

Respuestas al Cuestionario del Seminario de Jurisprudencia constitucional iberoamericana sobre protección de los derechos de las personas con discapacidad:

Juan Carlos Cabañas García

Coordinador y Ponente

Raquel Aguilera Izquierdo

Ponente

Letrados del Tribunal Constitucional de España

I.- Aspectos introductorios a la protección constitucional de las personas con discapacidad:

1. Normativa internacional aplicada en cada país.

A) Organización de las Naciones Unidas

La regulación de la discapacidad es un fenómeno común en la legislación de todos los países. Ello explica que se haya producido una proliferación de declaraciones, textos y otras disposiciones de carácter internacional de distinto alcance (regional, sectorial, mundial).

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. España ha ratificado tanto la Convención como el Protocolo (BOE de 21 de abril de 2008 y BOE de 22 de abril de 2008, respectivamente), incorporándose así a su derecho interno.

El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Son principios de la Convención:

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

b) La no discriminación;

- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre.
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

La Convención alude a una serie de derechos sustantivos, como el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al empleo, entre otros, pero dichos derechos son incluidos desde la perspectiva de la no discriminación. No se trata, por tanto, de crear nuevos derechos para las personas con discapacidad, sino de facilitar el ejercicio de dichos derechos en igualdad de condiciones con el resto de personas.

La Convención recoge una serie de disposiciones que tienen por objetivo que la Convención se aplique a nivel nacional: recopilación de datos y estadísticas sobre discapacidad (art. 31), cooperación internacional (art. 32), y aplicación y seguimiento nacionales (art. 33). A esto se añade el procedimiento habitual de seguimiento internacional que recogen los tratados de derechos humanos, esto es, el establecimiento de un órgano convencional de seguimiento internacional específico, denominado Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo conformación, funciones y procedimiento de trabajo se encuentran regulados por los arts. 34 a 39 de la Convención y el Protocolo Facultativo.

Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años, contados a partir de la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate. Posteriormente, los Estados Partes presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite.

En cumplimiento de tal obligación, España presentó al Comité su informe inicial el 3 de mayo de 2010. El Comité, en cumplimiento de su función fiscalizadora, planteó

una serie de objeciones que ponen en entredicho la adecuada aplicación de la Convención por parte de España y proyectan algunas sombras respecto del cumplimiento de los compromisos asumidos en cuanto al respeto y la promoción de los derechos de las personas con discapacidad. Así, el Comité constató que en España, como en la práctica totalidad de los Estados partes, la situación más delicada para las personas con discapacidad es la que sufren las mujeres, pues a los problemas derivados de su circunstancia se suma la desventaja de pertenecer a un colectivo de por sí muy susceptible a la discriminación y tradicionalmente víctima de un trato desigual. Sin perjuicio de ello, más adelante haremos alusión a otros ámbitos donde también se ha pronunciado la Comisión.

Por último, un aspecto destacable de la Convención lo constituye el hecho de que no solo está abierta a la participación de los Estados, sino también de organizaciones regionales de integración, lo que permitió su ratificación por la Unión Europea el 23 de diciembre de 2010, convirtiéndose de este modo en el primer tratado internacional sobre derechos humanos adoptado por las Naciones Unidas en el que es parte una organización internacional.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional, la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al ordenamiento jurídico español resulta especialmente trascendente si tenemos en cuenta que el art. 10.2 de la Constitución Española prevé que “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”. El art. 10.2 CE recoge, por tanto, un criterio interpretativo de los derechos fundamentales, de tal manera que los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española deberán ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. En este sentido, la STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4, en relación con la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a las personas con discapacidad, declara que, desde la perspectiva del art. 10.2 CE, cobra una especial relevancia la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que parte

como principio de “la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso” [preámbulo, letra j)].

B) El Consejo de Europa

La Unión Europea y el Consejo de Europa, que son las dos organizaciones internacionales más grandes del continente europeo, no sólo tienen una estructura superpuesta en cuanto a su composición, puesto que 27 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa son simultáneamente miembros de la Unión Europea¹, sino que además tienen objetivos comunes. Ambas organizaciones aspiran a lograr una mayor unidad entre los países de Europa a través del respeto de los valores compartidos de la democracia pluralista, el Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como a través de la cooperación paneuropea, para así promover la estabilidad democrática y la seguridad a la que aspiran las sociedades y ciudadanos europeos.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma 4 de noviembre de 1950; ratificado por España BOE de 10 de octubre de 1979) firmado por los Estados miembros del Consejo de Europa no contiene ninguna referencia expresa a la discapacidad pero en su art. 14 prohíbe expresamente la discriminación y señala que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Por lo que se refiere expresamente a las personas con discapacidad, debemos destacar la Recomendación Rec (2006) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la

¹ Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Suecia, Reino Unido, Grecia, Turquía, Islandia, Alemania, Austria, Chipre, Suiza, Malta, Portugal, España, Liechtenstein, San Marino, Finlandia, Hungría, Polonia, Bulgaria, Estonia, Lituania, Eslovenia, República Checa, Eslovaquia, Rumania, Andorra, Letonia, Albania, Moldavia, Macedonia, Ucrania, Rusia, Croacia, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Mónaco, Montenegro.

plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015.

El objetivo de este Plan ha sido incluir para la década señalada, los fines u objetivos del Consejo de Europa en materia de derechos del hombre, de no discriminación, de igualdad de oportunidades, de ciudadanía y de participación de pleno derecho de las personas con discapacidad en un marco europeo relativo a la discapacidad.

El Plan de Acción del Consejo de Europa para las personas con discapacidad ha cubierto todos los aspectos clave de la vida de las personas con discapacidad. Estos aspectos clave se reflejan debidamente en 15 líneas de acción que definen los objetivos clave y las acciones específicas que los Estados miembros deberían aplicar. Las líneas de acción se refieren a los siguientes temas: Participación en la vida política y pública; Participación en la vida cultural; Información y comunicación; Educación; Empleo, y orientación y formación profesionales; Entorno construido; Transportes; Vida en la sociedad; Asistencia sanitaria; Rehabilitación; Protección social; Protección jurídica; Protección contra la violencia y los abusos; Investigación y desarrollo; Sensibilización.

Mención especial merecen también la Recomendación Rec (2004) del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales, dirigida a la mejora de la protección de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas aquejadas de trastornos mentales, en particular de aquellas que sean objeto de internamiento o tratamiento involuntario. Y la Recomendación R (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados. El principio fundamental que sirve de base a la protección prevista en esta Recomendación es el respeto a la dignidad de cada persona en tanto que ser humano. Se trata así de establecer una serie de principios para proteger a las personas mayores. Los principios recogidos en la Recomendación se aplican a la protección de las personas mayores que, por causa de una alteración o de una insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de tomar decisiones, de forma autónoma, en lo que respecta a una cualquiera o al conjunto de las cuestiones relativas a su persona o a sus bienes, de comprenderlas, de explicarlas o de ponerlas en práctica y que, en consecuencia, no pueden proteger sus intereses.

C) Unión Europea

La Unión Europea y sus Estados miembros tienen un mandato muy sólido para mejorar la situación social y económica de las personas con discapacidad:

-De conformidad con el art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (de 7 de diciembre de 2000), “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. El art. 26 establece que “la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”. Asimismo, el art. 21 prohíbe toda discriminación por razón de discapacidad.

-El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea² señala que la Unión, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, tratará de luchar contra toda discriminación por razón de discapacidad (art. 10) y que podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo de discapacidad (art. 19).

- La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, aborda la discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, edad y orientación sexual. En materia de discapacidad, la Directiva 2000/78 representa un avance importante, ya que se insta a los Estados miembros para que dentro de sus ordenamientos internos establezcan un conjunto de respuestas a las discriminaciones que puedan padecer las personas con discapacidad. En esta Directiva se define el principio de igualdad de trato como ausencia de toda discriminación directa o indirecta y se establecen una serie de medidas para garantizar la igualdad de trato: algunas son de índole general y aplicables a cualquier forma de discriminación (acción positiva, defensa de derechos, carga de la prueba, protección contra las represalias); otras, en cambio, son específicas para las personas con discapacidad (la obligación de realizar ajustes razonables).

Conviene tener en cuenta que la Directiva es una disposición normativa de Derecho comunitario que vincula a los Estados de la Unión o, en su caso, al Estado

² Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de Diciembre de 2007, y en vigor desde el 1 de Diciembre de 2009.

destinatario en la consecución de resultados u objetivos concretos en un plazo determinado, dejando, sin embargo, a las autoridades internas competentes la debida elección de la forma y los medios adecuados a tal fin. La aplicación, por tanto, de la Directiva comunitaria por las autoridades nacionales requiere un proceso de trasposición de la Directiva al derecho interno o nacional. Así, el art. 288 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—, establece que la directiva comunitaria “obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Nada se dice, sin embargo, del efecto vinculante que tiene para los Estados la no transposición de ésta en el plazo marcado, o si lo hace de manera insuficiente o defectuosa. Esto último es obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha venido a señalar que, cuando el Estado no haya transpuesto una directiva en el Derecho nacional dentro de plazo o la haya transpuesto incorrectamente, los particulares sólo están legitimados para invocar en contra del Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales aquellas disposiciones de la directiva que, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas [por todas, ver, Sentencias de 8 de mayo de 2013, asunto *Marinov*, núm. C/142-2012 (apartado 37), y 7 de julio de 2016, asunto *Ambisig y AICP*, núm.C-46-2015 (apartado 16)].

Pues bien, la Directiva 2000/78/CE fue transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Esta norma introdujo importantes modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores y otras normas laborales. Entre ellas podemos destacar la previsión relativa a la obligación de los empresarios de “adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”.

-En el año 2006 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento 1107/2006 “*sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo*”, que constituye el primer texto de carácter vinculante centrado exclusivamente en la protección de los derechos de las personas con discapacidad. En efecto, los Reglamentos comunitarios tienen un alcance general, son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro, y cualquier particular puede reclamar su cumplimiento ante los tribunales nacionales.

Este Reglamento establece las normas de protección y asistencia de personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, tanto para protegerlas de la discriminación como para asegurar que reciban asistencia.

- Además de las actuaciones normativas que ya se han mencionado, en el seno de la Unión Europea se han ido desarrollando programas e iniciativas más concretas, con el objetivo, siempre, de intentar mejorar la situación de las personas con discapacidad. Entre los programas europeos dirigidos a las personas con discapacidad cabe destacar la “Estrategia sobre discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras”, cuyo objetivo general es “capacitar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación en la economía y la sociedad europeas, especialmente a través del mercado único”. La Estrategia se centra en la supresión de barreras e identifica ocho ámbitos primordiales de actuación: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior.

D) Otros organismos internacionales

Asimismo, al margen de la labor desarrollada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y de la normativa europea, existen otros organismos internacionales que han aprobado disposiciones específicas sobre discapacidad que resultan de aplicación en nuestro país, como es el caso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La actuación de la OIT se ha dirigido a la promoción del trabajo digno para los hombres y mujeres con discapacidad y a facilitar los medios necesarios para superar los obstáculos que impiden la plena participación de las personas con discapacidad en el mercado laboral. A este respecto, destacan el Convenio núm. 159 de

la OIT (1983) (personas inválidas), relativo a la rehabilitación profesional y el empleo de las personas con discapacidad (ratificado por España el 23 de noviembre de 1990) y la Recomendación núm. 168 (1983), complementaria del Convenio, y de otra la Recomendación núm. 99 de 1955, sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos.

A los efectos del Convenio núm. 159 OIT, se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida. Todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad. Por su parte la Recomendación núm. 168 señala que “las personas inválidas deberían disfrutar de igualdad de oportunidades y de trato en cuanto al acceso, la conservación y la promoción en un empleo que, siempre que sea posible, corresponda a su elección y a sus aptitudes individuales” y que “al prestar asistencia a las personas inválidas en materia de readaptación profesional y empleo, tendría que respetarse el principio de igualdad de oportunidades y de trato para trabajadores y trabajadoras”.

2. Constitución y principales leyes adoptadas en cada país.

A) Constitución española

De los derechos y principios recogidos en la Constitución Española de 1978 (CE), los que tienen mayor incidencia sobre la discapacidad son los siguientes:

-Art. 9.2: deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; de 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.

-Art. 10: reconocimiento de la dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes y del libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social.

-Art. 14: proclamación de la igualdad ante la ley y prohibición de toda forma de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

-Art. 49: ordena la realización de “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”. La Constitución española incluye así la protección de las personas con discapacidad dentro del catálogo de los principios rectores de la política social y económica. El desarrollo del mandato contenido en el art. 49 se centra, pues, en políticas asistenciales a las personas con discapacidad adoptadas por los poderes públicos, políticas que se proyectan en una pluralidad de ámbitos bien diferenciados (laborales, culturales, vivienda, educación, ocio, deportes, etc). Los beneficiarios del art. 49 son los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos en razón de la existencia de una deficiencia que les impide o dificulta su inserción normal en las relaciones vitales habituales de la vida social. De la misma manera que es irrelevante que la deficiencia sea de nacimiento o sobrevenida, también es irrelevante, a los efectos de la protección que ofrece este precepto, que la causa de la dificultad de inserción provenga de un defecto físico o sensorial o de un problema psíquico, ya que lo que se valora es la existencia cierta de la minusvalía.

B) Principales leyes en materia de discapacidad

La principal Ley vigente en España en materia de discapacidad es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con discapacidad y su inclusión social.

Este Texto Refundido regulariza, aclara y armoniza las siguientes normas:

-la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad;

-la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y,

-la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Hay que tener en cuenta que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, procedió a adaptar la normativa española en materia de discapacidad a las directrices de la Convención, modificando las Leyes 13/1982 y 51/2003, las cuales han sido objeto de refundición junto con la Ley 49/2007.

El Real Decreto Legislativo 1/2013 es un texto extenso: 105 artículos, 11 disposiciones adicionales, 1 disposición transitoria y 3 disposiciones finales. El articulado se estructura en cuatro títulos:

Esta ley tiene por objeto:

a) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

b) Establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El Título I contiene los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad, y aunque esos derechos son los mismos que los de los demás ciudadanos (art. 7.1), se advierte que para que esa igualdad de derechos sea real y efectiva es precisa la adopción de medidas adecuadas por parte de las Administraciones públicas

(art. 7.2), así como una protección “especialmente intensa” en los términos establecidos en la propia ley (art. 7.3).

Los derechos especialmente regulados en la ley son los siguientes:

-sistema especial de prestaciones sociales y económicas (asistencia sanitaria y prestación farmacéutica; subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte; recuperación profesional; y rehabilitación y habilitación profesionales);

-derecho a la protección de la salud;

-atención integral (consiste en los programas y procesos dirigidos a que las personas con discapacidad adquieran su máximo nivel de desarrollo y autonomía personal y a mantener su máxima independencia);

-derecho a la educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones que los demás;

-derecho a la vida independiente (que se traduce en un mandato a los poderes públicos de aseguramiento de la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, el transporte, la información y las comunicaciones; se establecen también una serie de medidas de acción positiva en relación con el estacionamiento de vehículos, la compensación por gastos de transporte, reservas de viviendas protegidas, etc.);

-derecho al trabajo en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación (se definen los tipos de empleo de las personas con discapacidad – empleo ordinario, empleo protegido y empleo autónomo – y se prevén ayudas y otras medidas para la generación de estas distintas clases de empleo);

-derecho a la protección social (servicios sociales de apoyo familiar, de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, de promoción de autonomía personal, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias, de actividades culturales, deportivas y de ocio);

-derecho a la participación en asuntos públicos.

A los derechos que acabamos de enumerar se une el derecho a la igualdad de oportunidades, que se vulnera “cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas” (art. 63).

Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, la norma señala que los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva. Se consideran medidas contra la discriminación “aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable, por motivo de o por razón de discapacidad” (art. 65). Las medidas contra la discriminación podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables. Por su parte, las medidas de acción positiva “podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Las medidas de igualdad de oportunidades podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación” (art. 68).

Finalmente, la norma dedica su último Título a establecer las “infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”. Este Título no agota el régimen sancionador en la materia, ya que existen otras disposiciones sancionadoras sobre discapacidad en la normativa sectorial de carácter laboral, educativa, sanitaria, etc. En el Real Decreto Legislativo 1/2013 sólo se encuentran las infracciones y sanciones correspondientes a la vulneración de las condiciones de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. Sus disposiciones no son excluyentes de las normas sancionadoras de los distintos sectores sobre los que se proyectan esas condiciones (transportes, telecomunicaciones, espacios públicos y edificación, patrimonio cultural, etc).

Junto al Real Decreto Legislativo 1/2013 y sin perjuicio de la normativa sectorial correspondiente que de uno u otro modo afecta a las personas con discapacidad

(laboral, tributaria...), debemos destacar en la legislación española otras tres normas importantes en materia de discapacidad: la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, regula las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, la dependencia es "el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal". Las prestaciones de atención a la dependencia podrán tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas e irán destinadas, por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria.

El Catálogo de servicios comprende los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia, en los términos que se especifican en la Ley: a) Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal. b) Servicio de Teleasistencia. c) Servicio de Ayuda a domicilio: (i) Atención de las necesidades del hogar. (ii) Cuidados personales. d) Servicio de Centro de Día y de Noche: (i) Centro de Día para mayores. (ii) Centro de Día para menores de 65 años. (iii) Centro de Día de atención especializada. (iv) Centro de Noche. e) Servicio de Atención Residencial: (i) Residencia de personas mayores en

situación de dependencia. (ii) Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

La prestación económica, que tendrá carácter periódico, se reconocerá, en los términos que se establezca, únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, en función del grado de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario.

Por su parte, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de la personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. De esta forma, el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico.

Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas.

Esta constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por el

ordenamiento jurídico español, o bien a su guardador de hecho, en el caso de personas con discapacidad psíquica.

Finalmente, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, además de hacer suya la filosofía de la Convención de la ONU de diciembre de 2006, en el sentido de sustituir el término “incapacitado” por el de “capacidad modificada”, incluye la regulación de diversos procedimientos no contenciosos –aunque no por ello exentos en ocasiones de intereses contrapuestos- que conciernen a personas discapacitadas.

Así por ejemplo se articula: el procedimiento para la designación de un defensor judicial que le represente (excepto el Ministerio Fiscal), cuando así lo exija la ley (arts. 27 y ss); la autorización judicial para la intromisión legítima en los derechos al honor, intimidad e imagen, cuando el Fiscal se opone al consentimiento dado por el representante legal ex art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 (arts. 59 y 60); para obtener la autorización judicial para realizar actos de disposición, gravamen u otros, sobre bienes de menores y personas con capacidad modificada judicialmente (arts. 61 y ss); o el regulado para dirimir sobre el ejercicio inadecuado de la patria potestad, tutela o curatela constituida sobre aquéllas o para las medidas de protección del art. 158 CC (arts. 85-89).

Asimismo, esta Ley ha introducido diversidad de reglas que atañen a las personas con capacidad modificada judicialmente, algunas de garantía (arts. 4, 18.4ª, 90.5 y 139.2.1º), otras de dirección del procedimiento (art. 5), búsqueda de la verdad material (art. 19.2), medidas cautelares (art. 40.2), ejercicio de acciones en su beneficio (arts. 23, 26, 94) y procedimientos relativos a la tutela y curatela (arts. 44 y ss), así como de la guarda de hecho (art. 52), además de haber aprovechado el legislador para modificar a través de sus disposiciones finales, diversos preceptos del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley del Notariado, en las que igualmente se hace referencia a aquellas personas.

3. Aproximación a un concepto de discapacidad física y psíquica (trastornos o enfermedades que la determinan).

La discapacidad tal y como dice la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su informe anual “*forma parte de la condición humana*”: casi todas las personas sufriremos algún tipo de discapacidad transitoria o permanente en algún momento de nuestra vida. La Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF)³ define la discapacidad como un “*termino genérico que engloba deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones para la participación*”.

Como con claridad expone la OMS en dicha Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, “se han propuesto diferentes modelos conceptuales para explicar y entender la discapacidad y el funcionamiento. Esta variedad puede ser expresada en una dialéctica de “modelo médico” versus “modelo social”. El *modelo médico* considera la discapacidad como un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere de cuidados médicos prestados en forma de tratamiento individual por profesionales. El tratamiento de la discapacidad está encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona y un cambio de su conducta. La atención sanitaria se considera la cuestión primordial y en el ámbito político, la respuesta principal es la de modificar y reformar la política de atención a la salud. Por otro lado, el *modelo social* de la discapacidad, considera el fenómeno fundamentalmente como un problema de origen social y principalmente como un asunto centrado en la completa integración de las personas en la sociedad. La discapacidad no es un atributo de la persona, sino un complicado conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto/entorno social. Por lo tanto, el manejo del problema requiere la actuación social y es responsabilidad colectiva de la sociedad hacer las modificaciones ambientales necesarias para la participación plena de las personas con discapacidades en todas las áreas de la vida social. Por lo tanto el problema es más ideológico o de actitud, y requiere la introducción de cambios sociales, lo que en el ámbito de la política constituye una cuestión de derechos humanos. Según este modelo, la discapacidad se configura como un tema de índole política”.

³ El objetivo principal de esta clasificación es brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados “relacionados con la salud”. Ha sido aceptada como una de las clasificaciones sociales de las Naciones Unidas e incorpora *Las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad* [Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 48a sesión del 20 de Diciembre de 1993 (Resolución 48/96)]. Como tal, la CIF nos brinda un instrumento apropiado para implementar los mandatos internacionales sobre los derechos humanos, así como las legislaciones nacionales.

La Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud está basada en la integración de estos dos modelos opuestos.

En el plano jurídico resulta difícil ofrecer un concepto uniforme de discapacidad.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, opta en su art. 1 por una definición abierta y dinámica que deja margen para que los Estados puedan incorporar otros colectivos y para posibles actualizaciones futuras. Literalmente señala que: “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”.

La Convención parece así optar por un concepto de discapacidad basado en el modelo social, lo que se refleja en el Preámbulo de la Convención cuando sostiene que, “la discapacidad es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

De este modo, podemos decir que el concepto de discapacidad en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad está constituida por la interacción de dos elementos: a) la deficiencia (física, mental, intelectual o sensorial); y, b) el concepto de barrera, que impide o limita el goce de los derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás.

En España hasta la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, la aproximación al concepto de discapacidad se ha acometido de forma fragmentada, dependiendo de la específica finalidad de cada norma. Con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013 se recoge una definición genérica de discapacidad, claramente inspirada en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De acuerdo con su art. 4 se consideran “personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Esta definición general se

completa con el reconocimiento automático de la condición de discapacitado a las personas que tengan reconocida una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100 y a los trabajadores que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente.

Esta doble perspectiva del concepto de persona con discapacidad, de manera que se combina un concepto amplio y flexible que prácticamente reproduce la definición de persona con discapacidad de la Convención, con un criterio médico que supone el reconocimiento de un determinado grado de minusvalía (grado superior al 33 por 100), se ha establecido por el legislador al considerar necesario fijar criterios objetivos para el acceso a determinadas prestaciones o medidas de acción positiva. Para el legislador el acceso a determinadas prestaciones o medidas de acción positiva requiere de una tipificación jurídica restrictiva, mientras que el acceso a medidas antidiscriminatorias requiere de una tipificación amplia y que cubra cualquier discriminación por motivo de discapacidad.

La valoración de un determinado grado de discapacidad en España se rige por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, el cual explícitamente estipula que estos baremos establecen normas para la evaluación de las consecuencias de la enfermedad, de acuerdo con el modelo propuesto por la Clasificación Internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías de la OMS. La Clasificación Internacional de la OMS define la discapacidad como “la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”. Es por tanto la severidad de las limitaciones para las actividades el criterio fundamental que se ha utilizado en la elaboración de estos baremos.

Debe tenerse en cuenta que este Real Decreto pretende desarrollar la normativa que regula el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía en el ámbito de los Servicios Sociales y de la Seguridad Social. La calificación del grado de minusvalía responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos descritos en el anexo I del Real Decreto, y serán objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona, como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social. El grado de minusvalía se expresará en porcentaje. La competencia para la determinación del grado de discapacidad se otorga a los equipos técnicos denominados Equipos de Valoración y

Orientación que están formados por al menos, un médico, un psicólogo y un trabajador social.

Por lo que se refiere a las situaciones de dependencia, a efectos de ser beneficiario de los servicios o prestaciones económicas previstas, el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, determina tres grados de dependencia: dependencia moderada, dependencia severa y gran dependencia,

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del Baremos de Valoración de la Dependencia de 25 a 49 puntos.

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del Baremos de Valoración de la Dependencia de 50 a 74 puntos.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del Baremo de Valoración de la Dependencia de 75 a 100 puntos.

Como puede comprobarse, en la práctica la definición de discapacidad varía en función de la normativa que la regula y los objetivos que persigue. Existe claramente un plano general de prohibición de conductas discriminatorias y de fijación de las bases para garantizar la igualdad de oportunidades. Esta protección general se extiende a un amplio abanico de personas que encajan en el concepto de discapacidad ofrecido por el

Real Decreto Legislativo 1/2013. Así, persona con discapacidad sería aquella cuyas posibilidades de integración social se hallan disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, en sus capacidades físicas, psíquicas, intelectuales o sensoriales. Ahora bien, junto con esta protección general para las personas con discapacidad, la normativa específica contempla una serie de prestaciones y servicios que se reservan para algunas personas con discapacidad. En este caso no basta con ser persona con discapacidad de acuerdo con la definición general sino que se exige acreditar un determinado grado de discapacidad.

Así, por ejemplo, la incapacidad permanente que regula la Ley General de la Seguridad Social y que da derecho a las correspondientes prestaciones económicas, es un tipo de invalidez que atiende a la capacidad productiva. A diferencia de la situación de invalidez general que se determina en función de la incidencia de las patologías o deficiencias en todos los ámbitos personales, en la invalidez profesional lo que la norma valora es fundamentalmente su repercusión en la capacidad laboral.

Sobre el concepto de discapacidad, en la jurisprudencia constitucional española podemos señalar el ATC 196/2016, de 28 de noviembre (FJ 3), según el cual “debe tenerse en cuenta, en primer término, la distinción entre ‘discapacidad’ en el sentido de la Convención, concepto muy amplio en que tiene cabida cualquier ‘deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo’ que pueda impedir la efectiva igualdad (art. 1 de la citada Convención), de ‘incapacidad’ en el sentido definido por el Código civil (CC) — ‘enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma’ (art. 200 CC)— “.

II.- Jurisprudencia constitucional sobre derechos individuales de la persona discapacitada:

4. Derecho a la vida e integridad física y psíquica del discapacitado.

A) Derecho a la vida

Sobre el derecho a la vida de las personas con discapacidad la Sentencia más importante sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español es la STC 53/1985, de 11 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el proyecto de Ley Orgánica que introducía en el Código Penal un artículo, el

art. 417 bis, que declaraba no punible el aborto en determinados supuestos. Por lo que a la discapacidad expresamente interesa, dicho precepto establecía que el aborto no será punible si se practica por un médico, con el consentimiento de la mujer, cuando “sea probable 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 y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada”.

El Tribunal Constitucional en la STC 53/1985 declaró que este supuesto no era inconstitucional. Afirma el Tribunal que “el fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de 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. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva”. Desde la perspectiva constitucional, el Tribunal pone de manifiesto “la conexión que existe entre el desarrollo del art. 49 de la Constitución -incluido en el capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», del título I, «De los derechos y deberes fundamentales»- y la protección de la vida del *nasciturus* comprendida en el art. 15 de la Constitución. En efecto, 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 (en la línea iniciada por la Ley de 7 de abril de 1982 relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”.

Una vez establecida la constitucionalidad del supuesto, el Tribunal examina si la regulación contenida en el art. 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el Proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del *nasciturus* no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del

nasciturus, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos.

Señala el Tribunal que en el caso del aborto eugenésico la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse éste a cabo se ocasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación. El legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos de aborto eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional.

Pues bien, al haberse declarado constitucional el art. 417 bis del Proyecto de Código Penal, el mismo fue incorporado finalmente al texto de dicho Código Penal (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido del Código Penal). Este texto ha estado vigente hasta el 5 de julio de 2010, fecha en la que entró en vigor la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

La Ley Orgánica 2/2010 prevé en su art. 15 que excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

-“que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos de que la practique o dirija”;

-“cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.

En relación con esta Ley, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, creado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y al que anteriormente ya hemos hecho referencia, en las observaciones

finales al informe presentado por España, recomienda al Estado español que suprima la distinción hecha en la Ley Orgánica 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente. Obsérvese que cuando existen riesgo de graves anomalías en el feto se establece un plazo de veintidós semanas para poder llevar a cabo una interrupción voluntaria del embarazo, mientras que cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida no se fija ningún plazo.

B) Derecho a la integridad física y psíquica

En relación con el derecho a la integridad física y psíquica de las personas con discapacidad resulta de especial interés la STC 215/1994, de 14 de julio, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el párrafo segundo, último inciso, del art. 428 del Código Penal introducido por la Ley 3/1989, de 21 de julio, de actualización de dicho Código, según el cual:

“no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

El Tribunal Constitucional declara constitucional el citado precepto. Señala que la esterilización sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el juez. “La intervención judicial, por tanto, es inexcusable para que pueda otorgarse la autorización, no para que tenga que otorgarse, constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás. La solicitud de quienes ostenten la representación legal del incapaz, sin la cual no se puede iniciar el procedimiento de autorización judicial, es la segunda garantía o requisito necesario que contempla el precepto (...). Por tanto, sea cual fuere la gravedad de la deficiencia, ninguna esterilización ha de acordarse judicialmente de no existir la solicitud mencionada. (...) En tercer lugar, la solicitud deducida por el representante legal del deficiente aunque presupuesto inexcusable de la decisión del Juez, carece de todo efecto automático o determinante sobre el carácter positivo de ésta. La deficiencia psíquica del incapaz cuya esterilización se interesa debe ser una deficiencia "grave" y, consecuentemente, generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención

corporal cuya autorización su representante legal promueve. La grave deficiencia psíquica ha de ser verificada por el juzgador no sólo a través de los dictámenes de los especialistas que exige el precepto sino también por la propia exploración judicial del incapaz. Finalmente, el procedimiento en el que ha de resolverse el otorgamiento o denegación de la autorización solicitada cuenta con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, quien, como es obvio, debe pronunciarse acerca de la concurrencia o no de los requisitos formales (previa declaración judicial de incapacidad y nombramiento de representante legal, fehaciencia de la petición de esterilización formulada por el mismo, emisión de los dictámenes de los especialistas y exploración del incapaz por el Juez) y materiales que antes se han indicado”.

Por todo ello, para el Tribunal Constitucional “prevista en el precepto la inexcusable intervención de la familia a través del representante legal del incapaz; del Juez mediante su autorización que puede o no otorgar y que está precedida de la exploración del enfermo y de una previa declaración de incapacidad también judicialmente acordada; de los especialistas que habrán de informar sobre la gravedad de la enfermedad psíquica del incapaz y sobre las consecuencias que para su salud física y mental podrá producir la esterilización y, finalmente, la intervención del Ministerio Fiscal sobre el cumplimiento de todas y cada una de las garantías previstas en la norma, permite afirmar que tales garantías son suficientes para conducir a una resolución judicial que, sin otra mira que el interés del incapaz, favorezca sus condiciones de vida”.

Concluye el Tribunal Constitucional que “la finalidad de esa norma, tendente siempre en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines”. La medida arbitrada por el legislador, no se aparta o contradice la finalidad del art. 49 CE, “puesto que contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a la de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de desear o asumir de una manera consciente”. La esterilización del incapaz, sometida siempre a los requisitos y garantías señalados, “le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10.1 C.E.) y a su integridad moral (art. 15 C.E.), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su

padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes (art. 39.3 C.E.) inherentes a tales situaciones”.

La Sentencia cuenta con cuatro votos particulares. El primer voto particular considera que el precepto debería haberse declarado inconstitucional porque “una intervención de terceros va a lesionar algo tan propio de la dignidad de toda persona como es su integridad física, precisamente porque, siendo incapaz, no puede contarse con la voluntad positiva ni negativa del sujeto afectado. La autorización para intervenir en su integridad corporal supone una sustitución total de la voluntad de la persona que de algún modo la convierte en objeto. Existen derechos personalísimos que no pueden ejercerse por terceros, sean éstos el representante legal e incluso el apoderado ad hoc. Pero con el precepto legal que aquí se cuestiona, en la integridad física de los incapaces sí podrá entrarse mediante la autorización judicial”.

El segundo voto particular considera que la Sentencia no es respetuosa “con la doctrina sobre la proporcionalidad, pues viene a efectuar un análisis abstracto de la bondad de los fines perseguidos por la norma y de la mecánica adecuación de la esterilización para la obtención de tales fines, con olvido de que la proporcionalidad no es más que un método que nos indica en qué condiciones puede una norma, que incide en un derecho fundamental, obtener una aplicación conforme con la Constitución y no un examen de la norma que permita, en cualquier caso, predicar su constitucionalidad o la aplicación constitucional de la misma”.

El tercer voto particular señala que las garantías previstas son insuficientes desde un punto de vista constitucional en atención a las siguientes omisiones:

a) En primer lugar, el precepto contempla la existencia de una deficiencia psíquica "grave", por lo que será preciso no sólo determinar su existencia en el momento de solicitarse la autorización judicial mediante los oportunos dictámenes médicos, como se indica en la Sentencia, sino también que estos dictámenes determinen si esa incapacidad psíquica es permanente o, por el contrario, puede producirse una evolución positiva del incapaz

b) En segundo lugar, aun tratándose de un disminuido psíquico grave, ello no excluye que dicha persona pueda comprender los aspectos básicos de su sexualidad y las consecuencias de la medida de intervención corporal cuya autorización se solicita. Este dato, al igual que el anterior, está ausente de las previsiones legales y aun cuando la Sentencia lo indica expresamente, no establece la consecuencia apropiada en materia de garantías, precisando que debe ser objeto de los oportunos dictámenes médicos.

c) Por último, considera que deberían ponderarse otras circunstancias vinculadas al interés prioritario del disminuido psíquico, como por ejemplo, si otras medidas menos gravosas para la integridad corporal del incapaz y aplicables bajo control médico periódico son o no susceptibles de alcanzar el mismo resultado para su bienestar, o, si la intervención corporal es necesaria para evitar una perturbación grave de su estado de salud psíquico o físico, en atención a los efectos sobre el disminuido psíquico de la maternidad o paternidad. La ley omite esta doble ponderación y, por ello el magistrado que formula este voto particular estima que el régimen de la autorización judicial previsto es insuficiente para que quede debidamente protegido el derecho fundamental que el art. 15 CE garantiza.

El cuarto, y último voto particular, sostiene que las garantías para la protección del incapaz son inexistentes. “En primer lugar, y desde su dimensión subjetiva, la expresión "persona incapaz" parece referirse a una situación de hecho, sin exigencia de una previa declaración judicial al respecto (art. 199 C.C.). Por otra parte, el factor desencadenante o elemento causal, la "grave deficiencia psíquica", carece también de la precisión deseable y es en definitiva un concepto indeterminado tanto jurídica como médicamente. No se exige al respecto un diagnóstico sin margen razonable de error, posible hoy en día gracias a los avances espectaculares de la genética, sin tener en cuenta al respecto la transmisibilidad hereditaria de la dolencia o deficiencia del incapaz a quien se trata de castrar, ratio profunda pero enmascarada de esta norma, ni aludir siquiera al método utilizable para la castración, que puede y debe ser reversible. Se configura así de un plumazo una auténtica discrecionalidad médica. Cuenta decisivamente la opinión de dos facultativos, especialistas o no, pues no se les exige tal condición, aunque su apreciación quede en manos del Juez asistido del Fiscal, con una función de garantía más formal que sustantiva por ser legos en la materia. No se toman, pues, las precauciones mínimas para garantizar la intangibilidad de la integridad física”.

El precepto comentado fue objeto de modificación por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal.

El último párrafo del artículo 156 del Código Penal de 1995 dispone concretamente a estos efectos lo siguiente: “Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

Este precepto fue también objeto de una cuestión de inconstitucionalidad resuelta por el ATC 261/1998, de 24 de noviembre.

La madre de una joven declarada judicialmente incapaz promovió expediente de jurisdicción voluntaria al objeto de recabar autorización judicial para la esterilización de su hija. Seguido el expediente por sus trámites, el Juzgado acordó el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación con el art. 156.2 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), por posible infracción de los arts. 9.3 y 14 de la Constitución.

La cuestión fue inadmitida por el citado ATC 261/1998, de 24 de noviembre. El Tribunal Constitucional, por lo que se refiere a las garantías de las que se hace rodear a la autorización para esterilizar a un incapaz, se remite a lo señalado en la STC 215/1994. Asimismo, el Tribunal se pronuncia sobre la indeterminación de la norma, pues a juicio del órgano judicial proponente de la cuestión esta indeterminación podría facilitar la esterilización indiscriminada. Señala el Tribunal Constitucional que la norma en cuestión utiliza como criterio diferenciador entre unos y otros deficientes psíquicos, a los fines de autorizar su esterilización, el de la gravedad de su dolencia. “Se trata, por tanto, de un criterio objetivo y no arbitrario, con el que se traza una frontera perfectamente discernible entre dos grupos definidos. Sólo la «gravedad» de la deficiencia resulta, así, causa justificadora de la autorización judicial, con la que se pretende salvaguardar la integridad física, y moral en todo caso. Por otra parte, es evidente que el concepto de «grave deficiencia psíquica» que el art. 156 C.P. incorpora es básicamente un concepto jurídico, en el sentido de que la integración acabada de su contenido es tarea que, finalmente, compete al Juez, el cual habrá de verificar si la deficiencia acreditada médicamente es suficiente para justificar la adopción de una medida tan radical como la contemplada. En el dictamen médico preceptivo podrá concluirse que el examinado padece imbecilidad, idiocia, debilidad o retraso mental,

oligofrenia o cualquier otro de los desarreglos citados, sea cual sea la terminología científica utilizada. Los especialistas ilustrarán lógicamente también al Juez sobre las consecuencias que esas discapacidades han de tener en la personalidad del examinado, en su capacidad de comprensión, en su autonomía personal, etc. Y, sobre la base de esa información médica, el Juez tendrá que concluir si puede o no considerarse, jurídicamente, que la persona en cuestión padece «deficiencia psíquica grave» en el sentido del art. 156.2 CP”.

En definitiva, señala el Tribunal Constitucional, el Juez habrá de comprobar que la “calificación médica encuentra correspondencia con el contenido de ese mismo concepto enunciado, «grave deficiencia psíquica» para lo cual, asesorado por dos especialistas, oído el Ministerio Fiscal y la madre de la incapaz habrá de comprobar si, en atención al mayor interés de la incapacitada, se impone la esterilización como medida más aconsejable para que quien no puede conducirse por sí misma no padezca los efectos de un embarazo que podría afectar seriamente a su estabilidad emocional y personal y, al tiempo, no se vea sometida como contrapartida a prácticas anticonceptivas no menos perturbadoras para esa estabilidad, para que no se produzcan en fin los efectos indeseables referidos en la STC 215/1994”.

El artículo 156 del Código Penal, en su párrafo 2º, ha sido reformado por LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Su redacción actual es la siguiente: “No será punible la esterilización acordada por órgano judicial 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”.

Aunque el precepto transcrito se remite a la legislación civil, lo cierto es que la propia LO 1/2015 establece en su disposición adicional 1ª el procedimiento para la esterilización de personas que carecen de la capacidad necesaria para consentir válidamente:

“La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal 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.”

Se desprende del tenor de los dos preceptos vigentes, el mejoramiento de las garantías para el discapacitado: de un lado, porque resulta preceptivo que la autorización se resuelva –siempre por el juez- en un proceso de modificación de la capacidad (en lenguaje de la Convención de la ONU de 2006, que abandona la expresión “proceso de incapacitación”), es decir, el proceso del art. 756 y ss LEC, o en uno posterior a aquel en el que se hubiere declarado dicha discapacidad (que lo es, se aclara, de tal magnitud que le impide de manera absoluta –“en modo alguno”- prestar el consentimiento a la esterilización). Pero además, y manteniendo la intervención del Ministerio Fiscal y el dictamen médico de dos especialistas, se advierte al juez que la autorización sólo se concede de manera excepcional, cuando sea patente un conflicto de bienes jurídicos protegidos, el cual deberá ser ponderado *ad casum*, de modo que como regla general prevalece el derecho de la persona a su sexualidad.

Por último, conviene señalar que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el examen del informe presentado por España en virtud del art. 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en relación con la protección de la integridad personal, expresó su inquietud por el hecho de que las personas con discapacidad cuya personalidad jurídica no se reconoce puedan ser sometidas a esterilización sin su consentimiento, otorgado libremente y con conocimiento de causa.

Por ello, el Comité insta al Estado español a que suprima la administración de tratamiento médico, en particular esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que vele por que la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los arts. 23 y 25 de la Convención.

5. Posible restricción de su libertad por causa de trastorno psíquico, en el ámbito civil y penal:

El internamiento de personas que presentan enfermedades mentales está regulado en el ordenamiento español tanto en el ámbito civil, como penal (medidas de

seguridad). En el civil, puede venir articulada como una medida cautelar dentro de un proceso sobre capacidad de las personas (art. 762 LEC); o como medida definitiva acordada por la pertinente sentencia estimatoria, recaída en ese mismo proceso (art. 760.1 LEC),

También, sin embargo, el internamiento puede materializarse como una medida autónoma, no vinculada a un proceso sobre capacidad, cuando se cumplen los requisitos establecidos en el art. 763 de la misma LEC 1/2000. El sujeto ha de estar afectado por un trastorno mental, pero no necesariamente una enfermedad de larga duración o permanente, ni tampoco que entorpezca su vida cotidiana, como para traducirse en una discapacidad. Puede tratarse de un trastorno transitorio, que por sus efectos nocivos – para el que lo sufre, y para quienes le rodean- hagan necesaria una atención médica inmediata y la interrupción del derecho a la libertad personal, incluso en contra de sus deseos (pues de eso se trata, de un internamiento involuntario).

