efectivo, removiendo todos los condicionamientos que lo impidan, como indica el artículo 9.2 CE; obligación que es particularmente intensa, como también se ha señalado, en relación con el derecho fundamental a la participación política, habida cuenta de que este reviste una dimensión institucional especialmente relevante. Para las personas con discapacidad tal obligación tiene una particular trascendencia, pues ellas se enfrentan a numerosos obstáculos para el ejercicio de sus derechos fundamentales, derivados de las barreras sociales que encuentran al interactuar con un entorno no pensado para la discapacidad.

En relación con el derecho de sufragio activo, facilitar su ejercicio efectivo a las personas con discapacidad implica adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que tanto la información electoral —es decir, la información disponible para adoptar la decisión acerca del voto— como el proceso electoral en sí mismos son plenamente accesibles a las personas con cualquier discapacidad. Esas medidas pueden ser de índole muy variada, desde la garantía de que la información electoral se ofrece en un formato fácil de entender —a lo que alude el artículo 29 a) CDPD— al subtítulo y traducción en lengua de signos de los espacios gratuitos de propaganda electoral en las emisoras de televisión de titularidad pública a que se refiere el artículo 60 LOREG, o la previsión de un procedimiento para que las personas con discapacidad visual puedan confeccionar su voto con plenas garantías (cuestión ésta que ya ha encontrado una regulación satisfactoria en España, a través del Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio¹⁹). De este amplio abanico de cuestiones, me limitaré en el presente estudio a tratar

¹⁹ Un amplio análisis de este procedimiento en GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *El derecho de voto de los discapacitados...*, cit., págs.117-154.



dos de ellas: la accesibilidad física de los espacios electorales y la asistencia a las personas con discapacidad en el momento de la votación, la primera de ellas porque no ha encontrado todavía –en mi opinión– una respuesta satisfactoria en nuestro Derecho y la segunda porque plantea problemas jurídicos de cierto relieve. Finalmente, abordaré también la posibilidad de adoptar medidas que promuevan el ejercicio por las personas con discapacidad del derecho de sufragio pasivo. Por lo demás, y aunque he relacionado genéricamente todos los problemas que se abordarán a continuación con la dimensión institucional del derecho a la participación política, para precisar con mayor rigor la naturaleza jurídica de las diversas medidas, teniendo en cuenta la tipología examinada en el capítulo primero, debe señalarse que, en realidad, la accesibilidad de los espacios electorales es una consecuencia del mandato de accesibilidad universal derivado del artículo 14 CE, pues la ausencia de accesibilidad constituye una discriminación; la asistencia en la votación reúne, como se verá, todas las características de la categoría de los ajustes razonables, pues consiste en una adaptación del entorno –entendido en sentido amplio– a las necesidades específicas de una persona con discapacidad, para situarla en posición de igualdad con todas las demás personas; por último, las medidas que se examinarán en el apartado tercero constituyen propiamente medidas de acción positiva, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 9.2 CE.

3.1. Accesibilidad de los espacios electorales.

La accesibilidad de los locales electorales se encuentra regulada en nuestro Derecho por el Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales, cuyo artículo 2.3 dispone: “En todo proceso electoral los ayuntamientos propondrán a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral locales accesibles para ubicar en ellos las secciones y las mesas electorales. En el supuesto de que no exista ningún local accesible y tal extremo se justifique por la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral correspondiente ante la Junta Electoral competente, esta adoptará las medidas necesarias para que los locales disponibles sean accesibles durante la jornada electoral”.



La norma es, pues, meridianamente clara: todos los locales electorales deben ser accesibles, y los Ayuntamientos no pueden proponer locales que no sean accesibles, salvo que no exista ninguno que lo sea, en cuyo caso la Junta Electoral deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar su accesibilidad durante la jornada electoral.

La realidad es, sin embargo, muy distinta de las previsiones normativas. El Informe del Ministerio del Interior de evaluación sobre accesibilidad y procesos electorales, de 24 de abril de 2012, sobre la base de la información proporcionada por las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, cifró en un total de 1658 el número de locales electorales no accesibles en el conjunto de España en las elecciones generales de noviembre de 2011, lo que representaba un 7'17% del total²⁰; no obstante, la ausencia de una evaluación homogénea e individualizada de la accesibilidad, así como las denuncias –que el propio Informe recoge– acerca de problemas de accesibilidad en locales que no aparecen en la relación facilitada por las Delegaciones/Subdelegaciones del Gobierno, permiten suponer que el número real de colegios electorales no accesibles es significativamente más alto²¹.

Es preciso tener en cuenta que la falta de accesibilidad se erige en un obstáculo, que puede ser insuperable, para el ejercicio del derecho de sufragio, pues si una persona con movilidad reducida no puede acceder a la Mesa electoral no podrá ejercer el derecho de sufragio en condiciones de igualdad con todas las demás personas. Por ello, para subsanar esta deficiencia se ha venido extendiendo una práctica –que fue avalada por Acuerdo de la Junta Electoral Central de 15 de julio de 1999– consistente en que el Presidente de la Mesa electoral se traslade a la puerta del local con la urna, para realizar allí la identificación del elector y la recogida de su voto. Es esta sin embargo una forma de proceder no deseable, pues singulariza a la persona con discapacidad dán-

²⁰ MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe de evaluación sobre accesibilidad y procesos electorales*, Madrid, 2012, págs. 23 y 35-37.

²¹ En mi propia ciudad de residencia –Elche– me consta la existencia de colegios electorales no accesibles, y sin embargo la relación de que dispone el Ministerio del Interior no incluye ningún local de este municipio.



dole un tratamiento diferente a las demás personas; disminuye las garantías del procedimiento electoral, que en principio exigen que todo el acto de la votación se realice en un espacio único, a la vista de todos los miembros de la Mesa, de los representantes de las distintas candidaturas y de los restantes electores; y, sobre todo, impide que la persona con discapacidad pueda realizar en igualdad de condiciones con todas las demás personas el conjunto de las operaciones electorales, tales como examinar las papeletas de las distintas candidaturas, hacer uso de la cabina para introducir la papeleta en el sobre, etc.

Por todo ello, en mi opinión, resulta necesaria una reforma de la normativa vigente para garantizar de manera más efectiva el cumplimiento de la obligación de asegurar la accesibilidad de todos los espacios electorales, pues además, como se ha señalado, la regulación actual no precisa con claridad a quién corresponde la responsabilidad de velar por la accesibilidad (Ayuntamientos, Oficinas Provinciales del Censo Electoral o Juntas Electorales)²². En primer lugar, dado que nos encontramos ante una condición básica para el ejercicio del derecho de sufragio, sería oportuno que la regulación de la accesibilidad de los espacios electorales, al menos en sus aspectos fundamentales, figure en la propia Ley Electoral. En segundo lugar, sería necesario establecer una evaluación homogénea de la accesibilidad, que deberían verificar los Ayuntamientos antes de realizar la propuesta de locales electorales ante la Oficina Provincial del Censo Electoral; solo en los casos en los que sea imposible proponer un local accesible en la zona de una determinada Sección, se daría traslado a la Junta Electoral, para que ésta ordene las medidas provisionales a adoptar para garantizar la accesibilidad durante la jornada electoral, así como las reformas que deberán realizarse para que pueda ser utilizado de nuevo ese mismo local en las siguientes elecciones que se celebren. Así pues, propongo añadir un nuevo párrafo tras el actual artículo 24.1 LOREG, en el que se regula la fijación de las Secciones, locales y Mesas electorales, que podría tener la siguiente redacción:

²² Cfr. VALERO SANCHÍS, Vicente, *Informe sobre la accesibilidad de los locales electorales: Elecciones 2015*, Valencia, Instituto para la Promoción de la Vida Independiente, 2015, págs. 7-9.



“Todos los locales electorales deberán ser accesibles. A tal efecto, los Ayuntamientos, antes de proponer a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral los locales electorales, deberán llevar a cabo una evaluación de la accesibilidad de los mismos de acuerdo con lo dispuesto por el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones. En caso de que en una Sección Electoral sea imposible contar con un local accesible, se comunicará a la Junta Electoral de Zona, que adoptará las medidas provisionales necesarias para garantizar la accesibilidad durante la jornada electoral, y ordenará las reformas que deberán llevarse a cabo para que el local pueda ser nuevamente utilizado en las siguientes elecciones que se celebren”.

3.2. Asistencia en la votación.

Si se reconoce el derecho de sufragio a todas las personas con discapacidad mental e intelectual, como se ha defendido en estas páginas, puede darse el caso de que algunas de ellas, para poder ejercerlo efectivamente, requieran algún tipo de apoyo o asistencia personal en el momento de la votación. Ello no significa que se les sustituya en su decisión acerca del voto, sino, por ejemplo, que se les ayude a asociar la opción por la que han expresado su preferencia con una determinada papeleta electoral. La legitimidad de este auxilio es reconocida por el artículo 29 CDPD, que, “para garantizar la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores”, exige a los Estados Parte “cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar”²³. Esta posibilidad contaría en nuestro ordenamiento jurídico, además, con la cobertura del artículo 87.1 LOREG, que dispone que “los electores que no sepan leer o que, por discapa-

²³ En 15 Estados miembros de la Unión Europea está permitida la asistencia en la votación para personas con cualquier discapacidad -también discapacidad intelectual-, si bien en la mayor parte de ellos se requiere que sean personas que no saben leer y escribir. Cfr. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *The right to political participation...*, cit., págs. 50-51.



cidad, estén impedidos para elegir la papeleta o colocarla dentro del sobre y para entregarla al Presidente de la Mesa, pueden servirse para estas operaciones de una persona de su confianza”.

