

INTRODUCCIÓN

PEDRO CRUZ VILLALÓN

*Catedrático emérito de Derecho constitucional
Universidad Autónoma de Madrid*

I. CONSIDERACIÓN PREVIA

El Informe 2025 del Observatorio de Derechos Humanos de la Fundación Profesor Uría se sitúa bajo el signo de la *discapacidad* como el término hoy internacionalmente generalizado para designar la condición de quienes se encuentran en una posición de desventaja en sociedad en razón de características personales propias de índole diversa¹. Solo por excepción, su última parte trata la situación de los pacientes de enfermedades raras o minoritarias².

Esta orientación del Informe es particularmente oportuna en un momento en el que la tan costosa reforma del artículo que la Constitución dedica a las personas con discapacidad da sus primeros pasos³. Bien es verdad que el

1 «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 1, párr. 2 de la «Convención de Nueva York», *vid. infra* n. 5).

2 Ambos términos son utilizados indistintamente en el lenguaje usual, con predominio del primero en el lenguaje técnico. Aquí me serviré conjuntamente de ambos.

3 Art. 49.1. CE: «Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial necesaria para su ejercicio. – 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y de los menores con discapacidad. Reforma del artículo 49 de la constitución, de 15 de febrero de 2024».

nuevo artículo 49 CE no ha cambiado la sustancia del antiguo⁴. Más bien se ha tratado de una modernización de su lenguaje, no tanto de su intención ni de sus mandatos. Hay ante todo una sustitución de las diversas categorías de los anteriormente llamados *disminuidos* por una referencia genérica a las personas con discapacidad, a fin de adaptarnos al término que finalmente se ha impuesto. De esta manera, *discapacidad* y *personas con discapacidad* han recibido un significado autónomo que, para empezar, no necesita especificaciones o enumeraciones, siempre arriesgadas. No es este el lugar para entrar en un comentario detenido de esta reforma del art. 49 CE: baste ahora decir que ha tenido la virtud de reforzar la visibilidad de esta relevante cuestión.

En toda esta materia ha resultado crucial la entrada en vigor en nuestro ordenamiento de la *Convención de las Naciones Unidas de Derechos de las Personas Discapacitadas* (en adelante, «la Convención», o «CDPD»)⁵. Por apuntar algunos extremos que han sido tratados en este Informe, la derogación del instituto de la incapacitación, las garantías de las personas con discapacidad en el proceso penal o el objetivo transversal de la inclusión social son todas cuestiones que tienen específico arranque en esta norma internacional, parte integrante al mismo tiempo de nuestro ordenamiento.

Ahora la Constitución dice textualmente que *«las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas»*. Esta declaración, más allá de su formulación concreta, equivale a una interdicción de discriminación en el ejercicio de los derechos y libertades en razón de una discapacidad. Pero la referencia también a la «libertad» puede verse como expresión de la garantía de un contenido sustantivo de los distintos derechos que va más allá del postulado de «igualdad». El principio se proyecta sobre todo el Título I de la Constitución, siempre con el contenido normativo diferenciado que ostentan sus diversos capítulos.

Así las cosas, ante el considerable reto de introducir el presente Informe, he optado en esta ocasión por establecer algún tipo de diálogo con cada uno de los capítulos que lo integran. Ello ha requerido elaborar mi propio resumen, como si dijera, de cada uno de ellos, en la confianza de que se vieran aceptablemente reflejados en el resultado. Ha sido un trabajo por momentos

4 *«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 en el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos»*.

5 De 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, con entrada en vigor de manera general, comprendida España, el 3 de mayo de 2008 (también «Convención de Nueva York»).

laborioso desde el momento en que no partía de una mayor familiaridad con todo lo concerniente a las personas con discapacidad. La consecuencia, no del todo negativa, ha sido el acercamiento a las cuestiones suscitadas en el Informe con una mirada alejada de posicionamientos previos.

En fin, con el indicado propósito, en lo que sigue agruparé los temas tratados en el Informe de la siguiente manera. Bajo el epígrafe «Discapacidad y derechos de libertad» dedicaré una primera parte a los derechos a la personalidad jurídica (a), a la libertad personal, amén de las libertades de residencia y de movimiento (b), y a un proceso con todas las garantías en el marco de las pruebas testificales (c). A continuación, y bajo el epígrafe «Discapacidad e inclusión social», dedicaré una segunda parte a los supuestos de inclusión social tratados en el Informe: la inclusión educativa, comprendiendo tanto el derecho a la escolarización y permanencia en los centros como el acceso al correspondiente certificado o título (a), a la inclusión laboral (b) y, por fin, el derecho de acceso a residencias de las personas específicamente aquejadas de síndrome del espectro autista (TEA) (c). Finalmente, en una tercera parte («Derechos de los pacientes de enfermedades raras»), abordaré los problemas de las personas aquejadas de enfermedades raras o minoritarias, tanto en lo que se refiere a un tratamiento médico igual (a) como al reconocimiento de las pensiones de invalidez (b).

II. DISCAPACIDAD Y DERECHOS DE LIBERTAD

De las tres cuestiones incorporadas bajo este epígrafe, son las dos primeras las que plantean una problemática más básica y a la vez más compleja. Hay, en efecto, una estrecha relación entre los «institutos de ayuda» a las personas con grave deterioro de la capacidad cognitiva, tratados en el capítulo sexto del Informe, y las situaciones en las que se acuerda el internamiento, no expresamente consentido, de dichas personas (internamiento no voluntario), tratados en el capítulo séptimo. Considero que es la cuestión con diferencia más relevante de las tratadas esta vez, tanto cuantitativa como cualitativamente. En efecto, el número de personas en esta situación avanza en nuestro país de manera acelerada como consecuencia de factores demográficos de sobra conocidos, hasta el punto de afectar ya a un porcentaje apreciable de la población. De otra parte, los derechos fundamentales a los que nos estamos refiriendo son los más básicos: el principio general de libertad (libre desarrollo de la personalidad, alternativamente) y la libertad personal (junto a las vinculadas a esta última). Por definición, hay una desgraciada coincidencia entre las personas que sufren un deterioro cognoscitivo y las que no han podido participar en la decisión relativa a su internamiento en instituciones especializadas. El tercero de los temas aquí tratados concierne al derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de la jurisdicción penal en el contexto del derecho a un proceso con todas las garantías, siempre desde la perspectiva de la

víctima como persona discapacitada, singularmente donde concurre una grave degeneración cognitiva, con incidencia en el derecho a no sufrir padecimientos adicionales («revictimización» o «victimización secundaria»)⁶.

a) Discapacidad y derecho a la personalidad jurídica

«Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho [...] al reconocimiento de su personalidad jurídica» (art. 12.1 CDPD). De este modo, el derecho a la personalidad jurídica, como derecho esencial de toda persona, es así reafirmado en la Convención respecto de las personas con discapacidad, y ello *«en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida»*.