Procedemos a pasar revista entonces a los pronunciamientos dictados por el Tribunal en materia de internamientos:

a) Internamiento urgente civil por trastorno psíquico:

Su control judicial se instaura por la Ley 13/1983, de reforma parcial del Código Civil, con una nueva redacción del art. 211 de dicho Código, cuya constitucionalidad fue declarada por la STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 3. Hasta entonces, el control de esta clase de internamientos correspondía a la autoridad administrativa, conforme a un decreto del año 1931 que tuvo vigencia hasta entonces. El art. 211 CC, no obstante, resultó derogado por la LEC 1/2000, que previó esta misma figura, con un tratamiento más extenso y garantista, en su art. 763, al final del articulado referido a los procesos sobre capacidad, pero en realidad de manera independiente a éstos,

Resulta evidente que el encierro obligado de una persona en un recinto cerrado, sea por unas horas, días o por un tiempo superior, incluso adoptándose en su propia protección, comporta un sacrificio del derecho fundamental a la libertad individual (art. 17.1 CE), y es desde esta perspectiva y no otra –como la del art. 24.1 CE-, con la que la doctrina del Tribunal Constitucional ha afrontado el examen de las garantías exigibles a este procedimiento. No tanto cuando éste se inicia con una solicitud dirigida al juez competente para que acuerde la medida (supuesto no controvertido), sino por la decisión

del responsable del centro médico o psiquiátrico donde se materializa el internamiento del afectado, sin previo conocimiento del órgano judicial. En este segundo caso, el art. 763 LEC desencadena unos trámites perentorios *ex lege*, divididos en una primera fase pre-judicial de 24 horas, y otra segunda de control por y ante el juez civil de 72 horas, que incluye la práctica de ciertas diligencias de prueba necesarias, y el deber de asegurar la defensa del afectado. Reproducimos los tres primeros apartados del precepto, en el que se concentra la mayor parte de situaciones problemáticas en su aplicación práctica:

“Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación”.

Sobre los presupuestos y las garantías de este procedimiento, desde la estricta óptica constitucional del derecho a la libertad (art. 17 CE), ofrece una adecuada sistematización la STC 141/2012, de 2 de julio, en la que se fija doctrina en los términos siguientes:

(i) Valor interpretativo de los instrumentos jurídicos internacionales en cuanto a la protección del derecho a la libertad de los discapacitados: el FJ 3 recuerda que al margen de su carácter vinculante como norma que se integra dentro del ordenamiento interno, lo dispuesto en Convenios suscritos por España en materia de derechos humanos tiene un valor interpretativo, ex art. 10.2 CE, sobre el contenido de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Así sucede en el presente caso:

«En concreto, tenemos declarado que dicha situación personal comporta para el afectado una privación de su libertad personal que “ha de respetar las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España (art. 10 C.E), y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ... la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el art. 5.1 e) del Convenio, ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp). Estas condiciones son: a) haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo’ [SSTC 112/1988, de 8 de junio, FJ 3 y 24/1993 de 21 de enero, FJ 4, respecto del internamiento como medida de seguridad (penal); STC 104/1990, de 4 de junio, FJ 2, para internamiento decretado tras Sentencia civil de incapacitación; y STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 3, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo segundo del art. 211 del Código civil, regulador entonces del internamiento cautelar en el orden civil].

Conviene tener presente asimismo en esta materia lo dispuesto en tratados y convenios internacionales suscritos por España, habiendo recordado recientemente al respecto que “las disposiciones tanto de los tratados y acuerdos internacionales ... en la medida que ‘pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos

fundamentales' (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6), puedan constituir 'valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce' (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; y 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, DTC 1/2004 FJ 6; y en sentido similar, STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6), convirtiéndose así en 'una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional' [SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5], quien precisará su concreto contenido, entonces, 'a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas' (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6)" (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12; también, STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4).

Así, el derecho a la libertad personal y a la seguridad personales reconocido en el art. 9.1 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 1966, con la consiguiente garantía de legalidad en su restricción, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (cuyas resoluciones también hemos considerado fuente interpretativa válida: entre otras, SSTC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3; y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4) en el sentido de que tal derecho resulta "aplicable a todas la formas de privación de libertad ... como por ejemplo las enfermedades mentales"...».

(ii) Presupuestos de la medida de internamiento: el Tribunal recalca que han de tratarse de padecimientos psíquicos, diagnosticables a través de dictámenes médicos, y nunca el producto de un reproche o censura desde la óptica de la adecuación de la conducta de la persona, a determinados estándares o usos sociales o de otra índole. Así, FJ 4:

«Se configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la "urgencia" o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad».

Un catálogo de trastornos y enfermedades mentales se contiene por ejemplo en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) aprobada por la Organización Mundial de la Salud, la cual resulta complementaria a su vez de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), de la propia OMS, a la que ya se ha aludido en el apartado 3 de este Cuestionario.

La posterior STC 13/2016, de 1 de febrero, ha tenido la oportunidad de recordar que la exigencia de un informe rendido por un médico, como justificante de la medida por el centro de internamiento, deviene de estricto cumplimiento, y no puede ser suplido por la mera tenencia de conocimientos prácticos adquiridos por cualquier tercero en razón de su profesión u oficio. Así, en su FJ 4, tras hacer cita del FJ 5.a) de la STC 141/2012, y aludiendo al caso sometido a su enjuiciamiento (en el que se pretendía dar validez a un acta levantada por operarios de un servicio de ambulancia, dando cuenta del estado de la persona trasladada de su domicilio a una residencia geriátrica), razona:

“El Samur social aportó con la solicitud el informe propio de los profesionales que desarrollan sus actividades en el ‘equipo de internamientos involuntarios’, que son trabajadores sociales, cuyo cometido no es examinar a la persona bajo ‘los conocimientos propios de la ciencia médica’ [STC 141/2012, FJ 4 a)] y convencer al Juez si es el caso de la necesidad del internamiento, sino que aplican el saber adquirido en su titulación (derecho, psicología, sociología, etc.) y la experiencia adquirida, para establecer en su trabajo diario si se está o no en presencia de una ‘emergencia social’ (utilizando la terminología propia de estos trabajadores sociales), a fin de brindar una solución, en este caso trasladando a la recurrente a un centro donde, justamente, debía llevarse a cabo el pertinente control médico a los efectos mencionados.

No cabe por tanto reprochar al Samur social la remisión de ese informe, pero sí al Juzgado *a quo* el haberlo considerado suficiente para, tras incoar el procedimiento, no ordenar de inmediato la puesta en libertad de la recurrente sino continuar su tramitación, cuando era evidente que la privación ilegítima de libertad ya se había consumado, al faltar el doble presupuesto requerido para llevar a cabo la medida sin la previa autorización del Juez, tanto de orden material [comunicación del internamiento y de sus motivos al Juez competente por el responsable del centro, con fundamento en un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento urgente:

STC 141/2012, FJ 4 a) y 5 a) y c)] como temporal [efectuar dicha comunicación en el plazo máximo de 24 horas, contadas desde que se produce materialmente el hecho del internamiento involuntario: STC 141/2012, FJ 5.c)]...”.

(iii) Garantías de la fase extrajudicial del proceso: además de la necesaria información al afectado de lo que está sucediendo, en términos que le resulten comprensibles (FJ 5.b), la STC 141/2012 hace hincapié en dos aspectos:

1. Plazo para comunicar la medida al juez: el plazo máximo de 24 horas que dispone el art. 763.1 LEC para que el director del centro comunique la medida al juez competente, es improrrogable. En este punto, señala tajantemente el Tribunal en el FJ 5.c), que estamos ante un plazo “...que el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6).

Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial...”.

2. La comunicación ha de hacerla el responsable del centro: hasta ese momento es suya toda la responsabilidad de verificar que el establecimiento cuenta con las

condiciones necesarias para atender a una persona a la que se le atribuye sufrir un trastorno mental de cierta severidad como para merecer la medida. Una vez efectuada la comunicación al Juez de que se ha acordado la medida de internamiento (dentro de aquellas 24 horas), la persona queda a todos los efectos a disposición de la autoridad judicial, incluso antes de que sea explorada por este último, FJ 5.c):

“Obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, en el plazo de 24 horas: la imposición de un límite temporal ha de venir impuesto por la norma legal de desarrollo, en este caso el ya citado art. 763 LEC...”.

Y respecto a la responsabilidad de dicho director, ésta se mantiene en cuanto a la vida e integridad física y psíquica del afectado mientras esté a su cargo, aunque ya hubiere efectuado la comunicación al juez: FJ 5.d):

“Control posterior sobre el centro: desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del Juez, como hemos tenido ocasión de precisar en el ámbito de las detenciones judiciales (SSTC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; y 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 5). Traslado que además tratándose de internamiento psiquiátrico contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario. En todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido...”.

La posterior STC 13/2016, de 1 de febrero, ya citada, insiste en esta responsabilidad, indelegable, del director del centro:

“Es pues este último, el responsable de cada centro, quién permite que se materialice la privación de libertad de quien ingresa (o ya residía antes, por entrada voluntaria), si el centro dispone de médicos psiquiatras que puedan emitir informe que diagnostique el trastorno mental del afectado y motive en su caso la necesidad del

internamiento, y si el centro cuenta con los equipos y recursos materiales (medicinas, etc.) que se requieran para el cuidado integral del interno y para iniciar el tratamiento terapéutico que precise. En este contexto, nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el ‘centro’ al que se refiere el art. 763.1 LEC, siempre que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico.

La norma citada (art. 763.1 LEC) no contempla por tanto que la comunicación al órgano judicial la efectúen quienes intervienen en un momento anterior al inicio del internamiento, como sucede con el traslado del afectado al centro, tarea ésta que puede corresponder en la casuística diaria a diversidad de personas, según las circunstancias (agentes policiales, personal de ambulancias, trabajadores sociales, o los propios parientes o conocidos de aquél). No de otro modo lo ha entendido la doctrina constitucional, que en la misma STC 141/2012, FJ 5 d), tras exponer los condicionantes que caracterizan a esta fase extrajudicial del procedimiento de internamiento urgente no voluntario por trastorno psíquico, en cuanto a la comunicación que corresponde realizar, se insiste, al responsable del centro...”.

(iv) Garantías de la fase judicial: se explicitan en el FJ 6 de la misma STC 141/2012:

“Como garantías propias de esta fase del procedimiento, coherentes directamente con el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), aparecen las siguientes:

a) El Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento.

Además y conforme recoge expresamente el art. 763.3 LEC, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas.

b) En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno en el centro, el Juez proveerá a la práctica del reconocimiento pericial por un médico designado por él.

c) Sin duda una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone el Juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la LEC 1/2000. La base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, no reside en el art. 17.2 CE, sino el art. 17.1 CE, como tenemos ya dicho (SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 2).

El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el art. 17.1 CE [SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 B); y 180/2011 de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 6]. Por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente.

Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 CE”.

En cuanto atañe, en concreto, al derecho a contar con la asistencia de abogado y procurador, la posterior STC 22/2016, de 15 de febrero, FJ 4, explica:

“a) El derecho a la asistencia jurídica de la persona internada requiere siempre la actuación, en su nombre, de un representante procesal y un defensor. Así lo reconocimos con carácter general para todos los procesos sobre capacidad de las personas, en nuestra STC 7/2011, de 14 de febrero, FJ 5, por cuanto: “...este tipo de procedimientos se encuadra entre aquéllos en los que la garantía constitucional de la defensa letrada se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, lo que, como también se ha dicho anteriormente, ha llevado a este Tribunal a establecer que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial, ofreciendo al interesado una oportunidad de reparar tal omisión (STC 189/2006, de 19 de junio, FJ 2)”.

Y no otra cosa cabe predicar en el procedimiento de internamiento del art. 763 LEC, sea o no urgente, porque así lo impone el apartado tercero del precepto, según se recuerda en la STC 141/2012 ya citada, encontrándonos, como ya se precisó antes, en uno de los procesos sobre capacidad de las personas.

Tal y como además declaramos en la misma STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 6, el art. 763 LEC instrumenta dentro de nuestro sistema de justicia civil, el procedimiento al que se refiere el art. 5.4 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (“[t]oda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”).

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene señalando reiteradamente, en aplicación de este precepto, que la persona sometida a una medida de internamiento psiquiátrico debe tener, de un lado, el derecho a ser oída ante la autoridad competente, por sí misma o si carece de la capacidad para ello, a través de algún tipo de representación, pues de lo contrario no se cumpliría con una garantía esencial del procedimiento, para lo que deberán arbitrarse las salvaguardias especiales de orden procesal que permitan la protección de sus intereses. De otro lado, la persona también tiene derecho a contar con un asesor legal, sin que recaiga sobre ella la iniciativa de su designación [entre otras, SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto *Winterwerp c. Holanda*, §§ 60 y 66; 12 de mayo de 1992, asunto *Megyeri c. Alemania*, § 22, apartados c) y d); 14 de febrero de 2012, asunto *D.D. c. Lituania*, §§ 163, apartado c), y 166].

b) Para hacer efectivo este derecho a la asistencia jurídica, que resulta irrenunciable para su titular, el Juez debe dirigirse al afectado; si es en la modalidad de internamiento urgente con la antelación necesaria dentro del plazo de las 72 horas en que ha de sustanciarse el procedimiento; antes o a más tardar durante el acto de exploración judicial del art. 763.3 LEC, a fin de informarle de la apertura del proceso y su finalidad, así como del derecho que tiene a una asistencia jurídica, pudiendo optar la persona por un Abogado y Procurador, sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio. Si nada manifiesta al respecto, bien porque no desea hacerlo, bien porque no es capaz de comprender lo que el Juez le dice o de comunicar una respuesta, su representación y defensa deben ser asumidas por el Fiscal actuante en la causa, que es lo que establece en ese caso el art. 758 LEC, al que se remite de manera expresa y sin reservas el art. 763.3 de la misma ley.

Sin embargo, de ser el Fiscal el promotor de la medida de internamiento no podrá ser designado como su defensor, ordenando en tal supuesto el propio art. 758 LEC que se le designe un defensor judicial para que le represente; en este caso, se entiende, a los únicos efectos del procedimiento de internamiento. Dicho defensor judicial, que puede ser el representante legal del internado (si es menor de edad, quien ejerce la patria potestad; si es persona ya incapacitada por sentencia, su tutor) o sino quien designe el Juzgado, nombrará entonces abogado y procurador o solicitará al Juzgado su designación de entre los profesionales de oficio.

Con este sistema escalonado, en definitiva, se evita un vacío en la asistencia jurídica del internado durante este procedimiento especial, en el que está en juego, no debe olvidarse en ningún momento, el derecho fundamental a la libertad de la persona (art. 17.1 CE)...”.

En el mismo sentido, la posterior STC 50/2016, de 14 de marzo, FJ 4.

Debe indicarse que el supuesto resuelto por las SSTC 22/2016 y 50/2016 era idéntico: el mismo órgano judicial, encargado de dos procedimientos de internamiento, tramitó y resolvió ambos dentro del plazo de las 72 horas estipuladas, pero sin esperar a la designación de abogado y procurador de oficio cuyo nombramiento había solicitado a los respectivos colegios profesionales; actuación que indebidamente dio por buena la misma Sección de la Audiencia provincial competente para los recursos de apelación que se promovieron. En ambos recursos se otorgó el amparo por lesión del derecho a la libertad individual (art. 17.1 CE).

(v) Otras consideraciones de interés de la STC 141/2012: merecen resaltarse las siguientes:

1. Se advierte, por dos veces, que la privación de libertad por un particular o autoridad no judicial, fuera de las condiciones marcadas por la ley, harían posible la interposición de un habeas corpus al Juez de Instrucción competente, a fin de lograr su liberación:

- FJ 5.c): “En todas aquellas situaciones donde el centro médico responsable incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de habeas corpus por su representante o

familiares, aplicable también a este ámbito del internamiento ex art. 1 b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo (“Las [personas] que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar”).

- FJ 6.c) *in fine*: “En fin, las infracciones del procedimiento cometidas por el órgano judicial resultarán denunciables ante este mismo en orden a su inmediata reparación, solicitando una respuesta y en su caso recurriéndola. No obstante, en esta materia de internamiento involuntario civil hemos dejado abierta la puerta, en casos de inactividad objetiva del órgano judicial, para poder acudir al procedimiento de habeas corpus ante el Juez de instrucción competente en procura de la necesaria tutela de la libertad (STC 104/1990, de 4 de junio, FJ 3)...”.

2. Al tratarse de la afectación del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), la resolución judicial que ratifique el internamiento adoptado por el centro, o confirme en apelación el Auto de ratificación, debe tener una motivación específica (“reforzada”), acorde con las circunstancias del caso concreto; FJ 7.c):

“Respecto del contenido de la decisión adoptada en el Auto (...) ratificando la medida de internamiento, entendemos que ésta carece de la motivación reforzada que le era exigible, teniendo en cuenta su incidencia como medida privativa de la libertad personal (SSTC 251/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 120/2008, de 13 de octubre, FFJJ 2 y 3; 191/2009, de 28 de septiembre, FJ 4 y 179/2011, de 21 de noviembre, FFJJ 3 y 5)”.

3. La Sentencia estimatoria del amparo resultará de efectos puramente declarativos, si se constata que el tiempo de dictarse la persona ya había sido puesta en libertad por el centro donde se hallaba interna: STC 141/2012, FJ 8.

(vi) Más allá de la STC 141/2012: Prohibición de una “regularización” de internamientos adoptados al margen de la ley:

En aplicación de los postulados de la STC 141/2012, el Tribunal conoció de un recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra las resoluciones judiciales

(Auto del Juzgado de primera instancia competente, confirmado en apelación por la Audiencia Provincial) que, rechazando lo solicitado a su vez por el Fiscal interviniente en el procedimiento *a quo*, denegaron dar cobertura a través de la medida de internamiento urgente del art. 763 LEC, al ingreso de una anciana en una residencia, acontecida varios meses atrás, sin seguirse en ningún momento las previsiones del precepto, esto es, debida comunicación del director del centro al Juez en el plazo de las 24 horas siguientes para su ratificación judicial. A criterio del Ministerio Fiscal, no permitir tal regularización posterior implicaba dejar a la afectada en situación de desamparo.

Pues bien, la STC 34/2016, de 29 de febrero censuró este tipo de prácticas, explicando que el derecho a la libertad de un ser humano no puede ser despachado como un expediente burocrático sin más, y que los presupuestos que el art. 763 LEC incluye para consentir el internamiento sin control judicial previo, son indisponibles:

- FJ 4: “Se sigue de la doctrina expuesta [STC 141/2012, FFJJ 3 A 6] que, con la excepción de que se cumplan los requisitos y garantías que permiten llevar a cabo un internamiento involuntario urgente directamente por el centro médico o asistencial (con los controles legales y judiciales que le son inherentes), resultará imprescindible que la medida se acuerde previamente por el juez y siempre respecto de una persona que ha de encontrarse en ese momento en libertad. En este segundo caso, el internamiento no urgente podrá solicitarse por los trámites del art. 763 LEC y sin el condicionante de las 72 horas para que el Juez resuelva, siempre que la adopción de dicha medida constituya el objeto exclusivo de tutela que se pretende en favor del afectado.

Por el contrario, si existen datos que desde el principio permitan sostener que el padecimiento mental que sufre la persona, por sus características y visos de larga duración o irreversibilidad, deben dar lugar a un régimen jurídico de protección más completo, declarando su discapacidad e imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro, el internamiento podrá acordarse como medida cautelar (art. 762.1 LEC), o como medida ejecutiva en la sentencia (art. 760.1 LEC), en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. LEC...”.

- FJ 5: “La demanda de amparo hace referencia a un caso concreto, el de doña M.R.S., cuyas circunstancias coinciden de manera sustancial con el de otras muchas personas que debido a su edad avanzada sufren una enfermedad neurodegenerativa y se

encuentran recluidas en una residencia sin poder salir de ella, como medida de prevención. Han sido traídas allí por alguien de su entorno cercano, o a iniciativa de los servicios sociales; incluso en ocasiones se trata de un ingreso voluntario con el fin de recibir los cuidados de manutención y salud necesarios y, con el paso del tiempo, el afectado pierde la consciencia necesaria para emitir su voluntad de permanecer allí. La cuestión es que estos centros tienen bajo su cargo a personas que están privadas de su libertad ambulatoria y lo están, con cierta frecuencia en la práctica, sin ningún conocimiento ni autorización de la autoridad judicial.

(...) Debe advertirse que los esfuerzos que vienen haciendo en los últimos años las Administraciones públicas competentes, para atender de manera objetiva y ordenada las demandas de personas necesitadas de cuidados integrales en residencias en régimen de internamiento, iniciativa ésta en sí misma digna de respaldo en el marco de nuestro Estado social y democrático de derecho (arts. 1 y 49 CE), en modo alguno sin embargo pueden suponer la cobertura a situaciones privativas de libertad sin la previa autorización judicial o, por excepción, sin haber recabado el responsable del centro dicha autorización en el plazo urgente de 24 horas que dispone el art. 763 LEC, cumpliendo los demás requisitos de este precepto.

Ni la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, al prever la atención residencial en la modalidad de “residencias de personas mayores en situación de dependencia” [arts. 15 e) (i) y 25], en centros públicos o concertados, a cargo de la red de servicios sociales de la Comunidad Autónoma con competencia estatutaria en la materia (art. 16.1, en relación con el art. 11.1 de la misma ley) o de otras administraciones; ni menos todavía la normativa de desarrollo que regula aspectos complementarios del sistema (Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia; Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia; normativa autonómica, etc.), como tampoco el reglamento de régimen interno de cada centro, pueden legitimar modalidad alguna de internamiento en la que quede eliminada o desplazada la tutela jurisdiccional, en los términos ya expuestos en el anterior fundamento jurídico de esta Sentencia.