Ciertamente, el precepto de la LOREG que acaba de citarse se ha entendido, tradicionalmente, como aplicable tan solo a las personas con discapacidad visual o física –por ejemplo, con una inmovilidad de las extremidades superiores–, y así lo imponía la redacción inicial del precepto, que utilizaba la expresión “defecto físico” en lugar del término “discapacidad”, lo que fue modificado en la reforma de la LOREG operada por la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre. Sin embargo, aun con la redacción actual, da la impresión de que el tenor literal de la norma contempla tan solo a las personas que no puedan realizar las operaciones materiales de tomar la papeleta e introducirla dentro del sobre. No obstante, pienso que no existe obstáculo alguno en extender su aplicación a las personas con discapacidad mental o intelectual que necesiten –y soliciten– la ayuda de una persona de su confianza en los actos relacionados con la votación²⁴.

Esta asistencia en el momento de la votación plantea, sin duda, algunos problemas jurídicos de relieve, pues menoscaba características esenciales del sufragio, tales como la personalidad y el secreto del voto. En efecto, el principio de sufragio universal –que se expresa en la clásica fórmula “un hombre, un voto”– requiere por definición que ninguna persona tenga la posibilidad de emitir dos votos, y exige en consecuencia que el voto sea personal, lo que excluye absolutamente el voto por representación, como ha confirmado expresamente la Junta Electoral Central en Acuerdo de 25 de mayo de 2003. Por su parte, la garantía de la libertad del elector demanda el secreto del voto, que evidentemente se rompe en el caso de que se solicite la asistencia de otra persona. Pienso, sin embargo, que la lesión de estos principios es muy limitada. Por un lado, el secreto del voto se rompe de forma voluntaria, porque es la pro-

²⁴ En contra, GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *El derecho de voto de los discapacitados...*, cit., págs. 95-99, que continúa limitando la aplicación de este procedimiento a las personas con deficiencias físicas, y lo excluye absolutamente para las personas con discapacidad mental e intelectual.



pia persona con discapacidad la que solicita la ayuda de una persona de su confianza. Por otro lado, la decisión sobre el voto sigue siendo estrictamente personal, extremo este último, sin embargo, que habría de ser supervisado por la Mesa electoral, con el fin de garantizar plenamente la libertad del elector. Por lo demás, Arnaldo Alcubilla y Gálvez Muñoz han sostenido que la afección de los principios de personalidad y secreto es proporcionada, pues con ellos se garantiza un bien superior, como es la universalidad del sufragio, es decir, que todas las personas puedan ejercer su derecho al voto; aun cuando su argumentación se refiere únicamente a las deficiencias físicas, puede ser aplicada perfectamente al supuesto de las personas con discapacidad mental o intelectual²⁵.

Ello no excluye, sin embargo, que la escueta regulación actual de la asistencia en la votación que contiene el artículo 87.1 LOREG debiera ser mejorada²⁶. Ciertamente, este precepto otorga cobertura suficiente a la asistencia a las personas con discapacidad mental e intelectual, y, por otro lado, el artículo 91.1, al que ya se ha hecho referencia en otro lugar, confiere al Presidente de la Mesa electoral plena autoridad “para garantizar la libertad de los electores”, lo que le faculta para cerciorarse –sin vulnerar el secreto del voto– de que la emisión del voto por el elector con discapacidad ha sido libre. Por lo demás, no sería conveniente rodear de excesivas formalidades este procedimiento –máxime cuando es habitual acudir acompañado en el momento de la votación, e incluso hacer comentarios sobre el sentido del voto en el interior del colegio electoral–, pues ello entorpecería el ejercicio del derecho de sufragio por las personas con discapacidad y les sujetaría a condiciones que no se requieren para todas las demás personas. Bastaría que la norma permita al elector con discapacidad contar con la asistencia de otra persona elegida por ella en el momento de la votación –sería oportuno, en este sentido, modificar la redacción del precepto para que

²⁵ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *El derecho de voto de los discapacitados...*, cit., págs. 101-103; ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, “Sufragio y discapacidad”, cit., págs. 91-92.

²⁶ Sugiere algunas modificaciones GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *El derecho de voto de los discapacitados...*, cit., pág. 94. Como se pone de relieve en el texto, comparto algunas de ellas (como la facultad de la Mesa de investigar la libertad del elector o la obligación del asistente de guardar secreto), mientras que otras, como la propuesta que plantea de que sea obligatorio identificar al asistente y dejar constancia de sus datos en la lista de votantes, me parecen formalidades innecesarias.



no haya dudas sobre su posible aplicación a las personas con discapacidad mental o intelectual—, y que, para evitar casos particularmente problemáticos, se prevea expresamente que la Mesa tiene la facultad de asegurarse, sin vulnerar el secreto del voto, de que la elección del asistente y la emisión del voto por el elector han sido libres (autorizando incluso a la Mesa electoral, en caso de que tenga una duda fundamentada sobre tales extremos, a hacer constar la incidencia en el acta y unir a ésta el sobre con el voto²⁷). Por otro lado, sería también aconsejable establecer el deber del asistente de guardar secreto acerca del voto del elector, previendo las oportunas sanciones por el incumplimiento de esta obligación.

3.3. La promoción de la participación de las personas con discapacidad en las instituciones políticas.

Resulta evidente la escasa presencia de las personas con discapacidad en las instituciones políticas, siendo muy pocas las que, en nuestras cuatro décadas de democracia constitucional, han alcanzado escaños en las Cortes Generales, los Parlamentos autonómicos y las Corporaciones Locales. Si la participación política ha de ser lo más representativa posible de la pluralidad social —pues, como ha dicho el Tribunal Constitucional, “el principio democrático reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados” (STC 12/2008, de 29 de enero, fundamento jurídico 5º)—, parece forzoso concluir que el acceso a las instituciones democráticas de un grupo que alcanza cerca del 10% de la población habría de ser mucho más elevado que en la actualidad.

No obstante, hay que tener en cuenta que, en un sistema electoral en el que la casi totalidad de las candidaturas son listas cerradas y bloqueadas, no existe otro camino para garantizar la consecución de ese objetivo que imponiendo a los partidos políticos y agrupaciones de electores la obligación de introducir en sus candidaturas un determinado porcentaje de personas con discapacidad. Se trata de una vía no exenta de inconvenientes, pues restringe la libertad de

²⁷ Contempla esta posibilidad DÍAZ ALABART, Silvia, “El derecho de sufragio activo...”, cit., pág. 17.



los partidos políticos en la configuración de las candidaturas. Ahora bien, si el Tribunal Constitucional ha avalado la conformidad con la Constitución de la obligación de elaborar candidaturas con una presencia equilibrada de hombres y mujeres, argumentando que se trata de una medida –justificada por el artículo 9.2 CE– para garantizar la igualdad de los ciudadanos en un ámbito en el que las mujeres han estado materialmente preteridas, que los partidos políticos son un cauce válido para realizar la igualdad sustantiva, y que el objetivo de lograr la incorporación de las mujeres a las Cámaras legislativas y a los Ayuntamientos en un número significativo viene exigido por el principio democrático, que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados²⁸, pienso que estos argumentos son igualmente aplicables a las personas con discapacidad, por lo que debería reflexionarse sobre la posibilidad de introducir una exigencia análoga que garantice su presencia en las candidaturas electorales.

En el caso de las personas con discapacidad podría establecerse el porcentaje del 7%, que es el actualmente requerido para la reserva de plazas en las ofertas de empleo público (artículo 59.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), lo que se traduciría en la práctica en que, en todas las candidaturas integradas por un mínimo de 15 personas, debería incluirse una persona con discapacidad en cada tramo de 15. En nuestros sistemas electorales, no son muchas las circunscripciones electorales con una magnitud tan elevada, pero una previsión semejante aseguraría al menos la presencia de personas con discapacidad en el Congreso de los Diputados por las circunscripciones de Madrid y Barcelona, así como en no pocos Parlamentos autonómicos y en buena parte de los Ayuntamientos de los municipios de más de 100.000 habitantes, además de que esta norma resaltaría el valor positivo de la inclusión de las personas con discapacidad, lo que animaría a los partidos políticos a promover su presencia en las listas por su previsible rédito electoral.

²⁸ Cfr. STC 12/2008, de 29 de enero, fundamentos jurídicos 4º y 5º. Debe tenerse presente, asimismo, que, en la STC 269/1994, de 3 de octubre, el Tribunal Constitucional ha avalado la constitucionalidad de la reserva de plazas a personas con discapacidad en procesos selectivos de acceso al empleo público.