De esta proclamación arranca el tratamiento de toda la problemática desarrollada en el detallado capítulo sexto⁷. Se trata, por tanto, de las personas de edad avanzada aquejadas típicamente de una discapacidad consecuencia de un proceso de grave de degeneración cognitiva. A nivel interno, la Convención ha supuesto, como ya se ha adelantado, una desautorización de la «incapacitación» genéricamente concebida de estas personas, para, en su lugar, disponer la previsión de los «apoyos» individualizados que puedan estas personas necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (12.2 CDPD).

La rápida ratificación de la Convención no fue seguida con la misma celebridad en lo referente a las reformas legislativas que esta implicaba. Es así como nuestros jueces y tribunales han debido proceder desde un primer momento a una aplicación directa de la Convención con los instrumentos a su alcance y con la inevitable disparidad en las respuestas. Esencialmente, hubo que esperar a la entrada en vigor de la reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021, que introdujo señaladamente en él un Título XI expresivamente titulado «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica»⁸.

El Informe se ha ocupado detenidamente de la evolución normativa y jurisprudencial ocurrida en la materia desde la ratificación del Convenio. Ha dado cuenta de los hitos de la jurisprudencia y ha efectuado una serie de atinadas observaciones y recomendaciones que no es cuestión de repetir en esta sede. En relación con él, me limitaré a unas pocas observaciones de orden general, centrándome en aquellos apoyos previstos legalmente que, con vocación de excepción, se traducen en la sustitución de la voluntad de la persona afectada. En concreto, y dicho directamente, se trata de los supuestos en los que

6 Capítulo primero: «Derechos y garantías ante la jurisdicción de personas con discapacidad».

7 «Personas mayores con discapacidad o déficit de autonomía: Instituciones jurídicas de apoyo».

8 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El legislador actuaba así en

la curatela, como la institución hoy más caracterizada, va acompañada de funciones representativas o de sustitución de la voluntad, y no meramente de asistencia o acompañamiento, en el proceso de toma de decisiones por parte de la persona intelectualmente discapacitada.

Esta focalización de la materia es coherente con la posición preeminente que le otorgo en mi orden expositivo. En efecto, las injerencias legalmente previstas, por necesarias, en la autonomía de la voluntad afectan al núcleo último de la personalidad jurídica, lo cual nos lleva inevitablemente a abordar la cuestión desde una perspectiva constitucional.

La *Constitución*, a diferencia de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*⁹, no contiene una declaración expresa del derecho a la personalidad jurídica. Con independencia de ello, nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado la vigencia de este derecho en términos inequívocos. Así, en el FJ 5, párrafo 3 de la STC 174/2002 (con reiteración en sentencias posteriores: SSTC 7/2011, 34/2016, 31/2017) se comienza diciendo en términos que merecen ser íntegramente reproducidos:

«En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)».

El tribunal asume así lo consagrado en el art. 6 DUDH con la consecuencia de considerar que cualquier restricción de la capacidad de obrar repercute en la dignidad de la persona y derechos inherentes, así como en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). La cuestión que inmediatamente se plantea es la de cómo se introducen estos valores constitucionales básicos en la competencia jurisdiccional de amparo de derechos fundamentales que específicamente le corresponde. La continuación del referido párrafo 3 lo explica con nitidez:

«En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759

cumplimiento del mandato contenido en el inciso segundo del art. 49.1 CE, ya reproducido. Vid. n. 1.

9 Art. 6: *«Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica».*

LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al art. 24.2 CE».

Es así como la tutela constitucional de amparo del derecho a la personalidad jurídica tiene lugar *sub specie* derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). De este modo, la garantía del derecho a la personalidad se reconduce a la garantía del derecho a la intervención del juez y a la de las consecuentes garantías procesales. Así, y en hipótesis, una ley que confiriese la garantía de este derecho a una autoridad distinta de la judicial sería inconstitucional y nula.

Más allá de esto, entiendo que la cuestión del control de la propia actuación del juez en estos expedientes de jurisdicción voluntaria desde la perspectiva del contenido sustantivo del derecho (verbigracia, proporcionalidad de la medida acordada) correspondería a la jurisdicción ordinaria (a menos que la jurisdicción constitucional en casos extremos contemplase un supuesto de resolución judicial puramente arbitraria). Dicho de otro modo, no me parece que la jurisdicción constitucional de amparo se extienda de *lege lata* a la garantía del derecho de personalidad jurídica autónomamente considerado.

Por último, el control de constitucionalidad de la legislación que nos ocupa no se reduce a la garantía de la intervención judicial. Entiendo que una legislación que, en hipótesis, desatendiese las obligaciones básicas resultantes del CDPD y singularmente su art. 12 incurriría en inconstitucionalidad formal por vulneración de lo previsto en el art. 96.1. inciso 2.º CE, y así sería declarado por el Tribunal Constitucional¹⁰.

b) Discapacidad e ingreso no voluntario en residencias

En el marco siempre de los derechos de libertad, el Informe aborda la cuestión del internamiento en residencias especializadas de las personas aquejadas de deterioro cognitivo grave sin que para ello haya sido posible contar con la

¹⁰ Siempre en el deseable supuesto de que el Tribunal Constitucional abandonase la doctrina que viene sosteniendo desde 2018, relativa a un control de convencionalidad difuso de las leyes posteriores a una norma de Derecho internacional y en contradicción con esta, supuestamente como cuestiones ajenas a la Constitución (SSTC 140/2018, FJ 6, reiterado en 10/2019, 80/2019, 118/2019, 120/2021).

manifestación concorde de su voluntad¹¹. Como ya se ha hecho notar, esta situación se produce en la gran mayoría de los casos en personas de edad avanzada, en frecuente concurrencia con la afectación del ejercicio de su personalidad jurídica. En sociedades como la nuestra, ya se ha señalado, se trata de un fenómeno de alcance creciente que el Informe no deja de resaltar, no siendo siempre posible contar con el consentimiento de la persona afectada. Es el caso de este sector de la población el que en este capítulo del Informe aparece contemplado, con exclusión por tanto de los internamientos que tienen su base en trastornos específicamente psíquicos¹².

Lo primero que debe hacerse notar es que, a diferencia del derecho a la personalidad jurídica, ahora contamos con la consagración expresa en la Constitución del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), con el correlato de los derechos igualmente fundamentales a elegir lugar de residencia y a circular por el territorio nacional, así como el de entrar y salir de España (art. 19 CE). Esto se traduce, por de pronto, en una jurisprudencia constitucional, singularmente de amparo, que, a diferencia de nuevo de lo que ocurre con el derecho a la personalidad jurídica, no precisa presentarse *sub specie* derecho a la tutela judicial y a un proceso con las debidas garantías.

Aplicado a las personas con discapacidad, los arts. 17 y 19 CE deben integrarse con el contenido del art. 49 CE en lo relativo a la garantía de la igualdad en el ejercicio de estos derechos de libertad por parte de dichas personas. De algún modo, esta garantía así integrada en el Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución debiera pasar coherentemente al contenido normativo de derechos que se encuentran situados en el ámbito de las garantías previstas en el art. 53.2 CE (reserva de ley, respeto del contenido esencial) y, en su caso, en las del art. 53.1 (recurso de amparo constitucional)¹³.