En definitiva, por tanto, no resulta posible hablar de la ‘regularización’ de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez, sea en un hospital, centro sociosanitario o en su caso residencia geriátrica (esta última, como hemos señalado en la STC 13/2016, de 1 de febrero, FJ 3,

puede ser el ‘centro’ al que se refiere el art. 763.1 LEC, siempre que disponga de médico psiquiatra que efectúe la valoración del estado de la persona que ingresa y motive la necesidad de su internamiento; así como los medios materiales y humanos para su tratamiento terapéutico, además de cumplir con los requisitos legales y administrativos para desarrollar su actividad). No cabe ‘regularizar’ lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 CE)...”.

Ahora bien, el Tribunal no se detuvo a razonar la desestimación de la demanda del Ministerio Fiscal. Resultando evidente por el tenor de las resoluciones impugnadas, que éstas más allá de no conceder lo solicitado tampoco habían proveído a una protección efectiva de la persona afectada por el internamiento, el Tribunal, haciendo uso de la facultad excepcional del art. 84 LOTC para introducir nuevos motivos de estimación del recurso de amparo, acordó en su FJ 7 declarar la nulidad de los Autos recurridos por no haber ordenado éstos de oficio, como podían y debían haberlo hecho a tenor de los informes médicos obrantes en autos, la apertura de un proceso de incapacitación de los arts. 756 y ss LEC respecto de doña M.R.S., en el que por vía incluso cautelar (art. 761) se controlase judicialmente su estancia en el centro médico. En esa óptica, los Autos vulneraron el derecho a la libertad de doña M.R.S., y así se declaró.

b) Internamiento civil vinculado a un proceso sobre capacidad:

Damos cuenta en este epígrafe, del ATC 442/1986, de 21 de mayo, y de la STC 104/1990, de 4 de junio, en los que se rechazan sendas solicitudes de habeas corpus por la supuesta privación indebida de libertad de una (misma) persona internada en un centro psiquiátrico, para entonces, según parece, desde hacía más de 40 años atrás, tras haberse dictado el Auto del Juzgado competente que declara incapacitado a aquélla.

Sentado esto, resulta que en ambos casos (que, se repite, se promueven a favor de la misma persona, por su tutor), el Tribunal Constitucional constató que no se daban los presupuestos para acudir al procedimiento de habeas corpus de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora de dicha garantía de la libertad personal (art. 17.4 CE), puesto que, en contra de lo alegado por las respectivas demandas de amparo, no

era cierto que el internamiento careciera de un control judicial, que sí lo tenía, por tanto no era una privación de libertad por un particular o por una autoridad administrativa.

Incluso, en el ámbito de la STC 104/1990, dado que resultaba palmaria la falsedad de los hechos narrados en la demanda, el Tribunal impuso a la parte recurrente una multa sancionadora por mala fe procesal, con un importe entonces de 50.000 pesetas, haciendo uso de la facultad que le otorga el art. 95.3 LOTC, hoy día en desuso.

c) Internamiento como medida de seguridad al inimputable penal:

La STC 24/1993, de 21 de enero, con cita de la anterior STC 112/1988, de 8 de junio, FJ 3, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción en torno al art. 8.1 CP entonces vigente, precepto que establecía la medida de internamiento como sustitutiva de la pena de prisión cuando se declara en sentencia que el autor del delito padece una enajenación mental, actualmente art. 96.2.1ª y 101 y concordantes del CP de 1995.

La cuestión planteada se desestimó en todos sus motivos, razonando el Tribunal lo que sigue:

(i) En cuanto a la supuesta lesión del derecho a la igualdad del art. 14 CE (el no enajenado al que se le impone pena de prisión conoce la duración de ésta, no así al enajenado que se le cambia por un internamiento psiquiátrico), contesta en el FJ 3: “En el caso que nos ocupa, resulta sin duda justificado y razonable tratar penalmente de forma distinta a los cuerdos y a los enajenados mentales y no parece desproporcionado conectar las medidas de seguridad relativas a los últimos, no con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad social y con la evolución de su enfermedad y, en consecuencia, no puede tacharse de desproporcionado que el tipo concreto de medidas de seguridad a aplicar en cada caso y su duración se vinculen a esa evolución y, por tanto, que ambas sean más indeterminadas que las penas correspondientes a los penalmente responsables y que ni el tipo de medidas ni su duración dependa del tipo de pena y duración que le hubiera correspondido de no serle de aplicación la eximente de la enajenación mental. El hecho de que la decisión sobre ambos extremos se deje en manos de los Jueces y Tribunales, dentro de las pautas señaladas por la Ley, tampoco

entraña desproporción y, por tanto, tampoco afecta al principio de igualdad consagrado en el art. 14 del Texto constitucional...”.

(ii) Respecto de la lesión del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE (se establece una indebida conexión, según el Juzgado promotor de la cuestión, entre enfermedad y peligrosidad), el Tribunal afirma en el FJ 4: “...el internamiento o cualquiera de las otras medidas sustitutorias previstas en el art. 8.1 del Código Penal han de ser adoptadas por el Juez o Tribunal competente sólo en el caso de que se acredite debidamente en el proceso, de un lado, la existencia del hecho punible y la participación que en él tuvo el acusado, y, de otro lado, y a los efectos que ahora interesan, la enajenación mental del mismo por medio de los pertinentes dictámenes periciales médicos. En este sentido es preciso resaltar que, conforme ha afirmado este Tribunal en la STC 112/1988, en concordancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 5.1e) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la legalidad del internamiento de un enajenado ha de cumplir, entre otras condiciones, las siguientes: a) haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; y b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento.

El art. 8.1 del Código Penal no obliga, como sostiene el Juez que promueve la presente cuestión, a decretar el internamiento o cualquier otra medida de seguridad sin investigación alguna y sin expresa declaración sobre la peligrosidad del enajenado, sino que, al contrario, el precepto cuestionado -en la redacción dada por la L.O. 8/1983- otorga al Juez o Tribunal sentenciador amplias facultades para decretar el internamiento o alguna o algunas de las medidas sustitutorias...”.

(iii) Por último, aducía también el Auto la lesión de los derechos a la libertad (art. 17.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por el art. 8.1 CP. La STC señala en el FJ 5: “En cuanto a la alegada desproporción entre las medidas de seguridad -especialmente el internamiento- y la finalidad terapéutica y de aseguramiento del enajenado que aquéllas deberían perseguir, la simple lectura del precepto cuestionado permite comprobar lo infundado de esta pretendida vulneración constitucional. La pluralidad de medidas que en él se contemplan tiene precisamente como objetivo permitir la adecuación de esas medidas a los distintos grados de remisión que vaya

experimentando la enfermedad. La redacción actual del precepto cuestionado permite, con una correcta aplicación judicial del mismo, que el internamiento o cualquier otra de las medidas de seguridad previstas en ningún caso sea arbitrario o desproporcionado. Así, de una parte, faculta al Tribunal sentenciador, desde el principio o durante el tratamiento, para elegir o sustituir la medida que estime más adecuada al estado del acusado y, de otra parte, también corresponde al Tribunal penal, a través de los sucesivos controles, de oficio o a instancia de parte, controlar la evolución de la enfermedad a efectos de mantener, sustituir o eliminar las medidas de seguridad adoptadas. Ciertamente, el legislador no ha establecido una correlación estricta entre los diversos tipos de medidas de seguridad y los grados de remisión de la peligrosidad y de la enfermedad. Ha dejado esta tarea a los Jueces y Tribunales. Sin embargo, de este dato no deriva vulneración alguna del principio de legalidad penal. Primero, porque la adaptación de las medidas a la evolución de la peligrosidad no se deja a la total discrecionalidad del órgano judicial sino que viene impuesta por la Ley y, segundo, porque, por la misma naturaleza de los fines perseguidos por la adaptación, resulta prácticamente imposible establecer con carácter general y abstracto una correlación automática entre tipos de medidas y grados de remisión. Es cierto que el legislador hubiera podido establecer medidas concretas para asegurar con mayores garantías la constante adaptación de las medidas de seguridad a la evolución de los enajenados (mediante, por ejemplo, la exigencia de controles periódicos...). Con todo no cabe duda que la redacción actual del art. 8.1 del Código Penal resulta garantía suficiente desde el punto de vista del principio de legalidad.

Lo mismo cabe afirmar respecto de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad y, en especial, de la de internamiento. En primer lugar, debe advertirse, como ya se hizo en la STC 112/1988, que el precepto cuestionado no consagra una privación de libertad indefinida en el tiempo y dejada a la plena disponibilidad del órgano judicial competente. Esta privación de libertad ha de respetar las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España (art. 10 C.E.) y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Y a este respecto es preciso recordar que, entre las condiciones mínimas que debe cumplir una medida de internamiento, aparte las anteriormente mencionadas (justificación plena de la enajenación mediante informes médicos y que ésta revista un carácter o amplitud que aconseje el internamiento), destaca la de que el internamiento no puede prolongarse válidamente cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo. En consecuencia, resulta obligado el cese

del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo, correspondiendo al Tribunal penal realizar los pertinentes controles sucesivos a tal fin (STC 112/1988). De otra parte, es preciso reiterar que la nueva redacción del art. 8.1 del Código Penal hace posible, como antes se dijo, adecuar las medidas de seguridad adoptadas al grado de remisión de la enfermedad, al prever en su párrafo tercero que el Tribunal sentenciador pueda sustituir el internamiento por otro tipo de medidas que se estimen más adecuadas al estado mental del interesado.

Ciertamente, también en este caso el legislador hubiera podido prever mecanismos -como los controles periódicos, antes mencionados-, para garantizar el cese inmediato de las privaciones de libertad y, en general, de las distintas medidas de seguridad en el momento mismo en el que la peligrosidad remitiera o desapareciera. Sin embargo, la redacción actual del precepto es suficiente garantía, ya que impone claramente a los órganos judiciales la eliminación de esas medidas en el momento en que dejan de ser necesarias...”.

III.- Jurisprudencia constitucional sobre derechos individuales de la persona discapacitada (continuación):

6. Protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de las personas con discapacidad:

La CE recoge en su art. 18.1 tres derechos fundamentales distintos: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, cada uno de los cuales presenta un contenido esencial que ha ido delimitando de manera paulatina la doctrina del Tribunal Constitucional.

En cualquier caso y en desarrollo legislativo de aquel enunciado, se dictó la aún vigente Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, “de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. El art. 2.2 de esta última determina que no se considerará ilegítima la intromisión por terceros sobre tales derechos garantizados a su titular, cuando este último “hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso” para la injerencia. Precizando que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil” (art. 3.1), y en otro caso “el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien

estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez” (art. 3.2).

Una vez identificado el escenario normativo aplicable, procede hacer reseña de dos pronunciamientos del Tribunal en asuntos relacionados con la conculcación de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE, proyectada su incidencia en la situación de discapacidad atribuida a la persona afectada:

a) Así, en primer lugar, la STC 208/2013, de 16 de diciembre, conoció de la denuncia de lesión de los derechos al honor y a la propia imagen producida por las vejaciones sufridas por una persona que tenía reconocida una discapacidad psíquica del 66 por ciento, en un programa de televisión en el que resultó entrevistado con preguntas que buscaban su ridiculización ante el público. En concreto, señala la Sentencia del Tribunal, en el Antecedente 2.a) lo que sigue:

“Los hechos que dieron lugar a la demanda fueron la emisión en el programa ‘Crónicas marcianas’, de fecha 16 de octubre de 2002, de la entrevista que don Javier Cárdenas realiza a don J.C.H.A., así como la posterior difusión y reseña de dicha entrevista en la página web de la cadena de televisión Telecinco. Por lo que se refiere a la entrevista, a lo largo de ella don Javier Cárdenas formula a don J.C.H.A. una serie de preguntas acerca de la disyuntiva entre la vocación y ganar dinero, pero en la mayoría de las ocasiones no le permite que complete una respuesta, pues interrumpe él con una respuesta o una nueva pregunta, en ocasiones contradictoria con la anterior. Llega un momento en el que el entrevistado se confunde y se contradice, para acabar respondiendo únicamente ‘hombre, por supuesto’. En una segunda parte de la entrevista, don Javier Cárdenas le pregunta a don J.C.H.A. si es un romántico y, a continuación, le pregunta muy seguido: ¿te gusta la mujer hecha y derecha?, que no sea muy ancha de espaldas, ¿no?, y que esté rasurada, ¿eh? Don J.C.H.A. vuelve abrumarse y, como contestación, reitera únicamente ‘hombre, por supuesto’. Finalmente, el Sr. Cárdenas le pide que mire fijamente a la cámara y explique al público lo que espera de una mujer. Don J.C.H.A. se coloca de espaldas a la cámara y don Javier Cárdenas le permite permanecer en esa posición mientras explica lo que espera de una mujer. Al fondo, se oyen risas y jolgorio.

Las acusaciones de los demandantes se completan con la denuncia de que la entrevista fue reseñada días después en la página web del propio programa ‘Crónicas marcianas’ y la imagen de don J.C.H.A. apareció ‘insertada’ en la página web, con unas enormes gafas y una foto distorsionada junto a la leyenda: ‘Periodista, soltero, ligón busca... J. tiene muy claro el tipo de mujer que le gusta’. Asimismo, se añade ‘si usted piensa que este hombre es guapo acuda a Ópticas San Gabino, que decía un viejo anuncio de gafas. Pero si verdaderamente lo sigue pensando, agrádzcaselo a Javier Cárdenas, y sobre todo no dude en permanecer alerta’...”.

Tras apreciarse en las dos instancias la existencia de una intromisión ilegítima de ambos derechos de don J.C.H.A., en virtud del estado de discapacidad psíquica que le impedía emitir con pleno conocimiento de sus consecuencias (buscar la risa del espectador a su costa), el consentimiento expreso previsto en el art. 3.2 de la LO 1/1982 para ser entrevistado en dicho programa, tanto el periodista que realizó el reportaje, como el director del programa y la cadena de televisión responsable, interpusieron recurso de casación por vulneración de su derecho a la libertad de información [art. 20.1.d) CE], el cual resultó estimado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que anuló las sentencias de instancia y desestimó la demanda de protección civil por lesión de los derechos del art. 18.1 CE. Es contra esta última Sentencia de casación que se alzó la parte recurrente en amparo, ante el Tribunal Constitucional.

En casos como el presente, donde se plantea un problema de colisión de derechos fundamentales, el Tribunal procede siempre a enunciar el contenido esencial y límites de cada uno de ellos, para luego acometer la labor de su ponderación a los fines de determinar cuál debe considerarse prevalente:

(i) A tal efecto, el FJ 3 precisa en primer lugar el contenido del derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE) el cual, con apoyo en doctrina precedente, encuentra un supuesto de lesión típico, precisamente en el empleo de expresiones vejatorias o burlescas contra su titular:

“...este Tribunal ha tenido la ocasión de señalar que la protección dispensada para ese derecho por el precepto alcanza a la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio (por todas, STC 51/2008, de 14 de abril). En esta dirección el Tribunal ha señalado la especial conexión entre el derecho al honor y la dignidad humana, pues la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; y 170/1994, de 7 de junio), cuya negación o desconocimiento sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional el ejercicio de otros derechos o libertades, como la libertad de expresión (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5). También ha declarado que, a menudo, ‘el propósito burlesco, *animus iocandi*, se utiliza precisamente como instrumento de escarnio’ y ello puede resultar

vulnerador del citado derecho al honor (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 5). Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el derecho al honor es una emanación de la dignidad, entendido como el derecho a ser respetado por los demás...”.

(ii) De inmediato define el contenido del derecho a la propia imagen, en estos términos:

«...Por lo que respecta al derecho a la propia imagen, este Tribunal ha estimado en numerosas Sentencias que no puede ser concebido como una faceta o manifestación más del derecho a la intimidad o el honor, pues si bien todos los derechos identificados en el art. 18.1 CE mantienen una estrecha relación, en tanto que se inscriben en el ámbito de la personalidad, cada uno de ellos tiene un contenido propio y específico. Concretamente, el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Así, en la STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5, señalamos que el derecho a la propia imagen contribuye, junto a los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, “a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros. Sólo adquiere así su pleno sentido cuando se le enmarca en la salvaguardia de ‘un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana’ (STC 231/1988, fundamento jurídico 3º)”. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. En consecuencia, la facultad otorgada por este derecho consiste, en esencia, en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- por quien la capta o difunde. Y lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando,

en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación (por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 6)...».

(iii) Mientras, el FJ 5 se refiere al contenido esencial del derecho a la libertad de información [art. 20.1.d) CE] y su importancia en una sociedad democrática, destacando que la misma ha de ser veraz y referirse a hechos que revistan una relevancia pública:

“...en nuestro ordenamiento, la libertad de información ocupa una posición especial, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (por todas, STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4, y las allí citadas). Ahora bien, como se sabe, hemos condicionado la protección constitucional de la libertad de información a que ésta sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. También hemos afirmado que el valor preferente del derecho a la información no significa, sin embargo, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que han de ceder únicamente en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el art. 20.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)...”.

Cumplida esta delimitación previa, el Tribunal añade a renglón seguido su canon de ponderación entre tales derechos (mismo FJ 5), a fin de dilucidar si en el caso concreto la intromisión o injerencia provocada por la emisión del programa puede ser considerada legítima (con lo cual, prevalece el derecho a la libertad de información, atendiendo a su dimensión supraindividual) o en cambio, ilegítima (en este último caso, vulneradora de los derechos del art. 18.1 CE):

“De modo que la legitimidad de las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales, como el derecho al honor, requiere no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, ‘pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido

de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad’, sin que baste a tales efectos la simple satisfacción de la curiosidad ajena (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3). De otra forma, ‘el derecho a la información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo del discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso del derecho al honor y a la intimidad de las personas con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno en relación con el interés general del asunto’ (STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2)...”.

(iv) Puestas las bases de doctrina para la resolución del asunto planteado, el Tribunal adopta su decisión despejando dos interrogantes en orden sucesivo: en primer término, si está amparado en el derecho a la libertad de información el modo en que se llevó a cabo la entrevista televisada al recurrente, y en segundo lugar, si puede entenderse que este último emitió un consentimiento expreso -y por ello válido-, en el sentido de los arts. 2.2 y 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, lo que de ser afirmativo diluiría la realidad de las lesiones constitucionales invocadas.

Pues bien: ambas cuestiones son respondidas negativamente. En lo que hace a la cobertura del derecho a la libertad de información, el Tribunal señala en su FJ 5 que se trata de un caso en el que se desborda el límite del derecho al entrar en el ámbito de la burla:

“...descritos los hechos como han sido expuestos, no cabe sino concluir en que la información y la actividad desarrollada en el programa ‘Crónicas marcianas’ con don J.C.H.A. carece, desde cualquier perspectiva, del interés público y la relevancia pública necesaria para que esté cubierta por el ejercicio de esa libertad por profesionales de la información y, muy al contrario, resulta una clara intromisión y abuso de sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Y es que, en efecto, la entrevista realizada por don Javier Cárdenas al señor H., posteriormente emitida en el referido programa, y reflejada también en su página web, no sólo carecía de valor informativo alguno, sino que, además, fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado, poniendo de relieve sus signos evidentes de discapacidad físicas y psíquicas, *animus iocandi* que fue advertido tanto en la Sentencia de primera instancia

como en la dictada en apelación, e incluso en la recaída en casación, que consideró poco ética la actuación del medio televisivo...”.

Pero además, el Tribunal considera particularmente grave que esto tenga lugar respecto de persona afectada por una discapacidad, en este caso psíquica, en tanto dicho estado resulta palpable con una simple conversación. Una realidad de este tipo exige que los tribunales de justicia –en este caso, la Sala de Casación Civil que es la que revoca la sentencia de segunda instancia- ofrezcan una motivación específica (reforzada) con el fin de explicar por qué no había intromisión ilegítima, hallándose en juego el atributo de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 49 CE, en protección de las personas discapacitadas:

“Por otra parte, es un elemento relevante en este caso la condición de discapacitado físico y psíquico de la persona afectada por la realización y posterior emisión de la entrevista, que presenta, según refieren las Sentencias de primera instancia y apelación, con mención de la prueba pericial, una discapacidad apreciable a simple vista, incluso por un profano en la materia. Ello nos lleva a recordar no sólo el dato ya reseñado de que los derechos afectados contribuyen a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que aquí se ha visto especialmente afectada, sino, además, a la necesidad de conectar los derechos fundamentales concernidos con los principios rectores consagrados en la Constitución, operación que ha realizado este Tribunal para reforzar el canon del art. 24.1 CE en cuanto a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales por el solo hecho de estar comprometido en el asunto algún principio rector de los enunciados en la Constitución (STC 95/2000, de 10 abril, FJ 5), proyección efectuada, igualmente, en relación con los derechos fundamentales sustantivos, como es el caso del art. 14 CE (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8). Pues bien, en atención a las circunstancias concurrentes en este caso, los derechos consagrados en el art. 18.1 que han sido invocados en la demanda han de ser puestos en conexión con el art. 49 CE, que contiene un mandato de protección de las personas con discapacidad, al establecer que ‘[l]os 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’. Y dicho mandato debe conducir a impedir que se lleven a cabo actuaciones como la aquí descrita sobre personas afectadas de cualquier tipo de

discapacidad, frente a cuyos derechos al honor y a la propia imagen no cabe oponer en este caso el amparo del derecho a la información; derecho que, recordémoslo, es un logro del Estado democrático, y se le otorga un superior valor en la medida en que ‘al contribuir a la formación de una opinión pública libre y plural, supone uno de los elementos esenciales del Estado de derecho y contribuye a la plena realización del conjunto de derechos fundamentales’ (STC 15/1993, de 18 de enero, FJ 1), por lo que ese derecho resulta denigrado cuando es empleado torticeramente para amparar bajo su cobertura conductas como las aquí examinadas...”.