Una alternativa a la medida comentada sería la promoción de la participación de las personas con discapacidad a través de incentivos económicos a los partidos políticos y agrupaciones de electores que los incluyan en sus candidaturas, por ejemplo estableciendo un incremento en una determinada cuantía de las subvenciones electorales por cada candidato con discapacidad que haya resultado electo. Algo así se hace en algunos países, como el Reino Unido y Canadá, que contienen previsiones para subvencionar a los candidatos con discapacidad los gastos derivados de esta²⁹. Parece obvio, no obstante, que tales incentivos son más eficaces en un país en el que las candidaturas son uninominales que en un sistema electoral de listas cerradas. Con todo, estos incentivos, si son de una cuantía relevante, podrían también animar a los partidos políticos y agrupaciones de electores a incorporar personas con discapacidad en sus candidaturas.

En suma, una mayor presencia de las personas con discapacidad en las instituciones políticas representativas es un objetivo deseable, pues incrementaría su pluralidad y fortalecería la calidad de nuestra democracia y la legitimidad de sus instituciones. Queda abierta la reflexión sobre los mecanismos más adecuados para lograrlo.

²⁹ Fuente: EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *The right to political participation...*, cit., pág. 69 (Reino Unido); KINGSLEY, Jean-Pierre, “El ejercicio de los derechos de voto y elegibilidad de las personas con discapacidad: el modelo canadiense”, en Varios, *Colectivos con dificultades para el ejercicio del derecho de sufragio*, cit., págs. 205-206.

Capítulo V

¿EXISTE UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA?

El artículo 27 CE afirma que “todos tienen derecho a la educación”, y especifica en su párrafo segundo que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. En el caso de las personas con discapacidad –especialmente de los niños y niñas con discapacidad mental o intelectual–, tradicionalmente su educación se ha llevado a cabo segregándolos en centros de educación especial¹; según los datos más recientes ofrecidos por el CERMI, referidos al curso académico 2012-2013, en la actualidad el 80,3% de los alumnos con necesidades educativas especiales con discapacidad se encuentran escolarizados en centros ordinarios, pero un 19,7% continúan en educación especial². Sin embargo, hoy el artículo 24 CDPD establece que “los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles”, añadiendo el párrafo segundo del precepto que “al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las per-

¹ Un panorama de la evolución histórica a este respecto en ALONSO PARREÑO, María José – ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés de, *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación educativa española*, Madrid, Cinca, 2011, págs. 15 y ss.; más específicamente referido a España, ALONSO PARREÑO, María José, *Los derechos del niño con discapacidad...*, cit., págs. 450 y ss.

² Cfr. CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2014*, cit., págs. 83-84.



sonas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad; b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan”. La Convención no define el concepto de educación inclusiva, que puede entenderse de diversas formas, y ha experimentado una constante evolución, de tal modo que hoy no solo se refiere a la específica problemática del alumnado con discapacidad, sino que abarca la adecuada atención educativa a cualquier forma de diversidad, social y cultural; sin embargo, a los efectos del presente estudio podemos comprenderlo en un sentido más restringido, como aquel modelo educativo en el que los alumnos con discapacidad acuden a los mismos centros que los alumnos sin discapacidad y comparten el mismo entorno, recibiendo la respuesta educativa que necesitan y los apoyos que resulten precisos³. Así pues, en este marco, y teniendo en cuenta las disposiciones normativas mencionadas, quisiera plantear el interrogante que deseo abordar en este último capítulo, que puede formularse con mayor precisión en los siguientes términos: ¿comprende el derecho fundamental a la educación reconocido por el artículo 27 CE el derecho de los niños y niñas con discapacidad a una educación inclusiva?

1. ¿ES DISCRIMINATORIA LA EDUCACIÓN SEPARADA?

Para dar respuesta al interrogante formulado, una primera cuestión que cabe plantear es si la educación separada de personas con discapacidad constituye, por sí misma, una discriminación contraria al artículo 14 CE; pues, si la respuesta fuese afirmativa, la consecuencia sería la ilicitud constitucional de la educación especial, lo que determinaría la prohibición absoluta de los centros de esta índole, también de iniciativa privada.

³ Tomo sustancialmente esta definición de ALONSO PARREÑO, María José – ARAOZ SÁNCHEZ-DO-PICO, Inés de, *El impacto de la Convención Internacional...*, cit., pág. 157; sobre la complejidad y la evolución del concepto de “educación inclusiva”, cfr. por ejemplo ECHEÍTA SARRIONANDÍA, Gerardo – SANDOVAL MENA, Marta, “Educación inclusiva o educación sin exclusiones”, en *Revista de Educación*, 327 (2002), págs. 31-48.



Cabría pensar que ofrecer servicios públicos separados para categorías diferentes de personas —por ejemplo, de distintas edades—, siempre que tales servicios sean de calidad equiparable, no plantea problema alguno desde la óptica del principio de igualdad. Sin embargo, la educación separada de personas de diferentes razas fue considerada contraria al principio de igualdad por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ya en 1954, en la célebre Sentencia en el caso *Brown v. Board of Education*, de 17 de mayo de ese año. Como es bien sabido, el aspecto más relevante de esta Sentencia radica en que el Tribunal reconoce el esfuerzo que se está realizando por los Estados para dotar a las escuelas para negros de una calidad equiparable —y medible en indicadores objetivos— a las escuelas para blancos; pero, a pesar de ello, cuestiona la segregación en sí misma, señalando: “Separar a los niños de otros de similar edad y capacidades solo a causa de su raza genera un sentimiento de inferioridad en relación con su estatus en la comunidad que puede afectar a sus corazones y espíritus de manera irreparable. La segregación de los niños negros y blancos en los colegios públicos tiene un efecto muy perjudicial para los primeros. El impacto es mayor cuando está sancionada por la ley, pues la política de separación racial normalmente se interpreta como constatación de la inferioridad del grupo negro. Este complejo de inferioridad afecta a la motivación del niño para el aprendizaje. La segregación legalmente sancionada, por tanto, tiende a provocar un retraso en el desarrollo educativo y mental de los niños negros”. La conclusión de esta argumentación es, pues, que “los centros educativos separados son esencialmente discriminatorios”⁴.

En nuestro país, una argumentación semejante se ha aplicado a la educación separada por razón de sexo⁵. Y es que habría que concluir, en efecto, que cualquier oferta de servicios separados para personas de diferentes categorías, siempre que la separación se base en alguno de los motivos expresamente mencionados en el artículo 14 CE, es particularmente sospechosa de constituir una discriminación, aunque tales servicios separados alcancen idénticos están-

⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka* (no. 1), 347 U. S. 495-496; la traducción es del autor.

⁵ Cfr. vg. SUBIRÁTS, Marina, “Coeducación o escuela segregada: un viejo y persistente debate”, en *Revista de la Asociación de Sociología de la Educación*, 3 (2010), págs. 143-158.



dares de calidad; entre otras razones porque, si efectivamente la calidad es idéntica, no se entiende –salvo que exista algún específico motivo que lo justifique, como se señalará seguidamente– por qué ha de separarse a las personas, si no es, como señalaba el Tribunal Supremo de los Estados Unidos respecto de la segregación racial, para generar un juicio y un sentimiento de inferioridad de un grupo respecto de otro. Hemos de tener en cuenta además que, como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional y se ha citado ya en estas páginas, “las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que *solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica*” (STC 182/2005, de 4 de julio, fundamento jurídico 3º).

Ahora bien, el que estas separaciones sean particularmente sospechosas de constituir una discriminación no significa que efectivamente la constituyan en todos los casos, pues pueden existir motivos que las justifiquen, si bien el hecho de que se trate de motivos de discriminación expresamente prohibidos obliga a someter a estas diferencias de trato a un escrutinio particularmente estricto, que, como se ha venido diciendo, se traduce en que la diferencia de trato tenga una finalidad constitucional expresa y no genere costes mayores que los necesarios para la realización de esa finalidad. Pues bien, los defensores de la educación diferenciada por razón de sexo la justifican en el propio derecho constitucional a la educación, al señalar que, educando de manera diferente a niños y a niñas, se logra una mayor calidad en el proceso educativo y en sus resultados⁶. Aunque como es lógico no es mi propósito entrar en este debate, que no es el tema de estas páginas, quisiera señalar que, si pueden aducirse argumentos razonables en favor de esa tesis –aun cuando pueda sostenerse tam-

⁶ Es el punto de vista, por ejemplo, de CALVO CHARRO, María, “La ideología de género en la escuela: el respeto a la masculinidad y feminidad”, en *Transatlántica de Educación*, 6 (2009), págs. 128-137: “en las etapas coincidentes con la escolarización obligatoria, observamos que los niños y las niñas difieren principalmente en sus ritmos de maduración, pero también en sus intereses, inquietudes, aficiones, formas de socializarse, formas de reaccionar ante estímulos idénticos, maneras de jugar, afectividad y comportamiento. Todas estas diferencias provocan que tengan asimismo una diferente forma de aprender... Las estrategias para conseguir un rendimiento parecido difieren en varones y féminas” (pág. 132).



bién la opinión contraria: la Constitución no impone un modelo pedagógico único, pues el artículo 27 CE, al garantizar el derecho a la educación, afirma también que “se reconoce la libertad de enseñanza”–, no podrá considerarse intrínsecamente discriminatoria la educación separada⁷.