Señalado lo anterior, el Convenio contiene a este respecto una declaración que no es posible pasar por alto. Su artículo 14 dice textualmente que los Estados asegurarán que «*la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad*»¹⁴. En este sentido, el Informe recoge en su nota

11 Capítulo 7. «Internamiento no voluntario de personas mayores».

12 Art. 763 LEC, sobre el que se volverá enseguida.

13 Nos llevaría lejos entrar en la cuestión de si la reforma del art. 49 CE, a la vista de lo indicado y en este extremo concreto, no hubiera debido llevarse a cabo mediante el procedimiento agravado de reforma de la Constitución (art. 168 CE).

14 Art. 14.1. CDPD: «*Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: [...] b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad*». Por su parte, el art 18.1 CDPD

95 cómo el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad había mostrado ya en 2019 su preocupación por el hecho de que «*el art. 763 de la Ley de enjuiciamiento Civil siga permitiendo que las personas con discapacidad psicossocial o intelectual sean objeto de internamiento no voluntario en instituciones en las que puedan resultar privadas de su libertad*». Como se verá enseguida, el citado precepto regula el internamiento, «*por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí*». Se apunta así a una situación que deberá ser abordada con todo cuidado en la futura reforma del citado art. 763 LEC. Hay aquí, en efecto, un llamamiento implícito a que el régimen de internamiento no pueda, en razón de sus características, llegar a ser calificado de privación de libertad. No es posible entrar aquí con el mínimo detenimiento exigido en un enfoque que pusiera el acento más en la perspectiva de las restricciones de los derechos del art. 19 CE, que no en los del art. 17 CE. Quizá esta consideración pudiera formar parte de la referida deliberación legislativa en curso respecto del art. 763 LEC¹⁵.

El Informe ha detectado dos tipos de problemas. Por una parte, el abuso en los ingresos con carácter de urgencia, no precedidos por tanto de intervención judicial, que no siempre tiene lugar con la inmediatez requerida. Por otra, la falta de claridad respecto del procedimiento a seguir a la hora de acordar estos internamientos. Es a este al que nos ceñiremos en esta ocasión.

«*A salvo lo legalmente dispuesto a efectos de internamiento*». Así reza el art. 287, 1.º del Código Civil, al regular los actos de sustitución del curador que requieren intervención judicial¹⁶. Pero podríamos preguntarnos qué es lo que en nuestro país se encuentra «*legalmente dispuesto a efectos de internamiento*». La respuesta, como se verá, no es sencilla. Para los internamientos de personas con grave degeneración cognitiva se había venido siguiendo el procedimiento previsto en el citado art. 763 LEC para las personas con «*trastorno psíquico*» en los establecimientos de salud mental, a falta de otro más específico¹⁷.

declara el derecho de las personas con discapacidad a la «*libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia [...] en igualdad de condiciones con las demás*».

15 *Vid. infra* n. 21.

16 «*El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes: 1.º Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales*».

17 Ver la STC 112/88, FJ 3, respecto de las garantías de estos supuestos de internamientos, doctrina extensible a los supuestos de discapacidad por grave degeneración cognitiva aquí planteados.

Sea para unas personas u otras y como recoge el Informe, es ya en la temprana fecha de 2001 cuando un juzgado de A Coruña plantea una cuestión de inconstitucionalidad específicamente basada en una insuficiencia de rango orgánico del citado artículo: en la medida en que su materia resultaría comprendida en la categoría de leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas. El Tribunal Constitucional se toma toda la primera década del siglo para responder al juez con un fallo de inconstitucionalidad sin nulidad ceñido a determinados pasajes del precepto¹⁸. No me consta de qué modo se satisfizo, en el ínterin, el derecho a la tutela judicial en las circunstancias del caso. Por su parte, el legislador se tomó otros cinco años para adoptar la sencillísima medida legislativa requerida¹⁹. Considero que todo esto es ya expresivo de una falta de sensibilidad de nuestros poderes públicos hacia este tipo de afectaciones a los derechos fundamentales.

La situación, como se desprende del Informe, es confusa. Por una parte, el Tribunal Constitucional, todavía antes de la citada Ley 8/2021, declaró que la vía procedente era el extinto proceso de incapacitación, y no el del art. 763 LEC. Ello habría de ser interpretado en el sentido de que, a partir de dicha Ley, procedería seguir el procedimiento de adopción de medidas judiciales de apoyo que ha venido a sustituir a la incapacitación. No obstante, en determinados casos, los órganos judiciales han venido dando preferencia al procedimiento del art. 763 LEC. Sea como sea, lo único claro es que la presencia del juez es en todo caso preceptiva.

La referida confusión normativa va a continuar al menos por algún tiempo. Como ya se ha apuntado y se refleja en el Informe, en la actualidad se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley de reforma de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad que, por lo que aquí interesa, se conforma con prever en su disposición adicional octava que el Gobierno elabore en el plazo de un año una amplia reforma del artículo 763 de la LEC²⁰.

18 STC 132/2010, que emplaza al legislador a que corrija la situación «a la mayor brevedad posible».

19 Mediante modificación de la disposición adicional primera LEC introducida por el art. 2.3 de la Ley 8/2015: «Disposición adicional primera. Carácter ordinario y Título competencial. 1. La presente ley es ordinaria a excepción de los artículos 763, 778 bis y 778 ter que tienen carácter orgánico y se dictan al amparo del artículo 81 de la Constitución».

20 Literalmente: «1. El Gobierno, en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el objeto de adaptar el procedimiento recogido en el mismo a lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Española y las recomendaciones a España del Comité

En conclusión, hay que convenir con el Informe en la urgencia de una normativa clara y suficientemente detallada, que en nuestro caso deberá adoptar la forma de ley orgánica. Hay que subrayar en este sentido la importancia que el TEDH tradicionalmente otorga a la «calidad» de la ley como parte de la reserva de ley en todo lo relativo a limitaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales²¹. La situación presente no puede ser, desde dicha perspectiva, más insatisfactoria.

c) Discapacidad y proceso penal: la prueba preconstituida

De nuevo conviene partir del Convenio. Su art. 13.1 declara el objetivo de que las personas discapacitadas gocen plenamente del derecho a la tutela judicial y a las garantías procesales si es preciso por medio de «ajustes de procedimiento», en lo que particularmente se comprende su «*declaración como testigos, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares*»²². Como se comprueba, este llamamiento a los necesarios ajustes de procedimiento tiene un alcance genérico, con independencia de lo cual el precepto menciona específicamente el caso de las «declaraciones como testigos» de las personas discapacitadas. El objetivo universalmente reconocido en esta materia es el de evitar la llamada revictimización o victimización secundaria de las personas con una discapacidad, que las hace necesitadas de una especial protección en el marco del ejercicio de la acción penal.