(v) Finalmente, como se anticipó, el Tribunal descarta asimismo que estemos ante un consentimiento válido de la persona afectada (FJ 6), insistiendo en que la protección no se limita a las personas que han sido incapacitadas por sentencia, sino que basta la percepción directa del estado de discapacidad del afectado, constatado el cual no cabe someterle a actos que pueden resultar indignos y por ende vulneradores de su derecho al honor, así como en su caso del derecho a disponer de su imagen:

“Así pues, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se refiere al consentimiento de las personas incapaces y dicha expresión ha sido entendida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de enero de 2010 -hoy impugnada en amparo- como una referencia a las personas declaradas judicialmente incapaces y, en aplicación de criterios objetivos, ante la inexistencia de una declaración judicial de incapacidad, afirma que ha de presumirse su capacidad. Sin embargo, hay que superar esa percepción objetiva de la incapacidad y partir de la premisa obvia de que cuando una persona manifiesta una discapacidad, dicha persona puede poseer capacidad de entendimiento, lo que no significa ignorar la existencia de diversos tipos y grados de discapacidad (física, psíquica o sensorial) que, sin comportar expresamente limitaciones en la capacidad de actuar en el mundo jurídico, sí les sitúan en una especial situación que el órgano judicial debe adecuadamente valorar. En esta dirección, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y, asimismo, las normas internacionales de protección de las personas con discapacidad, muy en particular, la más reciente Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, de la que España es parte, suponen un paso más hacia la igualdad de las personas con discapacidad y el reconocimiento de su capacidad para poder realizar actos con importantes consecuencias, no sólo en la esfera patrimonial, sino en la personal. Las

normas citadas, si bien son posteriores a los hechos objeto de este amparo, evidencian la progresiva consolidación de un avance en la concepción de la tutela de las personas con discapacidad, al objeto de que su situación se haga depender de la protección legislativa adecuada, si bien aún no suficientemente desarrollada.

Partiendo de estas premisas, hemos de afirmar que la valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable, no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad. La propia Ley dispone en su exposición de motivos que, además de la delimitación del ámbito de protección que puede resultar de las leyes, se estima razonable admitir que, en lo no previsto por ellas, la esfera del honor, la intimidad personal y familiar y la imagen, esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad, por lo que la Ley se resuelve en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según el momento y las personas. Lo contrario supondría no tener en cuenta que los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE aparecen como derechos fundamentales derivados sin duda de la “dignidad de la persona” que reconoce el art. 10 CE, por lo que en el análisis a realizar se han de tener en cuenta otros principios y derechos constitucionales vinculados directa o indirectamente al art. 18.1 CE; sólo así es posible determinar la existencia o no de la infracción constitucional aducida...”.

Lo que importa para que pueda hablarse de consentimiento válido, es acreditar que la persona es o no consciente de las consecuencias que va a acarrearle la injerencia externa sobre su esfera propia (mismo FJ):

“Pues bien, en el presente caso el actor en instancia acudió voluntariamente al lugar donde tendría lugar la entrevista con el colaborador del programa ‘Crónicas marcianas’, de donde la Sentencia impugnada dedujo que consintió libremente a la realización de la misma. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho al honor y a la propia imagen, puesta en conexión con lo dispuesto en el art. 49 CE, lo anterior no es suficiente para considerar válido el consentimiento prestado. En primer lugar, porque el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 exige que el consentimiento sea expreso, exigencia que, en un caso como el presente, debe ser de interpretación especialmente rigurosa, habida cuenta del mandato de tutela de las personas con discapacidad en el disfrute de

los derechos consagrados en el título I de la Constitución, que se contiene en su art. 49. Por tanto, en este supuesto, no basta con presumir la voluntad por el hecho de realizar la entrevista, sino que era necesario que constara expresamente el consentimiento, constancia que no ha quedado probada.

(...) Además, existía un segundo aspecto a considerar que fue ignorado por el órgano judicial en la resolución judicial impugnada: la garantía de que el acto voluntario de acudir a la entrevista comportaba la consciencia de lo que estaba haciendo y, ante las muestras evidentes de que dicha consciencia era dudosa -como ha quedado probado en el proceso-, la exigencia de una garantía adicional de los derechos fundamentales en juego, que en el presente caso se concretarían en la exigencia al entrevistador de que expresamente se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta. La exigencia de una doble garantía en los casos previstos en el art. 3. 1 de la Ley Orgánica 1/1982 se explica por el carácter de los derechos que la Ley quiere proteger. En este sentido, es relevante también la naturaleza del programa en el que se iba a emitir la entrevista y el propio tono de la misma, un montaje burlesco elaborado al objeto del entretenimiento del público que perseguía una finalidad humorística mediante la manipulación de la persona entrevistada, por lo que la exigencia de especiales garantías no es sino coherente con las circunstancias del caso. En defecto de tales garantías la presencia voluntaria del entrevistado no podrá equipararse a un consentimiento válido y eficaz.

En consecuencia, hemos de concluir que no existe en el presente caso un consentimiento válido y eficaz que permita excluir la ilicitud de la intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen de don J.C.H.A derivada de las conductas de los demandados en el proceso *a quo*, quienes a pesar de la evidencia de la incapacidad del entrevistado para tomar conciencia del alcance de la entrevista y de las características del programa en el que se iba a emitir, lejos de extremar el celo y las cautelas exigibles para que la participación de aquél en el programa estuviera rodeada de esas garantías, utilizaron esa situación de vulnerabilidad del señor H. con la clara y censurable intención -como apreciaron las Sentencias de primera instancia y apelación- de burlarse de sus condiciones físicas y psíquicas, atentando de esa manera no sólo contra sus derechos al honor y a la propia imagen, sino incluso contra su dignidad. Y la conclusión anterior no puede resultar condicionada por el hecho de que no mediara una declaración judicial de incapacitación del señor H., pues ello supondría, en definitiva, supeditar la eficacia de la previsión del art. 49 CE, y el consiguiente disfrute por parte de las personas con discapacidad de los derechos constitucionales, a la existencia de tal

declaración, limitación que en modo alguno cabe extraer de la previsión constitucional...”.

Así, se estimó la demanda de amparo por vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen del art. 18.1 CE, con nulidad de la Sentencia de casación impugnada (y del Auto denegatorio de un incidente de nulidad de actuaciones -art. 241 LOPJ- promovido contra dicha Sentencia), sin necesidad de retrotraer el procedimiento para fijar la cuantía de la indemnización procedente, cuestión ésta ya juzgada por la Sentencia de apelación (que de tal guisa vuelve a la vida jurídica) y que no fue objeto de impugnación en amparo.

b) Un segundo pronunciamiento del Tribunal cuya reseña tiene interés en este apartado del cuestionario, es la STC 158/2009, de 25 de junio, si bien no se refiere propiamente a un supuesto de protección de los derechos del discapacitado por ser tal, sino más bien por ser menor de edad, donde la discapacidad más bien juega como factor de perjuicio social. Se trataba de un recurso de amparo interpuesto por la empresa editora de un periódico que había sido condenada al pago de una suma de dinero por la lesión del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) causada a un menor de edad cuya fotografía jugando en un jardín de infancia se insertaba en un reportaje titulado: “Los discapacitados necesitan todo tipo de atención desde sus primeros años de vida”. He aquí sin embargo, que los padres del menor sostuvieron que su hijo estaba en una clase de logopedia pero que no era discapacitado, y el hecho de aparecer implícitamente como tal gracias a esa imagen se consideraba causa de un daño moral resarcible. Luego de su vencimiento en las dos instancias y en casación, la empresa interpuso amparo invocando como conculcado su derecho a la libertad de información [art. 20.1.d) CE], planteándose pues, una vez más, el problema de la colisión de derechos.

En lo que ahora importa destacar, el Tribunal desestima el amparo partiendo de su doctrina reiterada en relación al contenido esencial de los derechos fundamentales en pugna (FJ 3); con una consideración especial al dato de que el titular afectado era un menor de edad, para el cual el ordenamiento español arbitra diversas normas de protección, amén de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (FJ 4), teniendo en cuenta que los padres no autorizaron la difusión de la foto. Razona luego el Tribunal, que su publicación en los términos antedichos suponía una vulneración del derecho a la propia imagen del menor, sin que a ello obste

el interés social que rodea la noticia, en cuanto referida a la educación de discapacitados. Explica en el FJ 6:

“De lo expuesto resulta que la captación y publicación en el diario ‘La Opinión de Murcia’ de la controvertida fotografía del menor se produjo sin el consentimiento de sus padres (art. 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982), debiendo tenerse presente en este sentido que el art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 establece como supuesto de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen ‘La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2’. Y el art. 8.2 establece, en lo que aquí importa, que el derecho a la propia imagen no impide: ‘c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio (...)’.

Asimismo es indiscutible que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor como un atentado a su derecho a la propia imagen, y que resulta igualmente irrelevante en este caso la invocación por la recurrente de la doctrina constitucional referida al concepto de información veraz. Ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor ‘viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz’ (SSTC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6; y 127/2003, de 30 de junio, FJ 7).

En definitiva, coincidiendo con la ponderación de los derechos fundamentales en juego llevada a cabo por la Sentencia de 13 de julio de 2006 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo recurrida en amparo, debe rechazarse la pretendida vulneración del derecho fundamental a la libertad de información [art. 20.1 d) CE] que se alega por la recurrente”.

7. Los efectos de las sentencias que limitan la capacidad de obrar del demandado:

El art. 199 del Código Civil establece que: “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”, garantizando así que solamente la autoridad judicial puede acordar la privación, con carácter más o menos permanente, de los derechos inherentes a la capacidad de obrar de un ser humano. El precepto citado se introdujo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, lo que explica la terminología (tradicional) empleada, que no habla de discapacidad, si bien el art. 200 CC parte de una realidad física o psíquica que entronca con el significado típico de esta última, bien que acentuada en sus efectos: “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” (ver supra, apartado 3 de este cuestionario).

Las consecuencias de la declaración de “incapacitación” son los propios de la legislación sustantiva civil: imposición de un sistema de protección por tercero (tutela o curatela), bajo el control judicial último de la persona y bienes del afectado. En la práctica la aplicación de la ley al caso concreto entraña una actividad propia de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional sí se ha ocupado de las garantías que han de revestir los procesos en los que se dirime tal declaración judicial para constituir el estado de incapacitación, modificar sus efectos con posterioridad (según la evolución del afectado) o incluso recuperar su autonomía plena, si supera su padecimiento. Procedimiento actualmente previsto en los arts. 756-762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, al que le son aplicables algunas disposiciones comunes que de los arts. 748 y siguientes de la misma ley procesal.

Sistematizando esos pronunciamientos, cabe decir lo siguiente:

a) Exigencia de proteger la capacidad de obrar del demandado –que se presume– y de respetar tanto el derecho de defensa de éste: la STC 174/2002, de 9 de octubre, en su FJ 5, señala:

“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). 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 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”.

En este mismo sentido se manifiestan las posteriores SSTC 7/2011, de 14 de febrero, FFJJ 2 y 4; y 31/2017, de 27 de febrero, FJ 2.b).

b) En segundo lugar, es también una garantía esencial de estos procesos, la práctica de las pruebas que vienen impuestas *ex lege*, al margen de las restantes que puedan pedir las partes. En concreto, en relación con la audiencia por el juez de los parientes próximos del demandado (art. 759 LEC), no cabe incurrir en discriminaciones cuando se trate de los dos progenitores de la parte demandada. Conforme razona en este punto el FJ 5 de la misma STC 174/2002:

“...Pero no sólo existe la citada falta de diligencia procesal por parte del órgano judicial, sino, lo que es más grave, un patente incumplimiento del mandato establecido en el entonces vigente art. 208 del Código civil, que le imponía, antes de pronunciarse sobre la incapacitación de una persona (sin perjuicio de las demás pruebas que pudieran practicarse), la realización de tres trámites ineludibles: la audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, el examen personal de éste y el dictamen de un facultativo sobre el mismo. Habiendo declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo

que la norma del art. 208 CC tiene carácter imperativo y su cumplimiento constituye un requisito de fondo de la Sentencia de incapacitación, por lo que la omisión de alguno de los trámites previstos en dicho precepto legal es causa de nulidad del procedimiento que puede ser apreciada incluso de oficio (SSTS 20 de febrero de 1989, 12 de junio de 1989, 20 de marzo de 1991, 19 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997)...”.

Al igual que en el FJ 6:

“...resulta evidente que la exigencia que entonces establecía el art. 208 del Código civil y que ahora se regula en el art. 759 de la vigente Ley de enjuiciamiento civil de dar audiencia a los ‘parientes más próximos del presunto incapaz’ imponía la citación del ahora recurrente a fin de que pudiera ser oído por el Juzgado, lo que no sólo constituye un derecho del ahora recurrente, en su condición de progenitor del presunto incapaz, sino una garantía esencial de éste que, por su singular enfermedad mental, no estaba posibilitado de ejercer personalmente su derecho de defensa. En este sentido debe destacarse que en los procesos de incapacitación, al margen de la defensa prestada al presunto incapaz por el Ministerio Fiscal, por el defensor judicial nombrado al efecto o, en su caso, por el Letrado designado por el mismo incapaz (arts. 206 y 207 CC y 758 LEC), la audiencia de los parientes más próximos -en nuestro caso, del padre- constituye per se una garantía objetiva de los derechos del presunto incapaz, en la medida en que facilita la aportación de alegaciones y hechos que permiten obtener una mejor convicción sobre la situación de la persona que se pretende incapacitar y sobre las circunstancias que la rodean, lo que resulta decisivo, tanto para la propia declaración de incapacitación, su extensión y límites, como para el establecimiento del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (arts. 210 CC y 760 LEC)...”.

Para finalmente, en el FJ 7, aplicar su doctrina al caso concreto:

“En este sentido la Sentencia recurrida, al rehabilitar exclusivamente la potestad de la madre, obviando la potestad que igualmente le correspondía al padre, ha tomado una decisión que exigía la traída al proceso del ahora recurrente, a fin de que éste hubiera podido ejercer su derecho de defensa y hubiera tenido oportunidad de contraargumentar y contradecir las alegaciones de la demandante en orden a la conducta observada en relación con sus deberes para con su hijo, pues el simple hecho de que desde la separación matrimonial la madre tuviera conferida la guarda y custodia del hijo

no podía ser causa suficiente para excluir la potestad del padre tras la incapacitación del hijo mayor de edad, máxime cuando la Sentencia de separación matrimonial, pese a ser el hijo ya mayor de edad en la fecha en que se dictó (17 de julio de 1995), tras establecer que el hijo quedaba bajo la guarda y custodia de la madre, expresamente dispuso que ‘ambos progenitores ejercerán conjuntamente la patria potestad, quienes deberán consultarse en cuantos asuntos de interés o gravedad se presenten’.

En suma, la Sentencia recurrida ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del ahora recurrente, causándole indefensión contraria al art. 24.1 CE, ya que este precepto constitucional, como ha declarado reiteradamente este Tribunal, garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos dentro de un procedimiento en el cual se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y de evitar la indefensión (SSTC 167/1992, de 26 de octubre; 103/1993, de 22 de marzo; 316/1993, de 25 de octubre; 317/1993, de 25 de octubre; 334/1993, de 15 de noviembre; 108/1994, de 11 de abril; 186/1997, de 10 de noviembre; 153/2001, de 2 de julio)...”.

c) Otra de las garantías reconocidas como esenciales en este ámbito jurisdiccional, es el derecho a la defensa letrada (abogado y procurador) del art. 24.2 CE, entendida como una intervención obligada de dichos profesionales, condicionante de la validez del proceso mismo:

(i) Así lo proclama la STC 7/2011, de la que se ha hecho cita antes, al decir en su FJ 4, con invocación del art. 13 de la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, que:

“Si bien el derecho a la asistencia letrada y a la defensa (art. 24.2. CE) se ha vinculado especialmente al proceso penal y sólo en menor medida al resto de procesos, es indudable que también despliega todo el potencial de su contenido en relación con procedimientos como el de incapacitación no sólo por lo esencial de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan sino por la situación de presunta incapacidad del

sometido a este procedimiento. Esta conclusión también cabe extraerla del art. 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (“Boletín Oficial del Estado” 21 de abril de 2008), en cuyo apartado primero, a los efectos de garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones, se prevé la posibilidad de ajustes de procedimiento para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de estas personas como participantes directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales. En su apartado segundo se incluye, además, una apelación a la necesidad de que los Estados parte promuevan la formación adecuada de los que trabajan en la Administración de Justicia a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectiva a la justicia”.

Recalcándolo de inmediato en el FJ 5:

“...en el proceso sobre la capacidad de las personas está previsto legalmente que las partes que deban comparecer lo hagan asistidas de abogado y representadas por procurador [art. 750.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)]. Dicho de otra forma, este tipo de procedimientos se encuadra entre aquéllos en los que la garantía constitucional de la defensa letrada se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, lo que, como también se ha dicho anteriormente, ha llevado a este Tribunal a establecer que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial, ofreciendo al interesado una oportunidad de reparar tal omisión (STC 189/2006, de 19 de junio, FJ 2)..”.

En este mismo sentido, la STC 31/2017, de 27 de febrero.

(ii) Prosigue diciendo el Tribunal que este derecho a la asistencia letrada, ante todo, debe ser entendido como un derecho del demandado a designar él mismo a los profesionales de su preferencia, y si no los tuviere, o careciera de recursos económicos suficientes, se procederá al nombramiento de abogado y procurador de oficio: de nuevo la STC 7/2011, en su FJ 6:

“Pues bien, en este contexto, y si bien es cierto que en la primera notificación se hizo saber al recurrente que ‘podía comparecer con su propia defensa y representación’, ello no colma, frente a lo sostenido por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, las exigencias constitucionales mínimas impuestas al órgano judicial en cumplimiento de

sus deberes como garante de hacer posible al recurrente una efectiva tutela de sus derechos de defensa y asistencia letrada. El órgano judicial, por la importancia de los intereses a dilucidar, la situación de presunta incapacidad, la exigencia legal de que toda comparecencia se realice con asistencia de Abogado y Procurador, la situación de internamiento, las dificultades para que se asumiera el cargo de defensor judicial y por los reiterados intentos del recurrente de oponerse al procedimiento del que estaba siendo objeto, estaba constitucionalmente obligado, para hacer efectivo el derecho de defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) y para evitar generar al recurrente una situación de efectiva indefensión, a adoptar las medidas necesarias que hicieran posible al recurrente, tal como era su voluntad expresa, comparecer formalmente en el proceso con su propia defensa y representación. Dichas medidas podrían haber consistido bien directamente en instar el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio o, en su defecto, al menos, haber puesto en conocimiento del recurrente que sólo podía hacer efectiva su comparecencia en el proceso mediante la intervención de abogado y procurador, que podía designar libremente o, en caso de no poder hacerse cargo económicamente de los gastos, solicitar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita para que le fueran designados dicho profesionales a través del turno de oficio”.

d) Además, el derecho a la asistencia letrada en los procesos sobre capacidad determina que, cuanto menos, el demandado debe contar en los actos esenciales del procedimiento con la actuación de alguna parte que no defienda la posición del actor – esto es, de quien insta la declaración de incapacitación en su contra-. En concreto, en el acto de la vista de este proceso (donde se sustancian varias pruebas y se da turno a las partes para conclusiones) ha de estar presente o bien el Ministerio Fiscal actuando en defensa de los derechos de los incapaces (art. 3.7 de la Ley 50/1981 que aprueba el Estatuto Orgánica del MF), bien el defensor designado a instancia del demandado, bien la actuación del Ministerio Fiscal pero en calidad de defensor judicial del demandado, supliendo la falta de designación de defensor propio.

Acerca de esta última hipótesis (nombramiento del MF como defensor del discapacitado), el art. 8.2 de la LEC preceptúa con carácter general –para todo tipo de procesos- que:”en los demás [casos] en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que

se produzca el nombramiento de aquél. En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal...”.

La STC 31/2017, de 27 de febrero, examina un caso en el que precisamente en un proceso de incapacitación, la Fiscal cuya intervención era de por sí obligada por mandato del art. 749 LEC, fue designada además como defensora judicial del demandado, al no haber efectuado éste ninguna solicitud de nombramiento de abogado y procurador (ni a su cargo, ni de oficio). Pues bien, efectuado el señalamiento del acto del juicio, a Fiscal no acudió a la vista por encontrarse asistiendo a una vista con un detenido en un Juzgado de instrucción penal de la misma localidad, optando el Juez civil por continuar el acto oral sin su presencia (tampoco estaba el propio demandado, postrado en cama, aunque esta última ausencia no era la decisiva, sino la de su defensor judicial, el MF), dictándose sentencia estimatoria de la demanda de incapacitación.

Interpuesto recurso de amparo por el Ministerio Fiscal en defensa de los derechos del demandado en ese proceso de capacidad, y en el suyo propio como parte necesaria sin haber sido oída, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo respecto de las lesiones producidas al demandado, declarando vulnerado su derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) - bilateralidad-, justamente por no haberse suspendido la vista y programado otra en su sustitución, permitiendo la asistencia de la Fiscal.