Podemos aplicar ahora las consideraciones precedentes a la educación separada de personas con discapacidad, respecto a la que no se ha hecho hasta el momento una precisa evaluación de su licitud constitucional. Por las razones indicadas más arriba, es sospechosa de constituir una discriminación. Sin embargo, y como sucede en relación con la educación separada por sexos, algunos autores han mostrado que la educación especial logra mejores resultados en la educación de las niñas y niños con ciertos tipos de discapacidad⁸. Es más, Agustina Palacios ha relatado que, en el proceso de elaboración de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, algunas organizaciones internacionales del sector –particularmente las asociaciones de personas ciegas, sordas y sordociegas– defendieron el mantenimiento de la educación especial, también por razones relacionadas con la calidad de la educación:

⁷ En realidad, la mayor parte de los autores críticos con la educación diferenciada no la consideran intrínsecamente discriminatoria –lo que conllevaría la absoluta prohibición constitucional de colegios para niños de un solo sexo, incluso de titularidad privada–, sino menos idónea para la realización del valor constitucional de la igualdad, por lo que proponen su exclusión de la financiación pública. La bibliografía sobre esta materia es muy abundante; puede verse, por ejemplo, ALÁEZ CORRAL, Benito, “El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86 (2009), págs. 31-64, para quien el reproche constitucional a la educación separada radica en su disconformidad con el ideario educativo constitucional, que el artículo 27.2 CE sintetiza en “los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales”: aun cuando no creo que quepa oponer, como hace este autor, la calidad de la enseñanza y el cumplimiento del ideario educativo constitucional, ni mucho menos subordinar aquella a este, se trata sin duda de un argumento relevante, si bien los defensores de la educación diferenciada han sostenido su absoluta idoneidad para la transmisión de los valores constitucionales, incluyendo la educación en la igualdad y la no discriminación por razón de sexo (cfr. vg. CALVO CHARRO, María, “El tratamiento de la igualdad y la reforma de la enseñanza diferenciada en la LOMCE”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen –dir., *Claves de la reforma educativa. A propósito de la nueva Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa*, Madrid, Colex, 2015, págs. 153-193).

⁸ Cfr. vg. HOCUTT, Anne M., “Special Education: Is Placement the Critical Factor”, en *The Future of Children*, 6 (1996), págs. 77-102, que muestra, sobre la base de estudios empíricos, que los niños con determinadas discapacidades –especialmente, con discapacidades específicas del aprendizaje, con trastornos graves de conducta o con discapacidad auditiva– alcanzan mejores resultados en la educación especial.



la inclusión implicaría, según ellos, “crear una segregación de hecho en las escuelas públicas, donde los niños y niñas ciegos, sordos y sordociegos estarían físicamente presentes pero mental y socialmente ausentes. La aplicación de un enfoque ideológico basado solamente en la premisa de la educación en las escuelas ordinarias negaría a estos niños y niñas la oportunidad de desarrollar su potencial pleno”⁹.

Así pues, pienso que la educación especial no puede considerarse intrínsecamente discriminatoria, dado que pueden existir argumentos constitucionales que la justifiquen, concretamente el derecho a una educación de calidad. Debe tenerse en cuenta, además, que ni siquiera el artículo 24 CDPD cierra completamente la puerta a los sistemas de educación especial (por lo que tampoco podría alcanzarse la conclusión de que son discriminatorios interpretando el artículo 14 CE a la luz de la Convención): en efecto, aunque este precepto afirma que “los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles” (artículo 24.1), y reconoce el derecho de las personas con discapacidad a una educación primaria y secundaria inclusiva (artículo 24.2), obliga también a los Estados Partes a asegurar que la educación de las personas se imparta “en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social” (artículo 24.3.c), previsión que es consecuencia de los debates producidos durante el proceso de elaboración de la Convención a los que se acaba de hacer referencia¹⁰. Por tanto, ha de concluirse –valga la insistencia– que la educación especial no es discriminatoria, lo que en principio permite que puedan continuar existiendo centros de educación especial, incluso sostenidos con fondos públicos.

⁹ Declaración de la Federación Mundial de Personas Sordas, la Unión Mundial de Ciegos y la Federación Mundial de Sordociegos de 2 agosto de 2005; cit. por PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad*, cit., pág. 389: sobre este debate, cfr. en general págs. 381-401.

¹⁰ El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sostenido que “la expresión ‘entornos que permitan alcanzar el máximo desarrollo económico y social’ no debe entenderse en el sentido de entornos separados, sino como la obligación de los Estados de mejorar el proceso de inclusión en las escuelas convencionales” (ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación”, Informe a la Asamblea General de 18 de diciembre de 2013, n. 51), pero pienso que esta interpretación no se com-padece con la verdadera génesis del artículo 24, tal y como se expone en el texto.



2. EDUCACIÓN INCLUSIVA Y PLENO DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

Dando un paso más, procede ahora analizar la educación especial desde la óptica de la finalidad constitucional del proceso educativo. En este sentido, el artículo 27.2 CE, que ya ha sido citado al inicio de este capítulo, afirma que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Ignacio Ara ha argumentado de forma consistente que el “pleno desarrollo de la personalidad” a que se refiere el artículo 27.2 – expresión que está tomada a su vez de los textos internacionales, concretamente del artículo 26.2 DUDH y del artículo 13.1 PIDESC- ha de considerarse idéntico al “libre desarrollo de la personalidad”, que el artículo 10.1 CE erige en fundamento del orden político y jurídico¹¹. No puede haber, pues, plenitud alguna en el desarrollo de la personalidad si este no es libre, activado desde la libertad y teniendo como fin la libertad. Afirmar que la educación tiene como objetivo el pleno desarrollo de la personalidad humana equivale, por tanto, a señalar que esta debe orientarse a facilitar al educando las herramientas, conocimientos y habilidades necesarias para ser capaz de formar su propia voluntad y ejercer plenamente su libertad.

Nos encontramos ahora ante el criterio más relevante para discernir, en el caso de las personas con discapacidad, entre la educación especial y la educación inclusiva. Resulta evidente, en efecto, que la educación inclusiva es más idónea para lograr las metas que se acaban de señalar. Se han sugerido, entre otros, los siguientes argumentos en favor de la educación inclusiva:

¹¹ Cfr. ARA PINILLA, Ignacio, *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*, Madrid, Dykinson, 2013, pássim, especialmente págs. 13-26. En realidad, la casi totalidad de los autores que se han ocupado del derecho constitucional a la educación comparten esta identificación, y utilizan las expresiones “libre desarrollo de la personalidad” y “pleno desarrollo de la personalidad” como sinónimas: cfr. vg. FERNÁNDEZ MIRANDA, Alfonso, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Madrid, CEURA, 1988, págs. 50-51; NUEVO LÓPEZ, Pablo, *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, prólogo de C. Vidal Prado, La Coruña, Netbiblo, 2009, págs. 53-59.



1) La educación inclusiva mejora la autoestima de las personas con discapacidad, al integrarlos en el mismo entorno que los alumnos sin discapacidad, y acentúa su conciencia acerca de sus propias capacidades. En cambio, la educación especial, al separar a los niños con discapacidad de los demás, genera en ellos un sentimiento de inferioridad¹². Esta situación se agudiza cuando el niño o la niña tienen otros hermanos o hermanas sin discapacidad, de los que se separa para acudir al colegio.

2) La educación inclusiva contribuye decisivamente a la erradicación de los prejuicios sociales frente a las personas con discapacidad¹³, que –como se ha señalado en el segundo capítulo de este libro– se erigen en una de las barreras más poderosas a que se enfrentan las personas con discapacidad, que es causa de su discriminación y les impide una plena igualdad de oportunidades.

3) La educación inclusiva potencia las habilidades sociales y comunicativas de las personas con discapacidad, al situarles en un entorno en el que se relacionan con niños y niñas de características diversas y de diferentes niveles académicos, y exigirles interactuar con todos ellos, lo que les ayuda además a mejorar su independencia y autonomía. En cambio, los niños con discapacidad que son separados de los demás niños de su misma edad tienen mayores dificultades para adquirir comportamientos sociales adecuados¹⁴.

4) La educación inclusiva incrementa las expectativas de las personas con discapacidad y les sitúa ante estándares más elevados, ofreciéndoles el currículum general –y no un currículum rebajado de educación especial–, y facilitándoles por tanto el acceso a un campo más vasto de conocimientos y de

¹² Cfr. CROSSO, Camila, “El derecho a la educación de personas con discapacidad: impulsando el concepto de educación inclusiva”, en *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, 4 (2010), págs. 79-95.

¹³ Cfr. DEPARTMENT OF SCIENCE AND EDUCATION, *Inclusion of Students with Special Educational Needs*, Gobierno de Irlanda, Dublín, 2007, págs. 39-40; ALONSO PARREÑO, María José –ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés de, *El impacto de la Convención Internacional...*, cit., págs. 58-59; ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Estudio temático...”, cit., n. 8.

¹⁴ HENNINGER, William R. – KUPTA, Sarika S., “How Do Children Benefit from Inclusion”, en Varios, *First Steps to Preschool Inclusion*, Baltimore, Brookes, 2014, págs. 33-57.



materias. Todo ello mejora la educación de las personas con discapacidad también en términos de conocimientos y resultados, como puede contrastarse empíricamente¹⁵. Se ha sugerido también que la educación inclusiva mejora las futuras posibilidades de inserción laboral de las personas con discapacidad¹⁶, lo que parece lógico en virtud de todos los argumentos anteriores, si bien serían precisos estudios que lo acreditasen empíricamente.