En definitiva, nos encontramos ante una materia muy concreta en el marco del artículo 13.1 CDPD: por una parte, por cuanto nos ceñimos a las personas discapacitadas en su eventual condición de víctima de un ilícito penal necesitada de especial protección; y, por otra parte, por cuanto la problemática tratada en este contexto es la de la configuración de la declaración, en un estadio temprano, de estas personas como prueba preconstituida.

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas en la revisión de España a los mandatos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». Ver en este sentido n. 95 del Informe.

- 21 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho Privado y Constitución*, 17 (2003), pp. 377-406. En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, P.: «Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley», *ibid*, pp. 147-168.
- 22 Art. 13.1 CDPD: «*Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares*».

El tema en cuestión ha encontrado atención específica en el Derecho de la UE, a la que se dedica la Directiva 2012/29²³, habiendo sido implementada esta, a su vez, en el ordenamiento interno por la vía de la Ley 4/2015²⁴. Es en este marco como el Informe dedica su detallado capítulo primero a esta problemática²⁵.

Más en concreto, el análisis se centra en las cuestiones que suscita el ajuste de procedimiento, en la terminología del Convenio, consistente en la previsión de la preconstitución de la prueba testifical en el caso de estas personas, con independencia de que su condición conste o no de manera formalizada²⁶.

El precepto clave a nivel interno es el recientemente introducido artículo 449 *ter* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁷. El citado artículo dispone que, en el caso de una serie de delitos tasados, la autoridad judicial acordará «en todo caso» la práctica de la audiencia (de la persona con discapacidad necesitada de especial protección) «*como prueba preconstituída, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral*». Tratándose de otros delitos habrá de estarse a lo que de manera general regula el art. 448 LeCrim²⁸.

El Informe destaca cómo el primero de los problemas que se plantea en orden temporal es el de la llamada *evaluación inicial* de la víctima necesitada

23 Directiva 2012/29, de 25 de octubre, del Parlamento y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delito. Ver en particular el considerando n.º 15 y los arts. 20, 22 y 23.

24 «Del Estatuto de la víctima del delito».

25 «El acceso a la justicia de las personas con discapacidad víctimas de delito».

26 Es de señalar que la preconstitución de la prueba testifical por mandato del legislador no aparece expresamente exigida en la Convención o en la Directiva. Ver, no obstante, el asunto Pupino (C- 105/03), anterior a la Directiva, punto 56: «*En estas circunstancias, la consecución de los objetivos perseguidos por las disposiciones anteriormente citadas de la Decisión marco exige que un órgano jurisdiccional nacional tenga la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba previsto en el Derecho de un Estado miembro y las formas particulares de declaración asimismo previstas, cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública*».

27 Concretamente como parte de la disposición final 1.ª de la Ley 8/2021, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

28 Hay que tener en cuenta que se trata de una regulación prevista indistintamente para menores y personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Con la peculiaridad de que, a lo largo de los apartados del artículo, su texto se limita a referirse sólo a los primeros. Es evidentemente un mero descuido, pero de algún modo pone en evidencia que el caso de las personas discapacitadas parece ir a rastras del de los menores de edad.

de especial protección, relativa esta a la eventual concurrencia de una discapacidad de orden mental en la persona señaladamente llamada a testificar en un proceso penal, de manera ordinaria en el curso del juicio oral, y específicamente en la condición de víctima. Pues no es necesario argumentar que no en todos los casos la discapacidad se muestra de manera evidente y manifiesta, singularmente cuando de una discapacidad mental se trata.

La evaluación inicial que podrá servir de fundamento a un «ajuste de procedimiento» legalmente previsto o de manera singular a la declaración de esta persona como testigo adquiere así una indudable relevancia. No debe olvidarse que toda esta materia se sitúa en el contexto más amplio del derecho a un proceso con todas las garantías de la persona acusada. Es aquí donde hacen su entrada las cuestiones relativas al momento de efectuar dicha evaluación y las garantías de las que deba estar rodeada, singularmente la colaboración de profesionales peritos en la materia. El Informe, como es la regla, presenta aquí la relevancia de la cuestión, pasa revista a la legislación y a la jurisprudencia y concluye con una serie de recomendaciones.

Desde la perspectiva constitucional que preferentemente estoy adoptando me limitaré a una única consideración. No es objeto de polémica que hay una serie de delitos respecto de cuya represión penal y por su propio carácter es imperativo evitar en todo lo humanamente posible la revictimización o victimización secundaria de la víctima del delito, y ello cualesquiera que sean sus circunstancias personales. Este es el objetivo esencial de la legislación referida. En este contexto, la urgencia se refuerza en los casos de las personas discapacitadas necesitadas de especial protección, así como el de los menores de edad, específicamente los menores de 14 años de acuerdo con nuestra legislación.

Mi consideración se desdobra en dos sencillas observaciones: la primera es que en toda esta materia es necesario no perder nunca de vista que nos situamos en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías, singularmente en el contexto de la jurisdicción penal. Ciertamente, también aquí se comprenden las garantías de quienes comparecen en condición de víctimas. Pero no menos cierto es que estas garantías se proyectan, casi diría que primordialmente, sobre una persona ciertamente acusada, pero siempre acreedora de la presunción de inocencia.

El Informe muestra con razón su inquietud ante una eventual interpretación desacertada de las declaraciones contenidas en recientes sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las cuales podrían ser leídas como relativizando el mandato del legislador de que, en el caso de determinados delitos, la prueba testifical de la víctima sea preconstituida, aun con todas las garantías

de contradicción, etcétera, legalmente previstas²⁹. Conuerdo con el Informe en que lo que estas sentencias, en un llamamiento a la prudencia, están sugiriendo no es tanto desvincularse del referido mandato cuanto el de hacerlo compatible, en muy determinadas circunstancias, con una comparecencia de la víctima dirigida a reforzar las notas inherentes al juicio oral.

Mi segunda observación se encuentra directamente conectada con la primera. Y es que, si bien la actual regulación no distingue entre menores de 14 años y personas discapacitadas necesitadas de especial protección, eso no quiere decir que, *de lege ferenda*, una regulación que distinguiera entre ambas condiciones personales no estuviera plena de sentido. Por la sencilla razón de que no es lo mismo, concretamente en punto a victimización secundaria. No siempre es equiparable el caso de la persona que padece una discapacidad de orden mental que la de un menor próximo a alcanzar los 14 años. Es de tener en cuenta que las sentencias en cuestión conciernen a víctimas menores de edad, sin que sus llamadas a la prudencia deban ser al cien por cien extensibles al supuesto de discapacidad mental.

III. DISCAPACIDAD E INCLUSIÓN SOCIAL

El Informe dedica varios capítulos al tratamiento de distintas vertientes del principio constitucional de «inclusión social», o casi mejor de «inclusión» sin más, siempre específicamente referido a las personas con discapacidad³⁰. Con toda intención hablo de «principio constitucional» porque considero que no es solo que la categoría le cuadre, sino que es la manera más adecuada de manejarla. Como principio constitucional conecta con el valor de dignidad de la persona y como pauta interpretativa de la prohibición de discriminación³¹.