El Tribunal razona su decisión –en los términos que ahora veremos- en su FJ 5.c), tras invocar en los fundamentos anteriores su doctrina general sobre las garantías existentes en los procesos sobre capacidad a la que antes nos hemos referido, incluyendo el derecho a la asistencia letrada (FJ 2); su doctrina general sobre la naturaleza material de la indefensión con relevancia constitucional, cuando no asiste su defensa letrada (FJ 3).

Y, más específicamente, cita el precedente de la STC 199/2006, de 3 de julio, en el que una situación similar había exigido la designación como defensor judicial del Fiscal, *ex art. 8.2 LEC*; entonces un juicio de desahucio dirigido contra persona cuya discapacidad era evidente al escucharla e incluso se había dictado una sentencia de primera instancia declarándolo así). En esta ocasión, lo que hace el Tribunal es extender esta doctrina de la STC 199/2006 precisamente a los procesos sobre capacidad, en donde se dispone de información acerca del estado del demandado (por los términos de

la demanda que se presenta en su contra, no con cierta frecuencia de sus propios familiares, y de las pruebas que suele haber recabadas ya a la fecha de celebración de la vista del proceso):

“La solución impuesta por esta STC 199/2006 resulta aplicable con igual o mayor razón, dado su objeto y finalidad, a los procesos sobre capacidad civil de las personas de los arts. 756 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil. La falta de contestación a la demanda de quien aparece descrito en ella, en su calidad de demandado, como presuntamente afectado por una situación de discapacidad, y la consiguiente designación del Fiscal como su defensor cuando aquél no ha contestado en plazo, determina el carácter necesario de la intervención del Ministerio Público no solamente a efectos de que conteste a la demanda, sino también para que actúe en la vista del proceso. Si el Fiscal no acudiere a esta última es necesario interrumpir la sesión y fijar nueva fecha para que se celebre la misma contando con su actuación, todo ello para evitar la indefensión del demandado. Pero en ningún caso, la celebración de la vista sin la debida defensa técnica del demandado en ese proceso en el que se dirime, justamente, sobre su capacidad de obrar y los importantes efectos que de ello se derivan si se acuerda una Sentencia estimatoria”.

Más adelante, en el FJ 6, el Tribunal analiza lo sucedido en el asunto de autos, determinando que se ha producido indefensión y que el proceso ha adolecido de una de sus garantías esenciales:

“La vista del proceso de incapacitación (en la terminología todavía en vigor de los arts. 757, 759 y 760 LEC, o de modificación de la capacidad de obrar como la disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, exhorta al propio legislador que los denomine, sin que hasta ahora así se haya hecho) de don J.R.M., resultaba esencial a los efectos del ejercicio de su derecho de defensa, asumida en este caso por el Ministerio Fiscal, tanto por las pruebas que en dicho acto se realizaron, como porque la totalidad de las obrantes en la causa resultaban objeto de una valoración final por las partes dentro de esa misma vista, con el propósito de ilustrar al órgano judicial no solamente acerca de la realidad material de la discapacidad, sino sobre el régimen más adecuado de asistencia para su mejor protección, personal y patrimonial. Trámite que a la postre en la vista llevada a cabo, según se desprende del acta levantada, únicamente le fue concedido a la parte promotora del expediente, sin que nadie por tanto haya podido

abogar por que se adoptara ninguna medida o régimen que pudiera considerarse más beneficioso para el demandado. Conforme a lo asentado en la doctrina que resumimos en el anterior fundamento jurídico 3, no solamente la vista era el acto procesal útil para ejercitar la defensa de fondo de la posición de la parte demandada, sino que no existe ningún otro trámite posterior que pudiera compensar el perjuicio producido con su celebración inaudita parte. Tampoco, en fin, como indicábamos en el mismo fundamento jurídico 3, enerva la indefensión (art. 24.1 CE) y pérdida del derecho a un proceso contradictorio (art. 24.2 CE) ocasionados a don J.R.M., el elucubrar sobre el mayor o menor éxito de las alegaciones que podrían haberse vertido en el acto por la Fiscal, cuestión que sólo le corresponde analizar al Juzgado competente, luego de permitir dicha intervención y dictar la pertinente sentencia sobre el fondo. La Audiencia Provincial, que tampoco hace aplicación del art. 8.2 LEC ni de nuestra doctrina (STC 199/2006), lo minimiza bajo el argumento de la realidad de la discapacidad del demandado, argumento éste, por lo ya razonado, insuficiente para disculpar que no se repararan los derechos fundamentales vulnerados a don J.R.M. que se denunciaron en la apelación”.

e) **Ya en relación con el proceso penal**, la STC 77/2014, de 22 de mayo, se ocupa de examinar el problema de la falta de comparecencia de un discapacitado, a la vista del plenario en causa donde resultó acusado de la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa, pidiendo el escrito de la parte acusadora una condena a nueve meses de prisión. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 786, permite como excepción el juicio en ausencia del acusado, cuando el delito por el que se le acusa tenga asignada una pena no superior a dos años de prisión (o siendo de otra naturaleza, que no supere los seis años), siempre que previamente “hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775” (aquella designada por él para recibir notificaciones en su nombre), con apercibimiento de la posibilidad de ser condenado aunque no comparezca.

Pues bien, el Tribunal Constitucional en la referida Sentencia, FJ 2, recuerda en primer lugar su doctrina favorable a permitir, con las restricciones previstas legalmente ya indicadas, el juicio en ausencia siempre que no comporte la indefensión del acusado:

“Este Tribunal tiene declarado que (i) el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) exige la presencia del acusado en el juicio oral por la relevancia de las consecuencias que pueden derivarse del procedimiento penal y la circunstancia de que el juicio oral es el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se hace efectivo el derecho de defensa debatiendo acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa para desvirtuar la presunción de inocencia; (ii) en aquellos supuestos en que esté legalmente establecido, la posibilidad de celebrar un juicio oral en ausencia del acusado queda condicionada, entre otros aspectos, a que se haya garantizado suficientemente su presencia, dándole la oportunidad de comparecer mediante una citación que produzca un conocimiento efectivo y, por tanto, verificando que la ausencia es el resultado de una decisión voluntaria (STC 135/1997, de 21 de julio, FFJJ 6 y 7).

Esta jurisprudencia, según declara la STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4, es coincidente con la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El primero ha establecido que la presencia del acusado en el juicio es un derecho básico de éste, pero que no se infringe el art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos cuando el acusado, debidamente emplazado, decida libremente renunciar a su presencia en el juicio (STEDH de 23 de noviembre de 1993, caso *Poitrinol c. Francia*, § 35). El segundo ha afirmado, en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo y a la defensa (arts. 47 y 48.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), que el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, pero que el acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, expresa o tácitamente, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante. (STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*, apartado 49)...”.

Doctrina que de inmediato resulta complementada con otra del propio Tribunal, la que a su vez exige que el derecho a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), tratándose del acusado de un proceso penal, se despliegue no solamente de manera formal (nombramiento de abogado y procurador) sino efectiva, lo que supone atribuir al órgano judicial un cierto deber de vigilancia para que los profesionales designados cumplan realmente con su función. Sigue así diciendo el FJ 2:

“En términos generales, este Tribunal ha afirmado que a los órganos judiciales incumbe un deber positivo de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal. Se ha concluido, en aplicación de esta doctrina, que la obligación de proveer en ciertos casos de asistencia letrada gratuita no se satisface con la mera designación de profesionales del turno de oficio, sino que es preciso que los órganos judiciales desarrollen una vigilancia respecto de su efectivo cumplimiento (STC 1/2007, de 15 de enero, FJ 3). Igualmente, este deber ha llevado a concluir la necesidad de designación de profesionales del turno de oficio por parte de los órganos judiciales incluso en aquellos casos en que tal designación no es preceptiva, siempre que sea preciso para garantizar la igualdad de las partes y la efectiva contradicción para el correcto desarrollo del debate procesal (STC 146/2007, de 18 de junio, FJ 3)...”.

Sobre esta base, el Tribunal cohonesta el mencionado deber con las situaciones en que pueden existir motivos para pensar en que el acusado es una persona discapacitada que no comprende el alcance del proceso abierto en su contra (siempre, FJ 2 de la STC 77/2014):

“En materia de juicio en ausencia del acusado, la STEDH de 30 de enero de 2001, caso *Vaudelle c. Francia*, afirma que, si bien la notificación personal a un acusado es reveladora del conocimiento efectivo de la citación, la existencia de indicios de que dicho acusado pueda sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad hace exigible que los órganos judiciales desarrollen las diligencias complementarias necesarias para despejar cualquier duda al respecto (§§ 59 y 60).

El deber de realizar diligencias complementarias de las estrictamente legales para despejar cualquier duda en relación con la participación de personas con discapacidad mental en el proceso penal tiene sustento, en nuestro Derecho, en el mandato del art. 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos sea efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y se ampara en el especial deber de protección y apoyo de que gozan las personas con discapacidad. Así:

(a) El art. 49 CE establece que los poderes públicos deben amparar a los disminuidos psíquicos para el disfrute de los derechos que el título I otorga a todos los ciudadanos, entre los que se encuentran los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

(b) La STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4 [dictada en materia de escolarización de un menor en un centro de educación especial: ver infra, apartado 14], en relación con la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a las personas con discapacidad, declara que, desde la perspectiva del art. 10.2 CE, cobra una especial relevancia la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que parte como principio de ‘la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso’ [preámbulo, letra j)]. El art. 2 de esta Convención prohíbe todas las formas de discriminación de estas personas, entre ellas ‘la denegación de ajustes razonables’, entendiendo por estos ‘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’. Respecto del derecho de acceso a la justicia, el artículo 13.1 de la Convención establece que ‘[l]os 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’.

En conclusión, en los supuestos de posibilidad legal de celebración de un juicio oral por ausencia injustificada del acusado, la existencia de indicios de que dicho acusado pueda sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad de comprensión y, por tanto, de la relevancia de las consecuencias legales de su incomparecencia, impone a los órganos judiciales un deber positivo de desarrollar la actividad necesaria para despejar cualquier duda al respecto...”.

Finalmente, el Tribunal estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) interpuesto por el acusado, con nulidad de las actuaciones de la vista oral y de las sentencias de primera instancia y apelación, todo ello atendiendo a sus circunstancias concurrentes del caso. Estas se desglosan en el FJ 3 de la Sentencia: informes administrativos de cierta antigüedad que acreditaban que el acusado sufría retraso mental (en su momento calificado de “leve”), el modo de responder a los interrogatorios ante el Juez Instructor, lo que motivó que éste encargase un dictamen médico a fin de determinar su grado de minusvalía real; dictamen que sin embargo no llegó a realizarse porque el acusado no acudió a la citación judicial con este

fin, sin que el Juzgado persistiera para localizarle sino que optó por continuar el proceso, que tras el cierre de la fase instructora remitió lo actuado al órgano judicial de enjuiciamiento, el cual aplicó en su literalidad lo dispuesto en el art. 786 LECrim sin cerciorarse de si el acusado conocía realmente las consecuencias de su no presencia en el juicio oral.

8. Dificultades de acceso a la justicia y discapacidad:

La doctrina del Tribunal da cuenta en este punto, de situaciones de imposibilidad de la persona para realizar los actos que garanticen su debida defensa en un proceso; en concreto la dificultad para actuar a través de un tercero en su nombre, cuando se trata de determinadas pretensiones de contenido personalísimo:

a) En este grupo cabe situar, en materia civil, la STC 311/2000, de 18 de diciembre. En el caso, se hace constar que doña Encarnación, “casada pero separada de hecho del Sr. V. F. desde hacía años, sufrió un accidente con graves secuelas físicas y psíquicas (...), declarada mediante Sentencia incapaz y (...) nombrada tutora de la misma su madre”. Esta última, tras obtener autorización del Juez competente de la incapacitación, para poder instar demanda de separación matrimonial de su hija contra su marido, se encontró no obstante con la negativa del (otro) órgano judicial ante el que se promovió la acción de separación y adopción de medidas provisionales, el cual apreció la falta de legitimación activa de la madre y tutora, al entender que conforme al art. 81 del Código Civil solamente los cónyuges, bien sea de mutuo acuerdo o uno frente al otro, pueden instar la separación, esto es, se trata de una acción de carácter personalísimo.

Pues bien: el Tribunal entiende que la denegación de legitimación a la madre, quien actúa con el propósito de proteger a la hija discapacitada, produce la doble vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), como el efecto invoca la demanda de amparo:

(i) La del derecho a la tutela judicial, por el propio interés público que subyace a la institución de la separación matrimonial, la cual lejos de desaparecer se acrecienta, si cabe, ante la hipótesis del discapacitado como débil material de la relación de pareja, de acuerdo con lo razonado en su FJ 4:

“Al respecto se ha de observar que en concreto la separación matrimonial y la acción judicial, que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial en las situaciones previstas por el legislador como supuestos legales de las distintas causas de separación. Ese perjuicio, por ejemplo, puede referirse, bien directamente a la persona del cónyuge, que puede encontrarse incluso en una situación de peligro físico en su convivencia con el otro cónyuge (piénsese, v.gr., en el supuesto de la causa 4 del art. 82 CC), o que puede afectar de modo inaceptable a su dignidad (v.gr. el supuesto de la causa 1 del propio artículo del CC), o bien a su situación patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de los deberes conyugales (v.gr. causas 1 y 2 del precepto de reiterada cita).

Dichos intereses y perjuicio posibles pueden darse en los incapacitados casados, e incluso de modo más dramáticamente perceptible en ellos, si quedasen por su desvalimiento bajo una sumisión absoluta a su cónyuge capaz. Dadas la situación teórica de dicha vitanda sumisión y de dicho indiscutible interés, el único medio de defensa jurídica del incapaz, cuando su cónyuge no consiente la separación, es precisamente el ejercicio de tal acción.

Pues bien, en el presente caso, en que la tutora y madre de la incapacitada ha acudido al ejercicio de la acción de separación matrimonial, autorizada judicialmente al efecto, y después de que se le negase en cambio autorización para el ejercicio de acción reivindicatoria, resulta claro que era únicamente la vía de la separación la que resultaba viable para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada.

En esas circunstancias la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LEC, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta que se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado...”.

(ii) En segundo y último lugar, concurre también una quiebra del derecho a la igualdad entre el cónyuge no discapacitado y el que sí lo está, discriminación que carece de toda razón objetiva, puesto que (FJ 5):

“En efecto, el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las Sentencias recurridas, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del art. 14 CE...”.

b) En el recurso de amparo que dio lugar a la STC 174/2002, de 9 de octubre, antes citada, la parte recurrente era el padre. Para la separación matrimonial de su mujer suscribió con ella un convenio regulador en el que, entre otros apartados, se establecía que “el hijo común Florencio Valentín, mayor de edad, pero con disminución sensorial, quedará bajo la guarda y custodia de la madre, si bien ambos progenitores ejercitarán conjuntamente la patria potestad, quienes deberán consultarse en cuantos asuntos de interés o gravedad se presenten”. Lo cierto es que tiempo después la madre formuló demanda para la declaración de la incapacidad de su hijo y de rehabilitación de la patria potestad a su exclusivo favor y no a la de ambos progenitores, lo que dio lugar a la apertura del proceso respectivo en el que, como ya se dejó constancia en el apartado anterior de este Cuestionario, no se proveyó por el Juzgado competente a la audiencia del padre, siguiéndose los trámites a sus espaldas y dictándose sentencia estimatoria que devino firme. Esto determinó que cuando el padre tuvo conocimiento de lo sucedido instó la nulidad de actuaciones, que le fue rechazada, y tras esto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ahora sí con resultado estimatorio.

En punto a la legitimación del padre, que es lo que ahora importa, el FJ 4 de la STC 174/2002 la apreció positivamente, teniendo en cuenta que el fin último de la pretensión procesal de cumplimiento de las garantías esenciales del proceso de

capacidad, más allá de que se le permitiera al progenitor ser oído, era salvaguardar el interés superior del hijo discapacitado:

“Sin perjuicio de lo que luego se diga sobre el fondo de la queja planteada, es indudable que en el presente caso el recurrente está legitimado para demandar el amparo por la eventual lesión del derecho a un proceso con todas las garantías que corresponde a su hijo. En su cualidad de progenitor, y dada la situación de minusvalía mental del hijo, y con independencia de que legalmente pudiera o no corresponderle la patria potestad, resulta evidente que el recurrente está legitimado para hacer valer todos aquellos derechos e intereses que pudieran corresponder a su hijo y que, por su situación de minusvalía, éste se halla inhabilitado para hacer valer, y entre ellos, el de formular el presente recurso de amparo si consideraba que su hijo había sufrido lesión en sus derechos fundamentales”.

c) Por último, reseñamos la STC 190/2011, de 12 de diciembre, en la que se acepta la legitimación de una persona discapacitada, actuando en el proceso a través de su tutor (por tanto, este último completando la capacidad procesal de aquél, no como legitimado), quien ejercita en su nombre acusación particular contra la esposa de aquél – el discapacitado-, por un presunto delito de estafa. Alegada la lesión del derecho de acceso a la justicia penal (art. 24.1 CE), por dictarse Sentencia absolutoria aplicando la prohibición para ejercer la acusación entre cónyuges del art. 103.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (prohibición que opera “a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia”), que el órgano judicial extendió también al supuesto -como aquí- de cónyuges separados pero no divorciados, el Tribunal Constitucional desestima el recurso al entender que las razones dadas por los órganos judiciales para adoptar la decisión, era razonable y no podía reputarse excesivamente formalista.

De todos modos, en lo que aquí interesa, la legitimación y capacidad procesal trabadas, se reconocen como válidamente articuladas en el FJ 2, incluso habiendo mediado un cambio de tutor:

“La legitimación activa del recurrente en este recurso de amparo resulta indubitada conforme al tenor de los arts. 162.1 b) CE y 46.1 b) de la Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional (LOTIC), toda vez que, en los términos en que han sido reiteradamente interpretados por este Tribunal (por todas, STC 208/2009, de 26 de noviembre, FJ 2), invoca un interés legítimo y ha comparecido en el previo proceso judicial que trae causa a este amparo. Del mismo modo, también se ha dado estricto cumplimiento en este recurso de amparo a las exigencias de comparecencia en juicio y representación toda vez que, conforme a lo establecido en el art. 7.2 de la Ley de enjuiciamiento civil -de aplicación a los procesos de amparo constitucional en virtud de la remisión contenida en el art. 80 LOTIC-, la demanda de amparo fue interpuesta por la persona que entonces, en su condición de tutor, ostentaba la representación del recurrente, quien, a su vez, de acuerdo con lo previsto en el art. 81.1 LOTIC, confirió la representación a un Procurador.

Por tanto, la circunstancia alegada por la parte comparecida de que con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo se haya producido una remoción de la tutela y el nombramiento de un nuevo tutor no puede implicar la pretendida falta sobrevenida de legitimación activa, ya que el recurrente incapacitado sigue ostentando la condición de parte procesal legítima al no haber cesado en la titularidad del interés legítimo que dio lugar a la interposición de este amparo. Tampoco esa circunstancia determina un eventual incumplimiento sobrevenido de las exigencias de representación, ya que, ostentando el entonces tutor del recurrente la representación de éste y habiendo conferido para la comparecencia en este proceso su representación a un Procurador, no ha existido ningún acto del nuevo tutor revocatorio de la decisión de ejercitar la acción de amparo y el nombramiento de dicho Procurador que, en consecuencia, debe considerarse subsistente...”.

IV.- Jurisprudencia constitucional sobre la protección de derechos económicos y sociales de la persona discapacitada:

9. Medidas de acción positiva en el acceso al empleo público y privado.

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, en materia de trabajo y empleo, señala que los Estados partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación. Entre las medidas que menciona para el logro de la integración de las personas con discapacidad se refiere de manera expresa a “emplear a

personas con discapacidad en el sector público” (art. 27.1 g), y a “promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas” (art. 27.1 h).

A) Empleo público

Por lo que se refiere al empleo público, en el ordenamiento jurídico español son dos los mecanismos principales que están al servicio de esta finalidad:

-por un lado, la reserva de un porcentaje de plazas en las ofertas de empleo público para ser cubiertas por personas con discapacidad y,

-de otro, la realización de las adaptaciones de tiempo y medios de las pruebas selectivas y las adaptaciones de los puestos de trabajo que resulten necesarias en cada caso.

El Estatuto Básico del Empleado Público, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, prevé en su art. 59 lo siguiente:

“Artículo 59. Personas con discapacidad.

1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.

La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

2. Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”.

Sobre la existencia de una reserva de plazas en favor de las personas con discapacidad en la Administración Pública se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 269/1994, de 3 de octubre. Esta Sentencia resuelve el recurso de amparo planteado por una aspirante a una plaza de funcionaria que considera vulnerado el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), por haber sido preterida en el acceso a la plaza a la que aspiraba en favor de otro concursante, que, habiendo obtenido una puntuación inferior a la suya, se acogió a la reserva de plazas para minusválidos establecida en la convocatoria. La queja de la recurrente quedaba centrada en la posible irracionalidad de una diferencia de trato que, al margen de los principios de igualdad en el acceso a la función pública en atención al mérito y la capacidad acreditados, se basaba en una condición de la persona (su discapacidad) que ponía en peor situación a aquéllas otras que, aun habiendo obtenido puntuaciones superiores, no se hallaban afectadas por discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

Para el Tribunal Constitucional es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, no vulnera el derecho a la igualdad. Así, afirma que, “es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la O.I.T.) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 C.E., y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 C.E. Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de

desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar” (FJ 4).