5) Además, la educación inclusiva mejora la calidad de todo el proceso educativo, al exigir un mayor esfuerzo por parte de quienes participan en la tarea docente, especialmente del profesorado¹⁷.

Todos estos argumentos muestran, en suma, que la educación inclusiva hace posible un más pleno desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, al ofrecerles mejores herramientas y mayores conocimientos y habilidades para ejercer su libertad y para alcanzar el mayor grado de autonomía posible. Así pues, la educación inclusiva es más adecuada que la educación especial para lograr la finalidad constitucional del proceso educativo prevista por el artículo 27.2 CE.

Ello tiene como consecuencia, en definitiva, que el sistema educativo público debería ofrecer una única modalidad educativa para las personas con discapacidad –escolarización inclusiva, esto es, en centros ordinarios–, y no la doble modalidad centros ordinarios/educación especial que hoy permite el artículo 74.1 LOE, que prevé la escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales en unidades o centros de educación especial

¹⁵ Cfr. GARTNER, Alan – KERZNER LIPSKI, Dorothy, “Educación inclusiva en los Estados Unidos”, en *Revista de Educación*, 327 (2002), págs. 107-121, que concluyen: “los datos de evaluación de los distritos escolares y de los Estados en todo el país garantizan que, bien aplicados, los programas de educación inclusiva benefician a todos, estudiantes discapacitados y no discapacitados, académica, conductual y socialmente” (pág. 121); asimismo, HENNINGER, William R. – KUPTA, Sarika S., “How Do Children Benefit...”, cit., págs. 42-43, que citan también estudios empíricos.

¹⁶ ALONSO PARREÑO, María José – ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés de, *El impacto de la Convención Internacional...*, cit., págs. 54-55.

¹⁷ LORNA, Idol, “Toward Inclusion of Special Education Students in General Education”, en *Remedial and Special Education*, 27-2 (Marzo-Abril 2006), págs. 77-94.



“cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”, disposición que ha sido reproducida en términos prácticamente idénticos por el artículo 18.3 LGDPD. La conclusión apuntada –que obliga a estimar inconstitucionales el segundo inciso del artículo 74.1 LOE y el artículo 18.3 LGDPD– se sigue también de la interpretación del artículo 27 CE a la luz del artículo 24 CDPD, pues, como ya se ha señalado, este último precepto obliga a los Estados Partes en la Convención a asegurar “un sistema de educación inclusivo a todos los niveles”¹⁸. Por tanto, en el sistema educativo público no deberían existir centros de educación especial, si bien, como es razonable, su supresión –y la incorporación de las alumnas y alumnos de estos centros a los centros ordinarios– no puede producirse de forma repentina y simultánea, pues difícilmente podría ser absorbido este alumnado por los centros ordinarios, que además en muchos casos no cuentan con las adaptaciones y medidas de apoyo necesarias para prestar una adecuada atención a los estudiantes con discapacidad. Ahora bien, lo que en todo caso demandan la Constitución española y la Convención es que se encuentre claramente definida la meta –un sistema educativo público que asegure la inclusión en los centros ordinarios de todas las niñas y niños con discapacidad– y que se inicie el camino hacia ella, elaborando un Plan de Transición a la Convención que –como el que acertadamente han propuesto María José Alonso e Inés de Araoz¹⁹, que incluye la paulatina transformación de los actuales centros de educación especial en centros de recursos para el apoyo a la inclusión de las personas con discapacidad, abiertos a toda la comunidad educativa– asegure el objetivo final de una educación inclusiva.

Un Plan de Transición semejante exigiría sin duda varios años para su implementación. Así pues, en tanto exista la dualidad de modelos educativos que

¹⁸ Discrepo, por tanto, de la afirmación de LEMA AÑÓN, Carlos, “Educación y discapacidad”, en CUENCA GÓMEZ, Patricia (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 387, según la cual “no hay ningún punto en el que exista una contradicción flagrante entre lo que exige la Convención y lo recogido en la legislación española”: en mi opinión, existe al menos esa contradicción flagrante entre el artículo 74.1 LOE y el artículo 24.1 CDPD.

¹⁹ ALONSO PARREÑO, María José – ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés de, *El impacto de la Convención Internacional...*, cit., págs. 193-215.



hoy consagra el artículo 74.1 LOE, se plantea un problema jurídico de trascendental importancia, al que sí cabe ofrecer una respuesta inmediata: ¿a quién corresponde la elección entre uno y otro modelo? Trataré de contestar a esta pregunta en el epígrafe siguiente.

3. EDUCACIÓN ESPECIAL O EDUCACIÓN ORDINARIA: ¿A QUIÉN CORRESPONDE ELEGIR?

El artículo 27.3 CE reconoce el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación moral y religiosa más acorde con sus propias convicciones. No obstante, buena parte de la doctrina ha interpretado este precepto entendiendo que debe extenderse “el contenido del derecho de los padres a elegir el modelo educativo que desean para sus hijos más allá de la opción por una formación religiosa y moral”²⁰, incluyendo, por ejemplo, la elección entre diversos modelos pedagógicos. Avalaría esta tesis, sobre todo, el recurso al parámetro interpretativo indicado por el artículo 10.2 CE, pues los diversos documentos internacionales contemplan en esta materia una más amplia opción de los padres: así se refleja principalmente en el artículo 14.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce “el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”, y en el artículo 26.3 DUDH, que dispone que “los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”, sin limitar tampoco esa elección a los aspectos religiosos y morales. Conduciría a la misma conclusión, igualmente, la interpretación sistemática de los diversos párrafos del artículo 27 CE, pues en ellos se reconocen con toda amplitud la libertad de enseñanza (artículo 27.1) y la libertad de creación de centros docentes (artículo 27.6), los cuales pueden tener un ideario propio que, como ha reconocido el Tribunal Constitucional,

²⁰ Cfr. REDONDO, Ana María, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria*, prólogo de P. Biglino, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 156-161 (la cita textual es de pág. 159); en el mismo sentido, FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alfonso, *De la libertad de enseñanza...*, cit., págs. 93-96, y NUEVO LÓPEZ, Pablo, *La Constitución educativa del pluralismo*, cit., págs. 140-142: de todos ellos tomo los argumentos expresados en el texto.



“no está limitado a los aspectos morales y religiosos de la actividad educativa” (STC 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico 8º). Finalmente, se trata de una conclusión enteramente coherente con el papel central que tiene la familia en la tarea educativa, como principal agente de socialización y cauce a través del cual los menores adquieren las pautas y valores básicos que les permiten su incorporación a la vida colectiva; por ello, el artículo 6.2 de la Constitución alemana señala que “el cuidado y la educación de los hijos son derecho natural de los padres y deber que incumbe prioritariamente a ellos”: aunque en nuestra Constitución no se ha plasmado expresamente un principio semejante, puede inferirse sin dificultad del artículo 39.3 CE, interpretado nuevamente a la luz de los tratados internacionales, en este caso el artículo 10.1 PIDESC, que reconoce la responsabilidad principal de la familia en la educación como “elemento natural y fundamental de la sociedad”²¹.

Aplicando la tesis formulada al problema que es objeto de estas páginas, debe afirmarse que, en tanto existan, como se ha señalado en el epígrafe anterior, dos modelos educativos para la educación de las personas con discapacidad –educación especial y educación ordinaria–, la elección entre uno y otro de ellos debe corresponder a los padres. En este caso apoya además esa conclusión el artículo 24.2 CDPD, tanto en su apartado a), que obliga a los Estados Partes a asegurar que “las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad”, como en el b), en virtud del cual las personas con discapacidad han de poder acceder “a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás”, derecho que, en tanto no pueda ser ejercido por las propias personas con discapacidad por ser menores de edad, ha de serlo por sus representantes legales. Como ha señalado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el artículo 24.2 a) establece una auténtica “cláusula contra el rechazo”, que prohíbe la denegación a las personas con discapacidad de la admisión en la educación ordinaria²².

²¹ Sobre la primacía de la familia en la tarea educativa, cfr. NUEVO LÓPEZ, Pablo, *La Constitución educativa del pluralismo*, cit., págs. 46-48.

²² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Estudio temático”, cit., n. 26.



Sin embargo, no es esta la realidad en nuestro país, pues, aun cuando el artículo 84.1 LOE establece que “las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores”, lo cierto es que los procedimientos de escolarización regulados por las disposiciones reglamentarias estatales y autonómicas encomiendan la decisión sobre la escolarización en centros ordinarios o centros de educación especial a una resolución de la Administración educativa, basada en un dictamen de escolarización elaborado por los servicios de orientación educativa correspondientes y en un informe de la Inspección educativa; en todo ese procedimiento suele estar prevista la participación de los padres, pero sin que su opinión sea en ningún caso determinante²³. En este sentido, el artículo 18.3 LGDPD, al que ya se ha hecho referencia, que permite la escolarización de las personas con discapacidad en centros de educación especial, establece que se llevará a cabo “tomando en consideración la opinión de los padres o representantes legales”, lo que evidencia que los padres no tienen capacidad de decisión; disposición esta que se contradice de forma patente con el párrafo primero del mismo precepto, según la cual “las personas con discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás”: se proclama solemne y enfáticamente el derecho en el párrafo primero, para de inmediato desvirtuarlo por completo en el tercero.