El legislador español ha definido en abstracto este principio, en cuanto referido a las personas discapacitadas, como *«el principio en virtud del cual la sociedad promueve valores compartidos orientados al bien común y a la cohesión social, permitiendo que todas las personas con discapacidad tengan las oportunidades y recursos necesarios para participar plenamente en la vida política, económica, social, educativa,*

29 STS 588/23 y 285/24.

30 De las categorías de inclusión y exclusión se ha ocupado destacadamente la sociología en términos que exceden de este Informe. *Cfr.*, MASACAREÑO, A. y CARVAJAL, F.: «Los distintos rostros de la inclusión y exclusión», *Revista CEPAL*, 116, agosto 2015, pp. 131-146.

31 *Cfr.*, RODRÍGUEZ RUIZ, B.: «La interdicción de discriminación por denegación de ajustes razonables en la Ley 15/2022, Reflexiones sobre su alcance y posibilidades», en Irigoyen, A./Goizueta, J./Barrère, M. (dirs.), *La Ley 15/2022, de 12 de julio, para la igualdad de trato y la no discriminación. Aportaciones multidisciplinares y teórico-críticas*, Madrid, Dykinson, 2025, pp. 141-154.

laboral y cultural, y para disfrutar de unas condiciones de vida en igualdad con los demás»³².

El texto original del art. 49 CE anticipaba ya, si bien de manera débil, este principio al disponer que los poderes públicos llevasen a cabo una política de «integración» de estas personas³³. Hoy el enunciado del art. 49.1, inciso 2.º es más decidido: «Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen [...] la inclusión social de las personas con discapacidad». En línea con lo que ya vengo apuntando, esta inclusión del precepto en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución no implica que el mandato de inclusión reduzca de manera general su fuerza de obligar a la prevista en el art. 53.3 CE, debiendo estarse por el contrario a la respectiva eficacia normativa que resulta del art. 53 en sus tres apartados.

De manera general, entiendo que el mandato de inclusión implica que la legislación relativa al desarrollo de todos los derechos y libertades deberá incorporar una «perspectiva de inclusión social», se entiende siempre que por su propia naturaleza dicha perspectiva posea sentido. Esto llevaría a demandar del legislador, como repetidamente se hace en el Informe, la previsión de disposiciones suficientemente precisas en lo que se refiere a la inclusión de las personas discapacitadas en el goce de los distintos derechos en los que esta perspectiva específicamente tenga sentido. Enseguida habrá ocasión de verlo.

a) Derecho a la educación inclusiva de menores y jóvenes con discapacidad

La noción de inclusión social ha encontrado un ámbito caracterizado de aplicación en el derecho fundamental a la educación³⁴. Hablamos así en este sentido de «derecho a una educación inclusiva» o, en sentido objetivo, de mandato dirigido a la «inclusión educativa». El Informe trata la materia en sus ca-

32 Art. 2 («Definiciones») del Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad (R.D.L. 1/2013). Sobre la discriminación por indiferenciación, cfr., Cobreros Mendazona, E., «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, 71-114.

33 Cfr. en fecha temprana, *Ley 13/82, de integración social de minusválidos*. A notar que esta ley se encuentra derogada por la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad. Ello a pesar de la alteración que efectúa en el nombre de aquella, seguramente por políticamente incorrecto: *Ley 13/82, de integración social de personas con discapacidad*.

34 De particular interés, y también más allá del supuesto enunciado en su título, RODRÍGUEZ RUIZ, B.: «Educación y residencia en la Frontera Sur: El caso de Ceuta y Melilla», en Castaño, A./El Mouden, M., *Sin garantías. Menores y jóvenes migrantes en la Frontera Sur de Europa*. Tres Cantos, Akal, 2025, pp. 258-276.

pítulos segundo y tercero, cuyo comentario puede ser agrupado sin dificultad en este apartado³⁵.

El artículo 27 CE comienza reconociendo en el primero de sus apartados el derecho a la educación a «todos», lo que ya apunta a la voluntad de no dejar a nadie fuera del goce de este derecho. Del mismo modo, cabría sostener que el segundo de sus apartados, al disponer que la educación tenga por objeto, en abstracto, «*el pleno desarrollo de la personalidad humana*», está sugiriendo una orientación de la educación adaptada a las distintas manifestaciones de la personalidad. De esta manera, se desprende con naturalidad que el mandato del artículo 49 CE, que dota de igual alcance de los derechos y libertades en el caso de las personas discapacitadas, encuentre particular vigencia en el caso del derecho a la educación. La inclusión no sería, pues, tanto un derecho referencial, en forma de no discriminación, cuanto un derecho de contenido sustantivo, es decir, en sí mismo considerado.

El art. 24 del Convenio regula por extenso el derecho a la educación de las personas discapacitadas. Su apartado primero propugna «un sistema de educación inclusivo», siendo de particular relevancia la exigencia dirigida a los Estados de que «*se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales*»³⁶. Es conveniente citar el siguiente párrafo del art. 2 CDPD («Definiciones»), con proyección en todo el Convenio: «*Por «ajustes razonables» se entenderán 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*». Previamente, el mismo artículo, al definir lo que debe entenderse por discriminación por motivos de discapacidad, concluye declarando que quedan comprendidas «*todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*».

35 Capítulo segundo: «Derecho a la educación inclusiva de niños con discapacidad, con especial atención a niños con trastorno del espectro autista (TEA): Escolarización, medidas de apoyo y procesos de exclusión educativa»; Capítulo tercero: «Límites al derecho a la educación inclusiva del alumnado con discapacidad. Obtención de la titulación mediante un currículo adaptado a las necesidades espaciales».

36 «1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida [...] c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales» (subrayados míos). Por lo demás, es claro el paralelismo entre estos «ajustes razonables» con los ya mencionados «ajustes de procedimiento», referidos al acceso a la justicia (art. 13.1 CDPD).

A nivel interno, el art. 6.3.e) de la Ley Orgánica 8/1985, de Educación reconoce el derecho de los alumnos a «una educación inclusiva y de calidad», sin ofrecer una definición de lo que específicamente por educación inclusiva deba entenderse³⁷. Sí contiene una descripción de lo que se entiende por *alumnado con necesidades educativas especiales*. Se trata de una enumeración de circunstancias variadas entre las que figuran las necesidades «derivadas de discapacidad» (art. 73.1 Ley Orgánica de Educación 2/2006). Por tanto, la educación inclusiva ciertamente comprende la de los alumnos con discapacidad, si bien abarca otros supuestos, verbigracia, los de aquellos con altas capacidades intelectuales (art. 71.2 Ley Orgánica de Educación 2/2006). Cabe decir que, a fin de cuentas, por educación inclusiva debe entenderse el conjunto de medidas de diferente naturaleza destinadas a que las oportunidades de recibir una educación no se resientan por la circunstancia de tratarse, en nuestro caso, de personas jóvenes con discapacidad.