Una vez descartado que la medida sea discriminatoria, en sí misma considerada, el Tribunal Constitucional analiza seguidamente su legitimidad desde la perspectiva del derecho a acceder a funciones públicas en condiciones de igualdad, plasmado en el art. 23.2 C.E.

Señala el Tribunal que no se ha producido una valoración, como mérito, de una condición del sujeto (su discapacidad física, síquica o sensorial) que no tiene anclaje con la aptitud para el desempeño del cargo funcional; “se ha intentado promocionar la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, lo que, en sí mismo no sólo no es contrario a la igualdad, sino que la hace posible y efectiva, a través de un mecanismo, la reserva de plazas, que no restringe el derecho de los que opositan a las de turno libre (puesto que éstos acceden a las de su turno en condiciones que no son censurables desde la perspectiva del art. 23.2 C.E.) ni exceptúan a los sujetos favorecidos con la reserva, que quedan obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que les son inherentes, asegurándose así la tutela de la eficacia administrativa en la gestión de los intereses generales (art. 103.1 C.E.). En síntesis, el respeto a los principios consagrados en los arts. 23.2 y 103.3 C.E. es manifiesto cuando presiden el proceso de selección de los aspirantes, sin que se vean obstaculizados por las reglas previas de distribución de plazas ofertadas cuya legitimidad, ya se ha dicho, no resulta discutible.

Por ello no cabe negar que en el caso, se cumplieron todas y cada una de las exigencias descritas. Los candidatos que podían optar a las plazas reservadas no fueron eximidos de acreditar su aptitud, superando las pruebas, y, sobre esta base común, el acceso de éstos a las plazas tuvo lugar por riguroso orden de puntuación” (FJ 5).

B) Empleo privado

Por lo que se refiere al empleo privado el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, prevé la fijación de una cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva, o bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

Junto a la cuota de reserva el ordenamiento jurídico español trata también de fomentar el empleo de las personas con discapacidad con incentivos económicos que tratan de vencer la resistencia empresarial a su contratación. Así, las empresas que contraten con carácter indefinido a personas con discapacidad pueden beneficiarse de subvenciones a tanto alzado, bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social y deducciones fiscales en el impuesto de sociedades.

Sobre la adopción de estas medidas en el empleo privado no ha habido ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

10. Discapacidad sobrevenida y mantenimiento del puesto de trabajo.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, señala en su art. 40 que los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga

excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

Las adaptaciones que debe adoptar el empresario tienen, por tanto, una doble manifestación. De un lado, cabe exigir la accesibilidad en la empresa mediante la eliminación de barreras y adecuación de instalaciones. En segundo lugar, estaría el deber de adaptar el puesto, lo que comporta la obligación de introducir mejoras que permitan al trabajador desempeñar su actividad adecuando herramientas de trabajo, introduciendo medidas de seguridad y adaptando el trabajo a los requerimientos de la discapacidad, por ejemplo, adaptando ritmos, jornada, descansos, horarios, modificando las funciones del trabajador, etc.

En relación con la discapacidad sobrevenida y las adaptaciones que debe hacer el empresario en el puesto de trabajo no hay pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Sí los hay en cambio en relación con diferentes efectos de la discapacidad sobrevenida sobre el empleo.

Así en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, el Tribunal Constitucional, en relación con el sometimiento de los trabajadores a reconocimiento médico en los supuestos previstos por la ley, señaló que “el reconocimiento médico en la relación laboral no es (...) un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud. (...) . En suma, la regla es -y la regla tiene una clara base constitucional a tenor de la conexión íntima entre los reconocimientos médicos y derechos fundamentales como el de la intimidad personal- la conformidad libre, voluntaria e informada del trabajador para la vigilancia y protección de su salud frente a los riesgos del trabajo”.

Por su parte, la STC 62/2008, de 26 de mayo, analiza si la discapacidad física, por razón de enfermedad, como causa de despido, constituye un supuesto de

discriminación prohibida por el art. 14 CE. En el recurso de amparo resuelto por la citada Sentencia la causa alegada por la empresa para el despido del trabajador recurrente fue la trasgresión de la buena fe contractual consistente en no haber comunicado su enfermedad previa en las vértebras cervicales que le impedía trabajar en la construcción, y sus continuas bajas por dicha enfermedad en las distintas empresas del sector para las que había prestado servicios. Los órganos de la jurisdicción ordinaria entendieron que de la prueba practicada se aprecia que el motivo real del cese fueron las bajas médicas del empleado previas a la contratación y su ocultación a la empresa, que hacían que su prestación de trabajo no fuera rentable para la misma. La cuestión que se plantea ante el Tribunal Constitucional consiste en determinar si un despido motivado por las dolencias físicas del trabajador debe ser declarado nulo por discriminatorio.

Señala el Tribunal que, “no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente, (...), cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”.

Ahora bien, considera el Tribunal Constitucional que no es éste el supuesto analizado en el recurso de amparo enjuiciado, en el que la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo. Es decir, en el supuesto planteado en el recurso de amparo resuelto por la sentencia comentada, la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a

efectuarla. Por ello, para el Tribunal Constitucional la decisión empresarial no constituye en sí misma una decisión discriminatoria y, en consecuencia, se deniega el amparo solicitado.

Por último en la STC 96/1989, de 29 de mayo, se admite que la minusvalía de un trabajador sancionado “es un factor que el Juez laboral pudo tener en cuenta para atemperar, por razones de equidad, la sanción muy grave de traslado forzoso inicialmente impuesta por el empresario, sustituyéndola por otra sanción, también muy grave según la norma del Convenio Colectivo aplicable al caso, pero menos intensa u onerosa en sus efectos para el sancionado, sin que ello suponga en modo alguno desapoderar con carácter general a la entidad recurrente de su poder disciplinario, ni tampoco crear, como pretende la actora, «una justicia especial para ciegos», sino sólo ponderar el rigor o la intensidad de la norma sancionadora a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, fijando, como resultado de tal ponderación equitativa, una sanción de menor entidad y más adecuada a la falta cometida”. En el supuesto resuelto por esta Sentencia se trataba de enjuiciar un resolución judicial en la que el Juez laboral, tras confirmar la calificación de la conducta culpable del trabajador como una falta muy grave, con arreglo a los hechos probados y a lo dispuesto en los preceptos legales y convencionales aplicables al caso, modera la intensidad de la sanción, imponiendo otra menos onerosa o de menor entidad para el trabajador entre las también previstas como sanciones muy graves en la norma sancionadora del Convenio Colectivo de la empresa, y ello atendiendo sobre todo a razones de humanidad por la invidencia del sancionado.

11. Protección social de las personas con discapacidad.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala en su art. 28 que los Estados parte reconocen “el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho”.

En el ámbito del sistema de protección social español existe un conjunto de prestaciones que están dirigidas a dar cobertura a las necesidades que puedan producirse

por la existencia de una discapacidad o de una incapacidad. Se trata de un cuadro de derechos sociales que se enmarcan en los arts. 41 y 49 CE y que se puede clasificar en cuatro grandes apartados:

- Prestaciones del Sistema de Seguridad Social.
- Prestaciones para los no incluidos en el Sistema de Seguridad Social por no desarrollar una actividad laboral.
- Servicios sociales.
- Sistema de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

La protección social de carácter económico de mayor intensidad hacia las personas con discapacidad se produce en el ámbito del sistema de Seguridad Social a través de las prestaciones contributivas (que percibirán aquellos que reúnen unos períodos de cotización previos y cuya cuantía está determinada, en parte, en función de las cotizaciones realizadas) y no contributivas (para los que no reúnen los requisitos de cotización correspondientes y demuestran una carencia de ingresos) de incapacidad permanente.

En el sistema español, la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo reglamentariamente establecido. A efectos de la determinación del grado de la incapacidad se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente. Los grados son cuatro: a) Incapacidad permanente parcial. b) Incapacidad permanente total. c) Incapacidad permanente absoluta. d) Gran invalidez.

El art. 196 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en adelante TRLGSS) establece que la prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual consistirá en una cantidad a tanto alzado, mientras que las correspondientes a la incapacidad permanente total y a la incapacidad permanente absoluta consistirán en una pensión vitalicia. Por su parte, el trabajador declarado gran

inválido tendrá derecho a la pensión correspondiente a la incapacidad permanente absoluta incrementándose su cuantía en un 50 por 100, con el fin de que el inválido la pueda destinar a la persona que le atiende.

El art. 198 TRLGSS establece que la pensión vitalicia por incapacidad permanente total será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente, mientras que las correspondientes a los casos de invalidez absoluta o gran invalidez “no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre distintas cuestiones en relación con el régimen jurídico de la incapacidad permanente. Entre las sentencias pronunciadas destaca la STC 205/2011, de 15 de diciembre, en la que ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra un precepto del TRLGSS que regula la revisión por el organismo competente de las situaciones de incapacidad permanente.

Esta ley prevé que toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional. No obstante lo anterior, si el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución.

Sin poner en duda la posibilidad de que el legislador establezca plazos mínimos para la revisión del grado de invalidez reconocido, entiende el órgano proponente de la cuestión de inconstitucionalidad que el precepto cuestionado podría vulnerar el art. 14 CE al establecer una excepción para los pensionistas que estén ejerciendo una actividad laboral, que entiende injustificada y carente de un fundamento respetuoso con los derechos fundamentales, toda vez que impide la posibilidad de revisión anticipada

anterior al plazo fijado por la entidad gestora a aquellos pensionistas que no desarrollen actividad laboral, sea cual fuere su situación física.

Considera el Tribunal Constitucional que el diferente tratamiento que la ley ofrece a unos y otros pensionistas de incapacidad permanente en cuanto a la posibilidad de revisión del grado de pensión reconocido está basado en la toma en consideración de una circunstancia jurídicamente relevante, cual es el hecho de que el pensionista compatibilice o no su pensión con el ejercicio de una actividad laboral, por cuenta propia o ajena, circunstancia que justifica, sobre la base de consideraciones directamente relacionadas con el contenido y objeto del sistema de protección considerado, que el agravamiento o la mejoría del estado invalidante del pensionista deba tener un reflejo inmediato en el grado de incapacidad reconocido, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los pensionistas que no desempeñan ninguna actividad laboral, en que no concurren dichas circunstancias. En la medida en que el aplazamiento de la posibilidad de revisión en el caso de estos últimos es meramente temporal y que su fijación ha tenido que establecerse con base en criterios técnicos susceptibles de revisión judicial, no puede considerarse que los efectos del tratamiento diferente resulten desproporcionados desde el punto de vista de la finalidad perseguida, ni su resultado excesivamente gravoso o desmedido. Se trata, por ello, de una diferenciación constitucionalmente lícita desde la perspectiva del art. 14 CE.

También en relación con la incapacidad permanente debe citarse la STC 197/2003, de 30 de octubre. En esta Sentencia se planteó la posible vulneración del derecho a la igualdad por un precepto del TRLGSS que impide declarar en la situación de gran invalidez a una persona que esté percibiendo la pensión de jubilación. Lo que se cuestiona concretamente en la Sentencia comentada es que los beneficiarios de las prestaciones de incapacidad permanente que pueden solicitar la revisión del grado de invalidez que tuvieran reconocido sólo serán aquéllos que en el momento del hecho causante acrediten, entre otros requisitos, no haber cumplido la edad de jubilación establecida en el TRLGSS, limitación que según el órgano judicial proponente lesiona el art. 14 CE, por cuanto, según considera, la definición legal de la gran invalidez no se efectúa desde la limitación de la capacidad laboral del afectado, sino desde la necesidad de la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, y de ahí el incremento de la cuantía de la prestación de gran invalidez en un 50 por 100, con la finalidad de que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda.

El Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad al considerar que la norma no vulnera el art. 14 CE, pues “no es la edad aislada y selectivamente considerada la que desencadena en el precepto la diferenciación entre dos grupos de personas, sino la edad en cuanto implica la línea de separación entre la situación de vida laboral activa y la de finalización de ésta”. Afirma que el legislador parte de una previa diferenciación de contingencias protegidas y estatutos jurídicos diversos, estableciendo una regulación dispar para supuestos de hecho objetivamente distintos. “El ordinario declive de las facultades por razón de edad que presume el régimen de jubilación frente al patológico sobrevenido para el trabajo durante la vida activa, independiente de la edad, define dos situaciones diversas y, consecuentemente, dos marcos distintos de protección. Lo contrario, como tantas veces se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, llevaría a erigir en eje central del sistema de pensiones no a la vejez sino a la invalidez”. En efecto, “el cierre de la protección propia de la incapacidad permanente conforme a una técnica de conversión a favor de la de jubilación, una vez alcanzada la edad en la que se permite adquirir la condición de pasivo, permite fijar para quien se encuentra en edad pensionable, en atención a la presunción de retirada definitiva del mundo del trabajo, mecanismos distintos de compensación de la pérdida de su capacidad de ganancia, lo que representa una opción constitucionalmente admisible para la protección de quienes han culminado su vida laboral”. Las situaciones de vejez y las de invalidez son distintas, por lo que en principio pueden recibir un diverso tratamiento legal.

Esta misma doctrina ha sido reiterada en la STC 78/2004, de 29 de abril.

Sobre el resto de prestaciones en materia de protección social de la discapacidad solo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional para resolver problemas competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

V.- Jurisprudencia constitucional sobre acceso a la función pública y derecho a la participación política de la persona discapacitada:

12. Situaciones de discriminación de personas con discapacidad que desean optar a cargos representativos:

El art. 23.1 de la CE proclama 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”, sin formular ninguna referencia expresa a su ejercicio por personas afectadas por una discapacidad. Por su parte, el art. 29 de la Convención de las Naciones Unidas del año 2006 recoge el compromiso de los Estados miembros para garantizar “a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con los demás”, desglosando a continuación los ámbitos de actuación más destacados, empezando por el de su participación “directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de...votar y ser elegidas”.

En lo que hace a la primera de ambas facetas, la de la participación directa, se recoge también como derecho en el art. 54 de la Ley General de Derechos de las Personas con discapacidad, así como su interacción con las administraciones públicas, a cuyo efecto se prevé como mínimo la creación de un órgano especializado, el Consejo Nacional de la discapacidad (art. 55) y dentro de éste, la oficina de Atención a la Discapacidad, encargada de “promover la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad” (art. 56).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha tenido que ocuparse hasta ahora de la inconstitucionalidad de normas vulneradoras del derecho de participación política directa, *ex* art. 23.1 CE, por razón de la discapacidad, ni de actos administrativos o judiciales que impidan o dificulten la constitución y funcionamiento de dichas entidades.

13. Ejercicio del derecho al voto:

a) Pérdida del derecho por sentencia de incapacitación:

El Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad de la ONU, en su informe inicial sobre el estado de cumplimiento por España de los diversos derechos recogidos por la Convención, fechado el 3 de mayo de 2010, muestra en general su satisfacción en el ámbito del art. 29, haciendo especial mención –apartados 214 a 227- a las normas aprobadas en nuestro país para garantizar el ejercicio del derecho al voto secreto por los discapacitados visuales (normativa a la que más adelante nos

referiremos), y protocolos de actuación en el caso de electores con discapacidad auditiva. Cabe añadir, en este punto, la aprobación del 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”, en el que se garantiza el acceso a las personas con discapacidad a los locales y mesas electorales y se disponen medidas tales como el funcionamiento de un servicio gratuito de interpretación de lengua de signos a través de intérprete, para las personas sordas o con discapacidad auditiva, quienes deben de solicitarlo de antemano mediante comunicación a la Junta Electoral de Zona y la accesibilidad tanto a los recintos donde se celebren actos electorales, como a la propaganda de los partidos políticos.

Ahora bien, el propio Comité de la ONU, en su posterior informe de 19 de octubre de 2011, tras la fase de requerimiento de información a los Estados signatarios de la Convención sobre aspectos que consideraban dudosos o problemáticos, ha mostrado su preocupación –apartados 47 y 48- acerca de la posibilidad legal de prohibir el ejercicio del voto a personas discapacitadas por medio de sentencia, cuestión de la que nos ocupamos de inmediato.

La doctrina del Tribunal ha declarado reiteradamente, que el ejercicio del derecho de sufragio activo forma parte del contenido esencial del derecho fundamental del art. 23.1 CE. Como muestra, la STC 167/2001, de 16 de julio, FJ 5:

“El art. 23.1 CE garantiza un derecho de participación que puede ejercerse de dos formas distintas, bien directamente, bien por medio de representantes. En relación con esta última posibilidad la Constitución concreta que se trata de representantes elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, lo que apunta, sin ningún género de dudas, a la representación política, con exclusión de otras posibles representaciones de carácter corporativo, profesional, etc. Así lo viene entendiendo de forma constante y uniforme este Tribunal, que, al realizar una interpretación conjunta de los dos apartados del art. 23 CE -y dejando ahora al margen el derecho de acceso a las funciones públicas-, ha afirmado que en ellos se recogen "dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 de la Constitución" (STC 71/1989, de 20 de noviembre, FJ 3): el derecho electoral activo y el

derecho electoral pasivo, derechos que aparecen como "modalidades o vertientes del mismo principio de representación política" (ibídem.). "Se trata -hemos afirmado en nuestra STC 51/1984, de 25 de abril- del derecho fundamental, en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el art. 1 y es la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español. Por eso, la participación en los asuntos públicos a que se refiere el art. 23 es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el art. 66 de la Constitución y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 de la Constitución" (FJ 2). Asimismo hemos venido reiterando que dicho precepto garantiza el derecho a que los representantes elegidos permanezcan en su cargo y puedan ejercer las funciones previstas en la Ley. Hay por tanto una estrecha vinculación entre los derechos reconocidos en los apartados 1 y 2 del art. 23 CE y el principio democrático, manifestación, a su vez, de la soberanía popular (SSTC 32/1985, de 6 de marzo, 149/1988, de 14 de julio, 71/1989, de 20 de noviembre, 212/1993, de 28 de junio, y 80/1994, de 14 de marzo, entre otras)...".

El principal problema que puede presentarse en cuanto a la efectividad de este derecho fundamental, en su ejercicio por personas discapacitadas, es la existencia de una disposición legal que determine su prohibición directa si se acredita el padecimiento de una determinada enfermedad física o psíquica, o que abra la puerta a su declaración judicial a personas concretas, de acuerdo a la gravedad de su estado. Se constata que en el ordenamiento español no existe una norma del primer tipo (exclusión directa *ex lege*), pero sí del segundo (por declaración judicial individualizada), según se desprende del art. 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en su apartado 1, letras b) y c), y apartado 2, cuando dispone:

“Art. tercero. 1. Carecen de derecho de sufragio (...)

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicaran al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente”.

Recientemente, en su ATC 196/2016, de 28 de noviembre, el Tribunal ha conocido de un recurso de amparo en el que se cuestionaba la decisión judicial tomada conforme al art. 3.1.b) LOREG, declarando a la demandada por sentencia, “incapaz en sentido parcial para gobernarse por sí misma y para administrar sus bienes en los términos del informe forense, quedando sometida al régimen de patria potestad rehabilitada a ejercer por sus padres, privándola del ejercicio del derecho de sufragio activo”.

En su Antecedente 2.a), el ATC transcribe los motivos que aduce el Juzgado competente para considerar necesaria la privación del derecho de sufragio, argumentos que aceptó como válidos los tribunales superiores que intervinieron en la vía previa al amparo (Audiencia provincial en apelación, y Sala Primera del Tribunal Supremo en casación, confirmando ambos aquella sentencia):

“[Procede] la privación del derecho de sufragio activo a la demandada al constatare de manera indubitada en las dos exploraciones efectuadas y por este mismo magistrado las notables deficiencias que presenta la demandada en tal particular faceta electoral no sólo por su sustancial desconocimiento de aspectos básicos y fundamentales del sistema político y del mismo régimen electoral sino por la constatada influenciabilidad manifiesta de la misma, no siendo desvirtuado el informe pericial médico forense (dotado de las máximas garantías de objetividad e imparcialidad y merecedor de la más alta fiabilidad técnica por la extraordinaria profesionalidad de su autora, médico especialista en psiquiatría) por medio de prueba pericial médica de similar naturaleza y con capacidad y virtualidad probatoria para desvirtuar tal conclusión médico forense.

En modo alguno resulta suficiente para desvirtuar la eficacia probatoria del citado informe médico forense que la demandada en el acto de juicio afirmase haber votado en una ocasión y manifestase a preguntas de la letrada de la parte actora su interés en seguir votando (máxime cuando previamente se constató por la médico forense y por este magistrado que la misma presenta semejantes deficiencias graves —y que no se consideran superables mediante mecanismos de auxilio o apoyo, al estilo de los ‘asistentes de apoyo’ del Código Civil Cataluña —en tal aspecto y ni siquiera conoce el objeto de este proceso ni sus consecuencias).

Del mismo modo que resulta ineficaz e irrelevante para debilitar la fuerza probatoria del informe médico forense la manifestación de los padre[s] de la demandada

favorable a la ausencia de incapacidad de la misma en tal aspecto al tratarse obviamente de una cuestión no dispositiva no acreditando n[i] tan siquiera la parte actora que la participación futura en procesos electorales de la demandada suponga un elemento necesario y relevante para fomentar su autonomía personal e inserción social. (...), deficiencias que presenta la demandada en tal particular faceta electoral no sólo por su sustancial desconocimiento de aspectos básicos y fundamentales del sistema político y del mismo régimen electoral sino por la constatada influenciabilidad de la demandada a tales efectos del mismo modo que se constató la incidencia de tal influenciabilidad a efectos de prestación del consentimiento para tratamientos médicos...”.