De esta materia se ha ocupado recientemente el Tribunal Constitucional español, en la STC 10/2014, de 27 de enero, que presenta luces y sombras, y en la que resulta de interés detenerse con alguna atención²⁴. El caso versa sobre un menor, de 5 años de edad, con trastorno del espectro autista y discapacidad psíquica grave, al que la Comisión de escolarización de la provincia de residencia resolvió escolarizar de oficio en un Centro de Educación especial, contra la expresa voluntad de los padres. Los padres plantean en los años siguientes

²³ Un extenso análisis de esa normativa en ALONSO PARREÑO, María José – ARAOZ SÁNCHEZ-DO-PICO, Inés de, *El impacto de la Convención Internacional...*, cit., págs. 94-118.

²⁴ Una crítica a esta Sentencia también en CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2014*, cit., págs. 88-91.



repetidas solicitudes de revisión de esa resolución, que son desestimadas por la Dirección Provincial de Educación, reiterándose su escolarización en el Centro de Educación especial. Finalmente, los padres impugnan la resolución a través del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, siendo desestimada su pretensión tanto por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo como, en apelación, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

La cuestión principal que se discute en la Sentencia –pues es el terreno en el que los demandantes sitúan el debate– es justamente el interrogante planteado en estas páginas: si el derecho a la educación reconocido por el artículo 27 CE incluye el derecho a una educación inclusiva. Con acierto, para responder a esta pregunta el Tribunal Constitucional utiliza el procedimiento de interpretación establecido por el artículo 10.2 CE, y acude en consecuencia a la Convención, que le permite formular la conclusión siguiente, que sin duda corrige el sentido literal del artículo 74.1 LOE: “De la normativa anterior se desprende como principio general que la educación debe ser inclusiva, es decir, se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. En definitiva, la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y tan solo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial. En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados..., dicha Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario” (fundamento jurídico 4º).

Así pues, el Tribunal Constitucional no llega a sostener la incompatibilidad entre el artículo 74.1 LOE y la Convención, pero formula una interpretación restrictiva del citado precepto a la luz de la Convención, en virtud de la cual solo cabra la escolarización en educación especial cuando la integración en un



centro ordinario exija ajustes desproporcionados o irrazonables y así se haya motivado expresamente. No obstante, el Tribunal falla en la aplicación de su propia doctrina al caso, pues entiende que las resoluciones que han ordenado la escolarización del menor en un Centro de Educación especial cumplen el requisito de la proporcionalidad, cuando lo cierto es que tales resoluciones no han identificado en modo alguno por qué los ajustes que exigía su escolarización en un Centro ordinario eran irrazonables o desproporcionados, sino que se limitan a remitirse a los informes psicopedagógicos, que indican que lo más adecuado para el menor es la escolarización en un Centro de educación especial. Hay una llamativa contradicción entre la declaración citada más arriba y la que se reproduce a continuación, que corresponde al fundamento jurídico siguiente: “Acreditado lo anterior por la Administración educativa, es decir que en interés del menor resulta indicada su escolarización en un centro de educación especial, no es necesario proceder a una ponderación acerca de si los ajustes que precisa pueden ser o no prestados en un centro de educación ordinario, pues dicha decisión de escolarización lleva implícito, en atención a la grave discapacidad del alumno y a la atención individualizada que requiere, que sus singulares necesidades educativas estén mejor atendidas en un centro de educación especial más que en el marco de la educación general de los centros ordinarios” (fundamento jurídico 5º).

No se puede compartir la posición del Tribunal Constitucional. No corresponde en absoluto a la Administración educativa resolver si es mejor para el menor la educación especial o la inclusiva, pues esta opción ya ha sido realizada por el legislador en favor de la segunda –por el legislador internacional en la Convención, y por el español al autorizar su ratificación–, garantizando además el derecho de las personas con discapacidad –que, como se ha dicho, en su defecto corresponde ejercer a sus padres o representantes legales- a ser educados en un modelo inclusivo, y exigiendo que para la integración de los educandos en los centros educativos ordinarios se realicen los ajustes que resulten necesarios. Según la doctrina formulada por el propio Tribunal en el fundamento jurídico precedente, la Administración educativa únicamente podría aducir, siempre y cuando lo justifique adecuadamente, que, en un caso concreto y de forma excepcional, tales ajustes representan una carga irrazona-



ble o desproporcionada. Así lo señala con todo acierto el Magistrado Ortega Álvarez en un voto particular discrepante: “La ausencia de motivación en la resolución administrativa de cómo los apoyos que precisa el menor, suponen una carga desproporcionada para la Administración educativa en el caso concreto del menor, supone un desconocimiento de los principios que deben inspirar la educación de los menores con discapacidad, pues la excepción de la escolarización en centro de educación especial obligan a la Administración a realizar dicha ponderación. Ni la Administración, ni los técnicos que informaron sobre el menor, han explicitado por qué los ajustes que debía realizar para proporcionar al menor la educación inclusiva a la que, en principio, tiene derecho, no son razonables o suponen una carga desproporcionada o no serían suficientes para la inclusión del menor”.

En conclusión, debe afirmarse que es a los padres de la persona con discapacidad a quienes corresponde elegir si su hijo debe ser escolarizado en un centro ordinario o un centro de educación especial. Pero la argumentación del Tribunal Constitucional en la Sentencia citada obliga a abordar una nueva cuestión: la necesidad de ajustes razonables para garantizar una educación auténticamente inclusiva.

4. AJUSTES RAZONABLES Y MEDIDAS DE APOYO.

Como es obvio, la educación inclusiva no consiste sencillamente en la presencia física de las personas con discapacidad en los centros educativos ordinarios, sino que requiere que se realicen las adaptaciones y se presten las medidas de apoyo necesarias para que éstas puedan aprovechar plenamente las oportunidades educativas. A ello se refiere el artículo 24.2 CDPD en sus apartados c), que exige que “se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales”, y e), que obliga a que “se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas”.

En el capítulo primero de este libro se abordó la distinción entre exigencias de accesibilidad, ajustes razonables y medidas de acción positiva, categoría esta última a la que pertenecen los “apoyos personalizados” a que se refiere el



artículo 24.2 e). Se trata de una distinción relevante desde la óptica jurídico-internacional, pues la denegación de un ajuste razonable constituye una discriminación, tal y como pone de relieve el artículo el párrafo tercero del artículo 2 CDPD (y lo mismo puede decirse, con mayor razón, de las medidas de garantía de la accesibilidad); por ello, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado, con relación concretamente al ámbito de la educación, que, mientras que los ajustes razonables son medidas de aplicación inmediata por los Estados, las medidas de apoyo tienen carácter complementario, por lo que estarían condicionadas a los “recursos disponibles” (artículo 4.2 CDPD)²⁵. No obstante, y como se señaló con carácter general, en la práctica puede resultar en muchas ocasiones difícil discernir si una determinada actuación pertenece a una u otra categoría. Por ofrecer algunos ejemplos del campo educativo, podría afirmarse que la instalación de un ascensor, sin el cual una persona con movilidad reducida no puede acceder a las aulas, o la puesta a disposición del material didáctico en formato audio, para que pueda ser utilizado por alumnos y alumnas con discapacidad visual o con discapacidades específicas del aprendizaje, son medidas para garantizar la accesibilidad; la asignación de un intérprete de lengua de signos a una persona sorda que solo usa esa lengua constituiría un ajuste razonable; y la dotación de un maestro de apoyo o asistente educativo (“profesor sombra”) a un niño o niña con trastorno del espectro autista podría considerarse incluida en la tercera de las categorías antes mencionadas, pues su ausencia no constituiría un trato desigual, pero ese apoyo resultaría necesario para que el niño obtenga el máximo aprovechamiento del proceso educativo.