A partir de aquí me propongo dar un tratamiento sucesivo al derecho a la escolarización inclusiva, comprendido el derecho a la permanencia en el centro (a') y a lo que podríamos denominar derecho consecuente a la prolongación de la vigencia de las adaptaciones curriculares efectuadas durante los años de escolarización hasta el momento de su evaluación global al final del ciclo educativo correspondiente (b').

a') Derecho a la escolarización y permanencia en el centro

La perspectiva aquí adoptada es la de los escolares diagnosticados de trastorno del espectro autista o «TEA». Esta discapacidad aparece caracterizada por una extremada variedad en sus manifestaciones, lo que se traduce en que las peculiaridades de cada caso se erigen en un factor determinante de la respuesta a adoptar por las autoridades educativas. Como cabe imaginar, el núcleo de los problemas detectados se sitúa en la categoría de los *ajustes razonables* exigidos por el Convenio en los términos más arriba reproducidos. Como se verá, el término se repite en el caso de la inclusión laboral. Este criterio de la razonabilidad de los ajustes orientados a la inclusión en uno u otro ámbito es objeto de una descripción de su alcance general ya en el art. 2 CDPD. Pero hay que tener en cuenta que el lenguaje ahí utilizado remite a su vez a categorías necesitadas de concreción por parte de las Administraciones públicas y de los responsables de los centros educativos, bajo el control último de la justicia: necesidad, adecuación, proporcionalidad³⁸.

37 El art. 74.1 de la Ley orgánica 2/2006, de Educación enuncia un «principio de inclusión» («principios de normalización e inclusión»), dando en cierto modo por supuesto su contenido.

38 «Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso parti-

En este contexto, la Ley Orgánica de Educación formula la categoría de «*alumnado con necesidades especiales*», derivadas singularmente de «*discapacidad o de trastornos graves de conducta*» (art. 73.1). Para estos supuestos la ley posibilita la introducción de «*medidas de flexibilización*» de las distintas etapas educativas, de tal manera que la escolarización en centros de educación especial solo tenga lugar ante la insuficiencia de las anteriores medidas.

El análisis de la abundante jurisprudencia analizada en el Informe pone de manifiesto un primer grupo de problemas derivados de la impugnación por parte de los progenitores de la decisión de escolarizar en un centro especial. Las resoluciones centran el control de estas decisiones administrativas en el *grado de motivación* de estas, por tanto, en el control de la suficiente exteriorización de las razones que han llevado a la decisión. En este sentido destaca la sentencia del Tribunal Constitucional 10/2014. En ella, el tribunal da por suficiente la motivación de la decisión de escolarización en un centro especial, sin que ello alcance a la exigencia de una motivación que explicita las razones por las que el alumno no podría, con las adaptaciones pertinentes, ser escolarizado en un centro ordinario. Este último extremo es objeto de un voto particular suscrito por dos magistrados en el sentido de exigir una motivación expresa desde esta última perspectiva³⁹.

Respecto de la litigiosidad derivada de la negativa del centro a facilitar determinadas medidas de apoyo al alumno con discapacidad (particularmente, profesorado especializado), el Informe destaca una sentencia en sentido estimatorio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la que se constatan las carencias del centro educativo en consideración a estos alumnos⁴⁰. Es la tónica seguida por diversos Tribunales Superiores de Justicia, estimando los recursos dirigidos a la provisión de profesorado de educación especial en centros ordinarios.

Por último, cabe constatar la presencia de supuestos de exclusión. Son casos de especial complejidad en los que los centros educativos llevan a cabo actuaciones que se traducen en una expulsión de hecho del proceso educativo. Para ilustrarlo, el Informe cita un par de supuestos suficientemente expresivos. Así, el de un centro que había reclamado un tratamiento farmacológico del alumno, considerado contraindicado por la familia. O el de estimación de una exigencia de responsabilidad patrimonial por el comportamiento claramente negligente del centro educativo.

cular, 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».

39 STC 10/2014, de 27 de enero, votos particulares de los magistrados Ortega Álvarez y Xiol Ríos.

40 STS 3257/2011, de 9 de mayo.

Prescindiendo de estos últimos supuestos y en forma de consideración conclusiva, debe llamarse la atención, en línea con el Informe, sobre cómo los tribunales de justicia están extremando su control de la presencia de una motivación o justificación suficiente debidamente exteriorizadas antes que extender su control a la efectiva solidez de las apreciaciones formuladas por la Administración. No obstante, y por vía de excepción, hay justificaciones que no se consideran aceptables, como notablemente la falta de dotación presupuestaria.

b') Problemas del acceso a la titulación correspondiente a la etapa educativa cursada

Podría pensarse que la adaptación curricular efectuada en beneficio de los escolares con especiales necesidades encontraría su prolongación natural en el momento de una eventual fase de evaluación global. Puede ocurrir, en efecto, que un nivel educativo, sea la enseñanza primaria, la secundaria o la formación profesional, comprenda un control global final, que es el que finalmente conduce a la obtención del correspondiente certificado o título. El problema se presenta cuando un alumno que, en razón de una discapacidad, ha superado con éxito las distintas materias, si bien en régimen de adaptación curricular no supera ese control final por no haberse tomado en consideración dichas *adaptaciones curriculares* en función de las cuales fue superando los sucesivos controles hasta llegar a la evaluación global previa a la obtención del correspondiente título.

Este es el problema analizado en el capítulo tercero del Informe⁴¹, en el que se aboga decididamente por que el currículo adaptado constituya el criterio que debe regir para la evaluación final dirigida a la obtención del correspondiente título. El análisis se proyecta en particular sobre el criterio o principio de permanencia, en el sentido de hacer posible la continuación de la formación en ciclos superiores.

El estado de la cuestión aparece marcado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la modificación de la Ley Orgánica de Educación de 2020⁴². Con arreglo a dicha jurisprudencia, la superación de los cursos en régimen de adaptación curricular no conduciría sin más a la obtención del título, sino que ha de haberse alcanzado el conjunto de capacidades correspondientes, constatado en una evaluación final. Esta jurisprudencia se encontraría en entredicho desde la entrada en vigor del referido cambio legislativo. Con

41 «Límites al derecho a la educación inclusiva del alumnado con discapacidad. Obtención de la titulación mediante un currículo adaptado a las necesidades especiales». Más allá del referido problema, este capítulo debe ser leído de manera general como complemento del anterior.

42 STS 4558/2022.

arreglo al mismo, el art. 28.10 de la Ley Orgánica de Educación pasa a disponer en su primer inciso que *«los referentes de la evaluación, en el caso del alumnado con necesidades educativas especiales, serán los incluidos en las correspondientes adaptaciones del currículo, sin que este hecho pueda impedirles la promoción o titulación»*.