Pues bien, en nuestro sistema constitucional constituye una obligación de los poderes públicos la adopción de los tres tipos de medidas, siempre que resulten necesarias para hacer posible el ejercicio efectivo del derecho a la educación. Conducen a esta conclusión los artículos 14 y 9.2 CE, como se ha

²⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Estudio temático”, cit., nn. 41 y 45 respectivamente. Que los ajustes razonables constituyen una obligación de los Estados de aplicación inmediata lo señaló ya el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, en su Informe de Observaciones Finales a España, de 23 de septiembre de 2011, núm. 44; en CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2011*, cit., pág. 134.



razonado en el primer capítulo de este libro; pero, por lo que se refiere expresamente a la educación, se deduce expresamente esta tesis de la doctrina sentada por la STC 10/2014, que se ha comentado en el epígrafe anterior, así como por otras dos importantes resoluciones judiciales, concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2009. La primera de ellas entiende vulnerado el derecho a la educación de unos niños con trastorno del espectro autista, porque el Aula de Comunicación y Lenguaje de un Colegio público no contaba con los medios materiales y personales adecuados, concretamente carecía de profesorado dotado de una cualificación y formación específicas, y tenía un ratio de alumnos por profesor superior a la idónea, entre otras deficiencias; el argumento central de la Sentencia radica en que los niños con TEA “se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades” (fundamento jurídico 8º), invocando en sustento de su posición, juntamente con el artículo 27, los artículos 9.2 y 49 CE. Por su parte, la última de las Sentencias citadas, a la que ya se hizo referencia en el capítulo primero, considera que la exoneración a un estudiante universitario con discapacidad de los requisitos académicos exigidos para obtener una beca constituye un ajuste razonable, que debe ser aplicado por los poderes públicos en virtud de las disposiciones de la Convención, con el fin de garantizar la no discriminación de las personas con discapacidad en su derecho a acceder a la educación superior; ajuste que —señala el Tribunal— resulta “especialmente pertinente en el supuesto enjuiciado, por cuanto de la documentación unida al expediente administrativo y a las actuaciones judiciales, se desprende que el recurrente padece una grave discapacidad neurológica (minusvalía del 76 %), que le genera fuertes dolores de cabeza casi diarios, a veces acompañados de sueño prolongado, discapacidad que le inhabilita para seguir el régimen académico ordinario, y consecuentemente, para cumplir los requisitos académicos exigidos al resto de los alumnos con carácter general para la obtención de la beca” (fundamento jurídico 2º). De la lectura conjunta de estas tres Sentencias se desprende, pues, que, en virtud del artículo 27 CE, son obligatorias para los poderes públicos todas las medidas que se precisen para lograr que las personas con discapacidad reciban una educación adecuada, en igualdad de condiciones con las demás, cualquiera que sea su exacta naturaleza jurídica.



Dado que el mandato de accesibilidad universal es una consecuencia inmediata del artículo 14 CE, pues la ausencia de accesibilidad supone una desigualdad de trato en perjuicio de las personas con discapacidad, que –en el ámbito que estamos tratando en este capítulo– impide además el disfrute del derecho a la educación, ha de entenderse que las medidas de accesibilidad resultarán siempre obligatorias y, por ende, jurídicamente exigibles. En cambio, el límite de la exigibilidad de los ajustes razonables, expresamente establecido por el artículo 2 CDPD, radica en que constituyan una carga desproporcionada o excesiva, límite que debe entenderse aplicable *a fortiori* a los apoyos personalizados. No obstante, en la aplicación del test de proporcionalidad para discernir si tales actuaciones representan una carga excesiva, siempre que tales medidas incidan de manera significativa en el ejercicio del derecho fundamental a la educación no podrá considerarse particularmente relevante el coste económico del apoyo o ajuste, que normalmente no podrá ser un motivo suficiente para su denegación.

Por lo demás, este es otro de los aspectos en que la legislación educativa española precisa una reforma para adaptarla a la Convención (y a la Constitución española), como han mostrado María José Alonso e Inés de Araoz. Hoy el artículo 18.2 LGDPD ha incorporado al sistema educativo público el concepto de “ajuste razonable”, al establecer la obligación de las Administraciones educativas de prestar “atención a la diversidad de necesidades educativas del alumnado con discapacidad, mediante la regulación de apoyos y ajustes razonables para la atención de quienes precisen una atención especial de aprendizaje o de inclusión”. Pero la realidad es que las disposiciones reglamentarias que regulan las medidas de apoyo y adaptación las limitan en función de criterios numéricos, es decir, teniendo en cuenta el número de alumnos con necesidades educativas especiales que existan en cada centro educativo, en lugar de considerar su necesidad para cada persona con discapacidad de forma individualizada, como exigen los apartados c) y e) del artículo 24.2 CDPD²⁶.

²⁶ Cfr. ALONSO PARREÑO, María José – ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés de, *El impacto de la Convención Internacional...*, cit., págs. 171-178.



5. RECAPITULACIÓN.

La argumentación expuesta a lo largo de este capítulo permite concluir, en suma, que la respuesta al interrogante planteado al comienzo del mismo ha de ser afirmativa: el derecho fundamental a la educación reconocido por el artículo 27 CE incluye el derecho de las niñas y niños con discapacidad a una educación inclusiva. Las consecuencias que se derivan de este derecho son, básicamente, las siguientes:

1) En tanto existan en España dos sistemas paralelos para la educación de las niñas y niños con discapacidad –educación especial y educación ordinaria–, la elección entre la escolarización en uno u otro tipo de centros ha de corresponder a los padres.

2) El sistema educativo público ha de encaminarse, sin embargo, a la meta de un único modelo educativo –la educación inclusiva–, y por lo tanto a la desaparición de la educación especial, habida cuenta de que aquel es el modelo más idóneo para que las personas con discapacidad puedan desarrollar plena y libremente su personalidad, que es la finalidad que asigna la Constitución al proceso educativo.

3) Las Administraciones Públicas están obligadas a adoptar los ajustes y medidas de apoyo precisas para garantizar a las personas con discapacidad una educación adecuada, siempre que no representen una carga excesiva o desproporcionada.

4) Finalmente, debe considerarse, con todo, que la educación separada de personas con discapacidad no es intrínsecamente discriminatoria, por lo que en su caso podrán continuar existiendo centros de educación especial de titularidad privada, sin que haya tampoco obstáculo constitucional alguno a su financiación con fondos públicos.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, Benito, “El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86 (2009), págs. 31-64.

ALONSO LÓPEZ, Fernando, “Los ejes determinantes de las políticas de igualdad de oportunidades. La accesibilidad universal y el diseño para todos”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo - DE LORENZO, Rafael (eds.), *Tratado sobre Discapacidad*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 1209-1234.

ALONSO PARREÑO, María José, *Los derechos del niño con discapacidad en España*, prólogo de A. Carrasco, Madrid, Cinca, 2008.

ALONSO PARREÑO, María José – ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés de, *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación educativa española*, Madrid, Cinca, 2011.

AMOR PAN, José Ramón, “Informar no es persuadir ni mucho menos manipular: la opción del aborto eugenésico”, en *Revista española de información e investigación sobre el Síndrome de Down*, 26 (2009), págs. 16-25.



ARA PINILLA, Ignacio, *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*, Madrid, Dykinson, 2013.

ARAGÓN REYES, Manuel, “Derecho de sufragio: principio y función”, en Varios, *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, México, FCE, 2ª ed., 2007, págs. 162-177.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, “Sufragio y discapacidad”, en Varios, *Colectivos con dificultades para el ejercicio del derecho de sufragio*, Madrid, Dykinson – Ministerio del Interior, 2003, págs. 83-104.

ASTUDILLO POLO, Francisco José, “El derecho a la integridad física y la esterilización de las personas discapaces”, en *Derechos y libertades*, 4 (1995), págs. 513-520.

BARIFFI, Francisco José, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, prólogo de F. Mariño y presentación de J. M. Fernández, Madrid, Cinca, 2014.

BECK, Malcolm, “Eugenic abortion: an ethical critique”, en *Canadian Medical Association Journal*, 143 (1990), págs. 181-186.

BUCKLEY, Frank – BUCKLEY, Sue, “Muertes injustas, vidas legítimas: el diagnóstico prenatal para el síndrome de Down”, en *Revista española de información e investigación sobre el Síndrome de Down*, 25 (2008), págs. 138-148.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *et al.*, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 2003.

BALLESTEROS LLOMPART, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989.



CALVO CHARRO, María, “El tratamiento de la igualdad y la reforma de la enseñanza diferenciada en la LOMCE”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen (dir.), *Claves de la reforma educativa. A propósito de la nueva Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa*, Madrid, Colex, 2015, págs. 153-193.

-, “La ideología de género en la escuela: el respeto a la masculinidad y feminidad”, en *Transatlántica de Educación*, 6 (2009), págs. 128-137.

CAMPOY, Ignacio, “El reflejo de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, en *Universitas*, 1 (2004-2005), págs. 73-98.

CARDONA LLORENS, Jorge – SANJOSÉ GIL, Amparo, “Un cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en FERRER, Jaume – SANZ, Susana (eds.), *Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho internacional y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 163-204.

CERDÁ, Carmen, “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 50-51 (2005), págs. 193-218.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2008*, Madrid, Cinca, 2009.

-, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2009*, Madrid, Cinca, 2010.

-, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2011*, Madrid, Cinca, 2012.



- , *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2012*, Madrid, Cinca, 2013.
- , *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2014*, Madrid, Cinca, 2015.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- CROSSO, Camila, “El derecho a la educación de personas con discapacidad: impulsando el concepto de educación inclusiva”, en *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, 4 (2010), págs. 79-95.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, prólogo de R. de Asís, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares-Defensor del Pueblo, 2012.
- DAVIS, Alison, “A disabled person’s perspective on eugenic abortion”, en *Papers of the Society for the Protection of Unborn Children*, 2003, págs. 1-8.
- DE ASÍS, Rafael, *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013.
- DE ASÍS, Rafael – BARIFFI, Francisco – PALACIOS, Agustina, “Principios éticos y fundamentos jurídicos”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo – DE LORENZO, Rafael (eds.), *Tratado sobre Discapacidad*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 83-113.
- DE ASÍS, Rafael – CAMPOY, Ignacio – BENGOCHEA, María, “Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo – DE LORENZO, Rafael (eds.), *Tratado sobre Discapacidad*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 115-141.