Esta especificación del legislador debe excluir cualquier falta de correspondencia entre las adaptaciones curriculares con arreglo a las cuales estos alumnos han ido superando los distintos cursos y aquellas con arreglo a las cuales se efectuará la evaluación que dará acceso al correspondiente título. Es en este sentido como el Informe aboga acertadamente por un principio de favorecimiento o preferencia orientado a facilitar la obtención del título. Esta orientación debería extenderse lógicamente también a las llamadas adaptaciones curriculares «significativas», es decir, las que abarquen la programación de contenidos o criterios de evaluación de cursos o ciclos anteriores.

b) Inclusión laboral

En línea de principio, podría decirse que la inclusión laboral constituye la prolongación natural de la inclusión educativa. No en balde una dimensión primordial de la educación es la preparación para una vida laboral activa, en definitiva, el acceso al mercado de trabajo. Ocurre, sin embargo, que la inclusión laboral se proyecta también y de manera muy relevante en la dimensión de permanencia en el puesto de trabajo.

Como en el ámbito de la educación inclusiva, la noción rectora es la de los *ajustes razonables* también recogida en el artículo 27 de la Convención: el mandato de que los Estados velen *«por que se realicen ajustes para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo»*. La Directiva 2000/78 (art. 5) contiene una descripción de esta noción, conectada al acceso, la participación y el progreso en el empleo, como las medidas *«adecuadas y necesarias»* en cada caso, bajo la reserva de que dichas medidas *«no supongan una carga excesiva para el empresario»*, en el bien entendido de que la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada suficientemente por la intervención pública. A nivel nacional, el art. 40.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad (en adelante, LGDPD) se expresa en muy similares términos.

El capítulo que el Informe dedica a esta materia analiza con detenimiento el específico problema de la adaptación de la jornada de trabajo. Se destaca cómo de *lege lata* la única previsión de adaptación de la jornada de trabajo concierne a los trabajadores que tienen a su cuidado directo personas con discapacidad, siempre con una reducción proporcional del trabajo, pero no así cuando la persona con discapacidad es el trabajador mismo. Han sido los tribunales, siguiendo la línea marcada por el Tribunal de Justicia de la UE, quienes han reconocido este derecho a los propios trabajadores en su condición

de personas con discapacidad⁴³. No obstante, los tribunales han debido incorporar a su análisis las repercusiones de estas medidas de adaptación de la jornada de trabajo en la organización de la empresa.

En general, en el ámbito de la inclusión laboral, me interesa especialmente llamar la atención, como hace el Informe, sobre la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2021 (STC 51/20021, de la Sala primera), que reconoce los derechos a no sufrir discriminación, en este caso por una discapacidad de orden mental (síndrome de Asperger), así como los derechos a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad. El contexto de estas vulneraciones constatadas es el de una discapacidad con repercusión en el rendimiento del trabajador, no tanto el de una específica reclamación de ajustes razonables en el puesto de trabajo. En mi criterio, la relevancia de esta sentencia supera con mucho el concreto ámbito de la inclusión laboral para proyectarse sobre la garantía de los derechos de las personas con discapacidad en su conjunto y, de manera primordial, sobre la prohibición de discriminación por discapacidad. Referido al caso, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral ve reconocido el acceso al recurso de amparo constitucional, con consecuencias sobre la carga de la prueba ante la invocación de indicios suficientes de discriminación.

c) Acceso a centros residenciales de los enfermos con TEA en la Comunidad Autónoma de Madrid

El Informe recupera la problemática específica de las personas con discapacidad que sufren trastorno del espectro autista (TEA), si bien de manera desligada del principio de inclusión tratado en los dos anteriores epígrafes⁴⁴. Se trata en este caso de la claramente insatisfactoria situación de estas personas en lo que se refiere a sus singulares necesidades de acceder a un puesto en una residencia adaptada a sus condiciones personales, ya sea sustentada por recursos públicos o privados. El Informe, a partir de un estudio de la situación en la Comunidad Autónoma de Madrid, ofrece un expresivo ejemplo de cómo se asume a nivel autonómico la competencia en esta sensible materia.

Debe señalarse desde el inicio que la Convención no es muy específica en materia de derecho de residencia, si bien se ocupa de él en los apartados a) y b) de su art. 19 («Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad»)⁴⁵. Por su parte, el art. 50 de la Ley General de derechos de las

43 Sentencia de 11 de abril de 2013, *HK Danmark* (Asuntos acumulados C-335 y 337/11).

44 Capítulo cuarto: «El acceso a centros residenciales por parte de personas con TEA en la Comunidad Autónoma de Madrid».

45 «a) Las personas con discapacidad (deben tener) la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a

personas discapacitadas («Contenido del derecho a la protección social») incluye entre los servicios sociales a prestar el «de residencias». Por su parte, el artículo 51, párrafo 7 especifica que *«los servicios de residencias [...] podrán ser promovidos por las administraciones públicas, por las propias personas con discapacidad y por sus familias, así como por sus organizaciones representativas»*, añadiendo seguidamente que *«en la promoción de residencias, centros de día y viviendas tuteladas, realizados por las propias personas con discapacidad y por sus familias, así como por sus organizaciones representativas, éstas gozarán de la protección prioritaria por parte de las administraciones públicas»*⁴⁶.

La disposición adicional primera de la LGDPD declara que se dicta sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, a las que por lo demás se hace referencia en diversos momentos de la ley. Es en este contexto como la Comunidad Autónoma de Madrid ha dado cuerpo al compromiso público de satisfacer las necesidades residenciales de las personas con TEA. El Informe ha llevado a cabo en este punto un análisis de las deficiencias de este servicio, que identifica en el funcionamiento decididamente mejorable del sistema de «lista de acceso única», en la falta de claridad respecto de la aplicación de los trámites de urgencia y emergencia, el problemático peso del argumento de la Administración relativo a la falta de presupuesto y en la falta de desarrollo de fórmulas de colaboración público-privada.

En conjunto, este capítulo del Informe ofrece un excelente ejemplo de la forma como, en la realidad de las cosas, se pasa de las proclamaciones genéricas del legislador a la efectiva satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad, en este las aquejadas de TEA. Es en definitiva este el reto de las Administraciones públicas, en este caso esencialmente el de las Comunidades Autónomas como primeras responsables de estos servicios.

IV. ENFERMEDADES MINORITARIAS (RARAS O POCO COMUNES)

Los dos últimos capítulos del Informe prestan atención a problemas específicos a los que deben enfrentarse las personas que sufren una enfermedad de las catalogadas como raras o poco comunes. Son, por así decir, males que se superponen a la frecuente dureza de estas enfermedades. Pero debe quedar claro que con ello el Informe abandona el espacio de las personas con discapacidad. La Convención contiene un artículo, el 25, bajo el epígrafe «Salud»,

vivir con arreglo a un sistema de vida específico; b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta».

46 Ver en este último sentido el art. 72 de la LGDPD.

pero sin contener especificación alguna respecto de este género de enfermedades. En suma, la circunstancia de que una enfermedad tenga el carácter aquí contemplado no lleva por sí sola a su consideración como discapacidad. Esta es la razón de que el Informe tome como punto de partida en la materia las declaraciones internacionales, europeas y nacionales relativas al derecho de todos a la salud.