DE DOMINGO, Tomás, “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad”, en *Persona y Derecho*, 56 (2007), págs. 245-280.

-, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, estudio preliminar de A. L. Martínez-Pujalte,
Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Carmen, “Diagnóstico prenatal e información a los padres”, en *Cuadernos de Bioética*, 20 (2009), págs. 423-440.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael, *El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y discapacidad*,
Madrid, Fundación ONCE, 2003.

-, “La Convención, un desafío inaplazable”, en ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (dir.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*,
Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 25-56.

DEPARTMENT OF SCIENCE AND EDUCATION, *Inclusion of Students with Special Educational Needs*, Gobierno de Irlanda, Dublín, 2007.

DÍAZ ALABART, Silvia, “El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista”, en *Revista de Derecho Privado*, 96 (I-2012), págs. 3-24.

ECHEÍTA SARRIONANDÍA, Gerardo – SANDOVAL MENA, Marta, “Educación inclusiva o educación sin exclusiones”, en *Revista de Educación*, 327 (2002), págs. 31-48.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *The right to political participation for persons with disabilities: human rights indicators*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2014.



FERNÁNDEZ MIRANDA, Alfonso, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Madrid, CEURA, 1988.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.

FLÓREZ, Jesús, “Diagnóstico prenatal del Síndrome de Down y aborto voluntario”, en *Revista española de información e investigación sobre el Síndrome de Down*, 24 (2007), págs. 71-79.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*, prólogo de L. López Guerra, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-13 (2014), págs. 1-38.

GARTNER, Alan – KERZNER LIPSKI, Dorothy, “Educación inclusiva en los Estados Unidos”, en *Revista de Educación*, 327 (2002), págs. 107-121.

GIESEN, Ivo, “The use and influence of Comparative Law in wrongful life cases”, en *Utrecht Law Review*, 8 (2012), págs. 35-54.

GIMÉNEZ GLUCK, David, “El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009, págs. 223-243.

HENNINGER, William R. – KUPTA, Sarika S., “How Do Children Benefit from Inclusion”, en Varios, *First Steps to Preschool Inclusion*, Baltimore, Brookes, 2014, págs. 33-57.



- HENSEL, Wendy, “The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions”, en *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 40 (2005), págs. 141-195.
- HOCUTT, Anne M., “Special Education: Is Placement the Critical Factor”, en *The Future of Children*, 6 (1996), págs. 77-102.
- JIMÉNEZ LARA, Antonio, “Conceptos y tipologías de la discapacidad”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo – DE LORENZO, Rafael (eds.), *Tratado sobre Discapacidad*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 177-205.
- JUNCOSA, Artur, “El diagnóstico prenatal: problemática ética”, en *Anuario Filosófico*, 27 (1994), págs. 103-115.
- KINGSLEY, Jean-Pierre, “El ejercicio de los derechos de voto y elegibilidad de las personas con discapacidad: el modelo canadiense”, en Varios, *Colectivos con dificultades para el ejercicio del derecho de sufragio*, Madrid, Dykinson – Ministerio del Interior, 2003, págs. 191-206.
- KORENROMP, Marijke J., et al., “Decisión materna de terminar el embarazo tras el diagnóstico de Síndrome de Down”, en *Revista española de información e investigación sobre el Síndrome de Down*, 24 (2007), págs. 161-163.
- LEMA AÑÓN, Carlos, “Educación y discapacidad”, en CUENCA GÓMEZ, Patricia (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2010, págs. 371-411.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, et al., *Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2000.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia, “Avances de la medicina perinatal y la creciente intolerancia a la discapacidad”, en *Cuadernos de Bioética*, 23 (2012), págs. 529-564.



LORNA, Idol, “Toward Inclusion of Special Education Students in General Education”, en *Remedial and Special Education*, 27-2 (Marzo-Abril 2006), págs. 77-94.

MACIÁ MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos conceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, prólogo de J. M. Miquel, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo - DE OTTO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona”, en Varios, *Justicia, paz y solidaridad. Estudios en recuerdo del Profesor José María Rojo Sanz*, vol. I, Quiles, Valencia, 1995, págs. 263-283.

-, “Hacia un concepto constitucional de persona”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 11-12 (1995), págs. 135-153.

-, “El art. 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales”, en *Revista de las Cortes Generales*, 40 (1997), págs. 111-128.

-, “Las políticas de servicios sociales para las personas con discapacidad: principios rectores y marco jurídico”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo – DE LORENZO, Rafael (eds.), *Tratado sobre Discapacidad*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 1261-1286.

-, “Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009, págs. 245-268.



-, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de A. Ollero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis – DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Granada, Comares, 2011.

McCABE, Linda – McCABE, Edgard, “Síndrome de Down: coacción y eugenesia”, en *Revista española de información e investigación sobre el Síndrome de Down*, 28 (2011), págs. 111-117.

NUEVO LÓPEZ, Pablo, *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, prólogo de C. Vidal Prado, La Coruña, Netbiblo, 2009.

OLLERO TASSARA, Andrés, “Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?”, en MASSINI, Carlos – SERNA, Pedro (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, EUNSA, 1998, págs. 251-268.

-, “Política legislativa”, en ROMEO CASABONA, Carlos (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, vol. II, Granada, Comares, 2011, págs. 1278-1284.

PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.

-, “¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad es contrario a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa*, Madrid, Cinca, 2010, págs. 577-587.



PELÁEZ NARVÁEZ, Ana, *Maternidad y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2009.

PÉREZ BUENO, Luis Cayo, “La capacidad jurídica a la luz de la Convención. Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa*, Madrid, Cinca, 2010, págs. 147-163.

-, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), 2003-2012: *Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, Cinca, 2012, págs. 159-183.

-, *El desmantelamiento de la discapacidad y otros escritos vacilantes*, Barcelona, El Cobre, 2004.

REDONDO, Ana María, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria*, prólogo de P. Biglino, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

RODRÍGUEZ MARTÍN, Esteban, “La extensión de la eugenesia en el ámbito sanitario español a través del diagnóstico prenatal”, en *Cuadernos de Bioética*, 23 (2012), págs. 53-70.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho Constitucional*, Madrid, Dykinson, 2ª ed., 2010.

SASTRE CAMPO, Ana, “La legislación y las políticas públicas desde la perspectiva de la Convención”, en ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (dir.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 83-90.

SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, prólogo de A. López Moreno, Madrid, Dykinson-Universidade da Coruña, 1998.



- SERNA, Pedro, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo”, en MASSINI, Carlos – SERNA, Pedro (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, EUNSA, 1998, págs. 23-79.
- , “La dignidad humana en la Constitución europea”, en GARRIDO MAYOL, Vicente – ÁLVAREZ CONDE, Enrique (eds.), *Comentarios a la Constitución europea*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 193-239.
- SCHRINER, Kay – OCHS, Lisa – SHIELDS, Todd, “Democratic dilemmas: notes on the ADA and voting rights of people with cognitive and emotional impairments”, en *Berkeley Journal of Employment and Labour Law*, 21 (2014), págs. 437-470.
- SKOTKO, Brian, “Diagnóstico prenatal de síndrome de Down: reflexiones de madres que decidieron mantener el embarazo”, en *Revista española de información e investigación sobre el Síndrome de Down*, 22 (2005), págs. 53-57.
- SUBIRÁTS, Marina, “Coeducación o escuela segregada: un viejo y persistente debate”, en *Revista de la Asociación de Sociología de la Educación*, 3 (2010), págs. 143-158.
- VALERO SANCHÍS, Vicente, *Informe sobre la accesibilidad de los locales electorales: Elecciones 2015*, Valencia, Instituto para la Promoción de la Vida Independiente, 2015.
- VICANDI MARTÍNEZ, Aránzazu, “El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente”, en *Revista de Empresa, Derecho y Sociedad*, 3 (2013), págs. 40-59.

Otros títulos de la colección Convención ONU

HACIA UNA ÚNICA CATALOGACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES –LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO DERECHOS FUNDAMENTALES–

Autor: Fernando Pindado García

592 páginas. ISBN: 978-84-15305-94-1

20 € IVA incluido

DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD

Informe España 2014

284 páginas. ISBN: 978-84-15305-91-0

16 € IVA incluido

EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Autor: Francisco José Bariffi

520 páginas. ISBN: 978-84-15305-76-7

28 € IVA incluido

DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD

Informe España 2013

224 páginas. ISBN: 978-84-15305-74-3

18 € IVA incluido

DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD

Informe España 2012

224 páginas. ISBN: 978-84-15305-55-2

20 € IVA incluido

DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD

Informe España 2011

136 páginas. ISBN: 978-84-15305-29-3

18 € IVA incluido

PROPUESTAS DE MEJORA DEL MARCO NORMATIVO DE LOS MENORES CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

La necesaria reforma de la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor y normas complementarias de acuerdo con la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad

Autora: María José Alonso Parreño

84 páginas. ISBN: 978-84-15305-00-2

12 € IVA incluido

EL IMPACTO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEGISLACION EDUCATIVA ESPAÑOLA

Autoras: María José Alonso Parreño e Inés de Araoz Sánchez-Dopico

224 páginas. ISBN: 978-84-96889-93-4

20 € IVA incluido