Dos son los problemas aquí contemplados: el de las diferencias territoriales en su tratamiento, según las distintas Comunidades Autónomas⁴⁷, y el de las dificultades de estos pacientes para acceder la prestación de invalidez permanente⁴⁸.

a) La desigualdad territorial en lo relativo al cribado neonatal y el acceso a los fármacos

Centrándome directamente en la cuestión de la disparidad territorial en el acceso a los fármacos por parte de los pacientes con enfermedades raras o minoritarias, el Informe arranca de la constatación de que en nuestro sistema autonómico solo se encuentran uniformadas las *«bases y coordinación general de la sanidad»*, junto con la legislación de productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE), lo que supone la existencia de una pluralidad de administraciones sanitarias a lo largo del territorio nacional cuyas decisiones no siempre son coincidentes o absolutamente coordinadas. A partir de aquí es prácticamente inevitable que no haya una correspondencia exacta entre todos los territorios en lo que hace al nivel de las prestaciones en materia de salud.

Es sobre esta base como se plantea la cuestión del acceso a los fármacos en el caso particularmente delicado de aquellos que pueden resultar indicados en el caso de los padecimientos de enfermedades raras. Por su propia singularidad, estas enfermedades son de modo privilegiado objeto de una permanente labor de investigación, como resultado de la cual surgen nuevos fármacos, los cuales deben pasar por un proceso de confirmación de su eficacia, de su autorización por las autoridades sanitarias y, finalmente y en su caso, de prescripción a estos pacientes.

Cuando las autoridades sanitarias territoriales adoptan políticas dispares en lo que al acceso a estos medicamentos se refiere resulta prácticamente inevitable que quienes ven cerrado el acceso a dichos medicamentos en deter-

47 «Capítulo octavo: La desigualdad territorial en el diagnóstico y acceso a las prestaciones que sufren los pacientes de enfermedades minoritarias».

48 «Capítulo noveno: La problemática en el acceso a la prestación de incapacidad permanente por parte de los pacientes de enfermedades minoritarias».

minados territorios, a diferencia del caso de otros, vean esta situación prima facie como una discriminación de trato particularmente sangrante que no debiera estar permitida por la Constitución.

La cuestión de si este enfoque *relacional* del problema resulta en términos constitucionales el más correcto dista a mi juicio de estar clara. Para empezar, porque nada asegura que la política sanitaria de las Comunidades Autónomas, por así decir más permisivas, sea siempre la correcta. El Informe aboga con buenos argumentos por una desaparición de estas disparidades.

Ello exigiría, a mi juicio, la activación de las competencias estatales, ya sea de «bases» de la sanidad, ya sea de «coordinación general» de la misma. En principio, me inclino más por esta última, en cuanto se presta mejor a una situación como la descrita, en permanente cambio.

Menos me convence la línea de la Sentencia del Tribunal Supremo 264/2024, destacada en el Informe, identificando aquí una vulneración del principio de igualdad de trato. Ciertamente, es una respuesta comprensible, en ausencia de la apreciada ausencia de activación de las competencias estatales. No obstante, en términos de principio, considero que un enfoque en términos sustantivos, es decir, como vulneración directa del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) en conexión eventualmente con el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), me hubiera parecido más correcta. Un buen ejemplo sería la sentencia del TSJ de Galicia n.º 293/2013, citada destacadamente en el Informe, donde se declara una vulneración del art. 15 CE, a la vez que se ordena dispensar el fármaco en cuanto, por su «esencialidad», *«suponía la única opción terapéutica autorizada y homologada cuyo uso permitiría llevar una vida normal»*.

El capítulo concluye, entre otras, con dos propuestas que me parecen particularmente atinadas: la creación de una «red estatal de centros de referencia» que atienda a pacientes de todo el territorio, que entiendo debiera ser por vía de coordinación; y la facilitación a los pacientes de la carga de probar el estado de la cuestión en otras Comunidades Autónomas, a mi juicio, como indicio de que la administración del fármaco es perfectamente viable.

b) La dificultad en el acceso a la prestación de incapacidad permanente

La rigidez de la normativa reguladora de la concesión de la incapacidad permanente rebasa con mucho el problema específico de los pacientes con enfermedades raras o minoritarias. El Informe desarrolla en el último de sus capítulos un pormenorizado análisis tanto de esta normativa como de su interpretación y aplicación por los tribunales de justicia. Por lo que se refiere a la actuación de los tribunales, se pone el acento en algunos criterios de flexi-

bilización, singularmente el designado como «criterio humanizador». En este contexto, se destaca la toma en cuenta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de un *animus laborandi* a la hora de encarar una interpretación flexible del requisito de una trayectoria laboral continuada.

Sobre esta base, el Informe subraya las especiales dificultades con que se encuentran los pacientes de enfermedades raras o minoritarias a la hora de satisfacer los diferentes requisitos exigidos, como, notablemente, el de haber seguido el tratamiento médico prescrito. La valoración de conjunto insiste en la inevitable variedad de los casos, variedad que se agudiza en el caso de estas enfermedades y que se resisten a una catalogación previa. A fin de cuentas, todo esto se reconduce a una expectativa de que primero la Administración y, en definitiva, los tribunales operen con un factor de sensibilización a la hora de interpretar y aplicar una legislación que siempre podrá parecer insuficiente en su grado de detalle.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

A la hora de formular alguna consideración de cierre, resulta difícil no centrarla en las personas con discapacidad como sujetos o titulares, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades que la Constitución consagra. Como he venido señalando, es cierto que la atención a las personas con discapacidad sigue apareciendo formalmente en nuestro ordenamiento constitucional en el marco, normativamente debilitado (art. 53, apartado 3 CE), del Capítulo III del Título I de la Constitución («De los principios rectores de la actividad social y económica»). Ahora bien, esta radicación no debe inducir a engaño. Notablemente desde la ratificación por España de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su consecuente inclusión en el ordenamiento con la relevancia que le otorga el art. 10.2 CE, el enunciado «personas con discapacidad» ha pasado a integrar el alcance subjetivo de cada uno de los derechos y libertades del Título Primero de la Constitución, por más que con la diferente fuerza normativa que de los tres apartados del art. 53 CE resulta. Ahora bien, esto significa de manera muy particular que la fuerza del «mandato de equiparación» del art. 49 CE, cuando se proyecta sobre el principio de igualdad (art. 14) y sobre el Capítulo II («Derechos y libertades») del Título I, incorpora las garantías de reserva de ley y de respeto del contenido esencial (art. 53.1 CE), a lo que viene a sumarse la garantía de índole procesal del recurso de amparo constitucional cuando de los derechos declarados en los arts. 14 a 29 CE se trata (art. 53.2 CE). La sólida jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la inserción de la discapacidad entre las interdicciones de discriminación del art. 14 CE es paradigmático. El Informe ha puesto de manifiesto esta potencialidad del enunciado del art. 49 CE de manera elocuente.