A partir de lo declarado en la vía judicial previa, el ATC 196/2016 sostiene la inadmisión del recurso por la “manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo”, en virtud de dos razones esenciales: de un lado, la constitucionalidad del art. 3.1.b) LOREG, y de otro lado, la corrección de la motivación expresada por las resoluciones judiciales impugnadas.

En cuanto al primer aspecto, sostiene en su FJ 2 que el ejercicio del derecho fundamental al sufragio activo, derecho éste de configuración legal, no resulta incompatible con la imposición de concretas limitaciones por parte del legislador, entre ellas las previstas en los apartados b) y c) del mencionado art. 3.1, pues en ambos casos la decisión última se somete a un control por el juez:

“...el modelo constitucional de sufragio universal no es *per se* incompatible con la privación singularizada de este derecho, por causa legalmente prevista, sobre todo cuando dicha privación está revestida de la garantía judicial”.

Añade en el FJ 3 que la discapacidad de la que habla aquel precepto (art. 3.1.b LOREG) no es cualquiera que se comprenda en la definición amplia dada por la Convención de la ONU de 2006, sino aquella que reviste una intensidad tal que produce los efectos propios de los procesos y sentencias de incapacidad, en los términos del Código Civil. De este modo, el art. 3.1.b) persigue los mismos fines que el art. 29 de la Convención (referida como ya se dijo, al derecho a la participación política de los discapacitados) y el art. 9.2 CE (remoción de obstáculos que impidan o dificulten la igualdad material), en lo que atañe a la “emisión del voto libre, secreto y sin intimidación”, constatando que esta misma línea de pensamiento es la que defiende la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

En definitiva, el Auto entiende que la norma es constitucional porque “el precepto en cuestión no priva del derecho a voto los ‘discapacitados’ como grupo o colectivo, y por razón de cualquier discapacidad. Por el contrario, atribuye a los órganos judiciales la función de decidir sobre tal restricción del ejercicio del derecho fundamental de modo individualizado, en razón a las concretas circunstancias de cada persona y tras el oportuno proceso. No ampara este precepto la privación de este derecho de sufragio activo a las personas por el hecho de padecer cualquier discapacidad, sino sólo a aquellas respecto de las que así se decida, por sentencia, tras el oportuno proceso con las debidas garantías de defensa y prueba, y por razón de la concreta disfuncionalidad que padecen y que se proyecte sobre su capacidad intelectual y volitiva respecto del ejercicio del derecho de voto. Por ello, la restricción únicamente debe afectar a las personas que carecen del mínimo entendimiento y voluntad precisos para ejercer el voto libre que proclama el art. 23.1 CE. Además, la naturaleza de las medidas contempladas en los apartados i) a iii) del art. 29 a) de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad corrobora lo aquí afirmado, pues su finalidad es la de garantizar el efectivo ejercicio del voto que sea fiel reflejo de la libre voluntad de la persona con discapacidad y no, por el contrario, la mera introducción de la papeleta electoral en la urna...”.

En segundo y último lugar, en cuanto al caso concreto planteado, el Tribunal verifica que hubo una actividad de valoración de la prueba obrante en las actuaciones y que los órganos judiciales que han intervenido en sus distintos grados no han resuelto guiados por un automatismo. Se desprende, por el contrario, que:

“...la valoración de las concretas circunstancias de las que las resoluciones impugnadas deducen la incapacidad para el ejercicio del derecho de voto y que pone en tela de juicio por el Fiscal, no sólo no evidencia arbitrariedad, irracionalidad, o error patente en el discurso, sino que cumple con el canon de motivación reforzada exigible cuando de la restricción del ejercicio de derechos fundamentales se trata (por todas SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4, y 2/1999, de 25 de enero, FJ 2, entre otras), como es el caso”. En concreto, respecto de las pruebas que se ofrecen por la parte recurrente como

demostrativas de su aptitud para el ejercicio del voto, dice el mismo FJ 4 del Auto que con independencia de que la persona evidencia tener un cierto grado de conocimiento, es posible entender y querer en virtud de las pruebas, especialmente de carácter pericial y la de exploración directa por el juez, lo mismo que el ser influenciable por terceros. Así, “[n]o se trata, por tanto, de identificar ausencia de conocimientos o influenciabilidad de la persona con incapacidad, sino simplemente de reconocer que a través de estos datos, entre otros, insistimos, puede venirse en conocimiento del grado de desarrollo de las facultades mentales de la misma...”.

El ATC 196/2016 cuenta con un Voto particular de la Magistrada de la Sala, doña Adela Asua Batarrita, donde defiende que el recurso de amparo debió ser admitido a trámite por revelar una especial trascendencia constitucional [art. 50.1.b LOTC], al tiempo que disiente de los razonamientos de fondo del Auto. Entre otros aspectos, sostiene que el art. 3.1.b) LOREG es inconstitucional por vulnerar el art. 23.1 CE, interpretando el contenido de este derecho fundamental a la luz de las previsiones de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (arts. 5, 12 y 29), vía art. 10.2 CE, resaltando la incompatibilidad entre aquel art. 3.1.b) y el art. 20 de la Convención, la cual “ha sido puesta de manifiesto por las observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con España, de 23 de septiembre de 2011” (cita los apartados 47 y 48). A su juicio, por tanto, ni siquiera de manera individualizada puede restringirse judicialmente el derecho al voto de la persona con discapacidad física o mental, que por el contrario debe poder emitirlo siempre; y reprocha al precepto en examen de la LOREG, el no contener mención al “estándar de prueba” aplicable (VP, FJ 3). Finalmente cuestiona también las afirmaciones efectuadas por las resoluciones judiciales impugnadas para considerar acreditada la falta de aptitud de la demandada en el proceso *a quo* y ahora recurrente, para emitir consciente y libremente su voto, al venir a exigírsele un “plus con respecto a las demás personas con derecho al voto” (VP, FJ 4).

b) Carácter secreto del voto y discapacidad visual:

Fuera ya de la problemática de la prohibición de ejercicio del derecho al sufragio activo por discapacitados psíquicos, la doctrina del Tribunal también se ha ocupado de las concretas condiciones para su realización por discapacitados físicos. En función de

la enfermedad que padece la persona, el problema puede incumbir a la imposibilidad de realizar el acto de votar por sí misma, requiriendo para ello el auxilio de otra persona de su confianza. Sin embargo, en el caso de la discapacidad visual, el debate se centra precisamente en facilitar la realización del sufragio con plena autonomía, sin sacrificar las garantías que le son propias, entre ellas la de su carácter secreto, el cual se erige en excepción al principio de publicidad que caracteriza la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, como ha destacado por ejemplo, la STC 99/2004, de 27 de mayo, FJ 13, con cita de otra anterior, señala:

“Resulta aquí plenamente pertinente volver a recordar lo que ya dijimos en la citada STC 85/2003, y que reproducen las resoluciones objeto ahora de recurso, a saber, que entre el objeto de protección del derecho a la intimidad ‘no se encuentran los datos referentes a la participación de los ciudadanos en la vida política, actividad que por su propia naturaleza se desarrolla en la esfera pública de una sociedad democrática, con excepción del derecho de sufragio activo dado el carácter secreto del voto. De esta manera, el ejercicio del derecho de participación política (art. 23.1 CE) implica en general la renuncia a mantener ese aspecto de la vida personal alejada del público conocimiento’ (FJ 21)...”.

El art. 87 de la LOREG, redactado conforme a la Ley Orgánica, 9/2007, de 8 de octubre, que la modifica parcialmente (entrada en vigor el 10 de octubre de 2007), proveyó a una solución frente a las dos situaciones arriba indicadas, en los términos siguientes:

“1. Los electores que no sepan leer o que, por discapacidad, 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.

2. No obstante, el Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central, regulará un procedimiento de votación para las personas ciegas o con discapacidad visual que les permita ejercer su derecho de sufragio, garantizando el secreto del voto, que se aplicará, en todo caso, a las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, a las elecciones al Parlamento Europeo y a los supuestos de referéndum”.

La previsión del art. 87.2 de la LOREG encuentra su desarrollo normativo hasta la fecha, en el 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 sufragio”. En síntesis, se implementa la obligación, para quien

quiere acogerse a este mecanismo, de comunicarlo previamente al Ministerio del Interior, siempre que sean personas que sufren de discapacidad visual con un grado de minusvalía superior al 33 por ciento y que a la vez conocen el sistema braille. Una vez registrados, el día de la respectiva votación le será entregado a cada uno por el presidente de su mesa electoral, las instrucciones en braille junto con unos sobres “por cada una de las candidaturas con la indicación de ésta en tinta y en sistema Braille”, siendo que dentro de cada sobre se encontrará una papeleta normalizada correspondiente a la candidatura indicada en el exterior del sobre. Por Orden del Ministerio del Interior INT/3817/2007, de 21 de diciembre, se detallan a su vez los datos que ha de comunicar la persona previamente, así como los canales de información de los que éste dispone sobre las candidaturas.

El sistema que aquí se describe, ha sido considerado suficiente por el Tribunal para garantizar el correcto ejercicio del derecho de sufragio por personas invidentes. En su ATC 387/2008, de 15 de diciembre, conoció de la queja de vulneración del derecho a la participación política (art. 23.1 CE), “en su concreto aspecto del derecho al secreto del voto” (Antecedente 3), planteada por un ciudadano quien de manera infructuosa se había dirigido a la Junta Electoral competente primero, y a los tribunales contencioso-administrativos después, pidiendo se le garantizara la accesibilidad en braille a las papeletas de votación. Estos órganos habían fundado su negativa en el dato de que, a la fecha en que se formuló la solicitud, la legislación electoral todavía no había incorporado un mandato específico para facilitar el voto por discapacitados visuales (el art. 87 LOREG era de apartado único, con el contenido que ahora tiene el apartado primero antes citado, y aludía a quienes tuvieren “defecto físico”, lo que tras la Ley Orgánica 9/2007 se sustituyó por “discapacidad”), de manera que debían atenerse a la dicción literal de la ley.

Pues bien, el Tribunal en el ATC 387/2008, FJ 2, recuerda que el secreto es un atributo del derecho al sufragio activo protegido por el art. 23.1 CE, y que los poderes públicos están obligados a la adopción de medidas para garantizar el ejercicio de este derecho, pero sin que quepa la predeterminación de cuáles deben ser necesarias a este fin, tarea que le corresponde asumir al legislador:

“El art. 23.1 CE garantiza el derecho de sufragio activo, cuya extraordinaria significación en relación con la soberanía popular ya ha sido resaltada por este Tribunal, en cuanto integra ‘el más importante ejercicio de la soberanía por los ciudadanos’ (STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 4). En tal sentido, no obstante, hemos insistido siempre en que el derecho de sufragio activo se ejerce mediante el voto universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos en que la Ley lo configura y regula su ejercicio (STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 4), aludiendo en especial a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, la cual articula, en palabras de su preámbulo, ‘el procedimiento de emanación de la voluntad mayoritaria del pueblo en las diversas instancias representativas en que se articula el Estado español’ (por todas, STC 170/2007, de 18 de julio, FJ 5). No cabe duda de que el derecho a la participación política, contemplado en el art. 23.1 CE impone a los poderes públicos la obligación de adoptar medidas positivas destinadas a facilitar el ejercicio del voto; los derechos subjetivos que tales medidas positivas puedan generar en favor de los ciudadanos pueden llegar a integrar el contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental. Sin embargo no existe un derecho a exigir medidas legislativas concretas...”.

En concreto, el Tribunal no considera exigible constitucionalmente la adopción del sistema braille en el caso de la discapacidad visual, puesto que:

“...no es el único sistema posible para facilitar a los invidentes el acceso a las papeletas electorales en condiciones de confidencialidad, por ello no viene necesariamente impuesta por el art. 23.1 ce, aunque, como es obvio, no está tampoco constitucionalmente impedida. Así corresponde exclusivamente a la libre decisión del legislador...”.

Sentado esto, sin embargo, el Auto no precisa a qué otros mecanismos alternativos se refiere, y lo que sí es cierto es que tras ilustrar a renglón seguido sobre la reforma del art. 87 LOREG por la ya citada Ley Orgánica 9/2007, se detiene en las otras normas de inferior rango dictadas en el mismo año, las que, como ya se ha dicho, apuestan por el uso del sistema braille para los invidentes.

Ya en cuanto a la lesión constitucional planteada, ésta se considera que no concurre, tanto porque el recurso de amparo se considera planteado de manera preventiva (“no impugna directamente un acto electoral –por otra parte inexistente- en

virtud del cual en unas elecciones concretas, al ejercer su derecho al voto, haya debido hacerlo renunciando al secreto del mismo”), como porque, en todo caso, la Junta Electoral y los tribunales que conocieron del recurso contencioso-administrativo aplicaron las normas entonces vigentes, en las cuales nada se decía acerca de la implementación del sistema braille:

“Resulta, pues, que el legislador ha satisfecho, aunque sea para el futuro, las pretensiones del recurrente con posterioridad a la interposición del recurso de amparo, creando un sistema específico que facilita el ejercicio del derecho al voto por parte de personas invidentes sin necesidad de asistencia externa. No obstante, en el momento en que se dictaron, las resoluciones administrativas y judiciales aquí impugnadas aplicaron de manera razonable y jurídicamente fundada las disposiciones entonces vigentes de la Ley Orgánica de régimen electoral general, en particular de su artículo 87, por lo que no cabe entender que resultaran lesivas del derecho fundamental invocado. Por las mismas razones han de decaer también las quejas relativas a la vulneración del derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), vinculadas argumentalmente a la principal...”.

El párrafo transcrito corrobora la tesis del Tribunal de que han de desvincularse las medidas de facilitación del derecho al voto, con el contenido constitucionalmente exigible del mismo. Parece lo lógico interpretar, en todo caso, que esas medidas, sea bajo una u otra modalidad, deben existir. En el presente asunto, la naturaleza cautelar de la solicitud formulada en origen por el recurrente, impidió que el Tribunal pudiera conocer de una situación real de denegación del derecho al voto secreto, lo que hubiera podido traer consigo la admisión del recurso de amparo y su eventual estimación. Al no haber sido así, el Tribunal dictó Auto inadmitiéndolo a trámite por carencia de contenido constitucional de la pretensión interpuesta.

VI.- Derecho a la educación, ordinaria y especial, de la persona discapacitada:

14. Educación inclusiva y escolarización en centros de educación especial.

El art. 27 CE reconoce el derecho de todos a la educación y el art. 49 CE, sin reconocer derechos fundamentales, ordena a los poderes públicos realizar una política

de integración de los discapacitados. Estos preceptos, como el Tribunal Constitucional ha venido afirmando desde la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4, han de ser interpretados, en virtud del art. 10.2 CE, a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales que España haya celebrado sobre la materia.

En este sentido, cobra especial relevancia la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que en su art. 24.1 reconoce expresamente el derecho a la educación a las personas discapacitadas, indicando que para “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”, debiendo garantizar dichas partes, según el art. 24.2, entre otras medidas, que “las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación”, “se hagan los ajustes razonables en función de las necesidades individuales”, “se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva”, “se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión” [letras a), c), d) y e), respectivamente]. En el art. 2 de la Convención se prohíben todas las formas de discriminación de estas personas, entre ellas “la denegación de ajustes razonables”, entendiéndose por éstos “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”.

En el ordenamiento español la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, también prevé en su art. 74.1 que “la escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad en el acceso y la permanencia en el sistema educativo”, de forma que la escolarización de estas personas en unidades o centros de educación especial “sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”. Dicha norma dispone, por otra parte, que la valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realizará “por personal con la debida cualificación y en

los términos que determinen las Administraciones educativas”, correspondiendo a éstas últimas “promover la escolarización en la educación infantil del alumnado que presente necesidades educativas especiales” (art. 74.2 y 4).

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 sólo 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, 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.

Sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 10/2014, de 27 de enero. Esta Sentencia resuelve el recurso de amparo planteado por los padres de un menor que padece un determinado grado de autismo, contra la resolución administrativa que acordó que dicho menor fuera escolarizado en un colegio público de educación especial en lugar de en un centro ordinario. Consideran los recurrentes que se ha vulnerado el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la educación del menor (art. 27 CE), al haber sido escolarizado en un centro de educación especial sin haberse explicitado por la Administración porque las atenciones que precisa no pueden ser prestadas en un centro de educación ordinaria, suponiendo esta actitud, a su juicio, una causa de discriminación respecto del mismo en atención a su discapacidad.

Desde esta perspectiva, entienden que la respuesta dada por la Administración educativa al problema planteado no es constitucionalmente admisible, pues no explica por qué los apoyos que requiere el menor no pueden ser prestados en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

El Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que la decisión de la Administración no ha vulnerado los derechos fundamentales a la educación e igualdad

del menor, pues del expediente educativo del alumno en su conjunto se deduce sin dificultad que la resolución administrativa sí justifica la decisión de que el alumno continúe escolarizado en un centro de educación especial, ponderando su especiales necesidades educativas.

Así, como consta en los antecedentes de la Sentencia, se realizó una evaluación psicopedagógica al alumno el 9 de octubre de 2006, en la que se le apreció “un importante retraso madurativo”, sugiriéndose ya que fuera atendido por especialistas; durante su permanencia en otro colegio distinto se le practicó una segunda evaluación, en octubre de 2008, a instancia de la Administración educativa en la que se le diagnosticó, entre otras afecciones, “un trastorno grave del espectro autista”, “un retraso grave del lenguaje” y un “trastorno de déficit de atención con hiperactividad”, proponiéndose para él “un centro específico de educación especial” porque “el nivel de competencia curricular del alumno corresponde, especialmente en el lenguaje oral, con un nivel aproximado de 1 año de edad”, “es preciso realizar adaptaciones curriculares significativas en todas las áreas del currículo, tomando como referencia el currículo de la etapa 0-3 años”, “requiere el alumno una atención individualizada y constante del profesor en pequeño grupo (máximo 4 alumnos)”. Por ello, la comisión de escolarización dicta una resolución de 2008 por la que escolariza al menor en un centro de educación especial, subrayando que “todos los informes obrantes en el expediente son coincidentes y no dejan margen de dudas respecto a las clarísimas necesidades especiales del menor”, así como “respecto a los graves problemas de aprendizaje y comportamiento evidenciados en el aula”, lo que, sin duda, “a la vista de los medios y especialistas existentes en el Centro de Educación Especial Carrechiquilla, aconsejan, en beneficio exclusivo del menor, su escolarización en dicho Centro”; ante la queja de los padres, se practicó una nueva evaluación psicopedagógica al alumno en noviembre de 2009, en la que se vuelve a sugerir su escolarización en un centro de educación especial por la necesidad de que sea asistido por especialistas en audición y lenguaje, pedagogía terapéutica y un ayudante técnico educativo; finalmente, por la Dirección Provincial de Educación se realiza un informe psicopedagógico del menor por profesionales distintos, elaborado el 23 de septiembre de 2011, en el cual se ratifican las conclusiones anteriores sobre la necesidad de su escolarización en un centro de educación especial, al apreciársele “un trastorno generalizado del desarrollo” y la necesidad de que sea apoyado por los especialistas mencionados. Este informe sirvió de

base al dictado de la resolución de 13 de octubre de 2011 que es la recurrida en el amparo resuelto por la sentencia comentada. A lo largo de la tramitación de este expediente educativo, se solicitó la participación activa de los padres del alumno, los cuales mantienen diversas entrevistas con los responsables de los centros escolares y de la Dirección Provincial de Educación, participando además en el desarrollo de las pruebas realizadas a su hijo.

El Tribunal Constitucional considera que de la explicación que da en este caso la Administración educativa sobre el grado de discapacidad que presenta el menor y sobre las medidas específicas que éste requiere (adaptaciones curriculares en una edad muy inferior a la normal del curso en un colegio ordinario, “atención individualizada” en el aula, que, por otra parte, ha de verse reducida a “un máximo de 4 alumnos”, etc.), se infiere con naturalidad que la determinación de escolarización del alumno en un centro de educación especial adoptada por dicha Administración no puede reputarse como irrazonable o discriminatoria, siendo coherente con lo previsto en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (por referencia a lo previsto en su art. 2 sobre los ajustes que debe adoptar la Administración que no supongan “una carga desproporcionada o indebida”), así como respetuosa con el criterio de la Ley de educación cuando específica en su art. 74.1 que la escolarización de las personas con discapacidad sólo se realizará en centros especiales “cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”. 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.

La Sentencia cuenta con un voto particular formulado por dos magistrados. A su juicio, en el informe psicopedagógico realizado al menor se ponen de manifiesto, desde un punto de vista estrictamente científico, las deficiencias que padece el menor y se recomienda la escolarización del menor en un centro de educación especial; sin

embargo, nada se dice sobre el coste o la oportunidad de que la Administración lleve a cabo los ajustes necesarios para que el menor, con lo apoyos oportunos, pudiera integrarse en un centro de educación ordinario, como reiteradamente han solicitado los padres desde el principio.

Afirman que las opciones de escolarización no se agotan en la elección de un centro ordinario de educación frente a un centro especial de educación, hay una tercera opción que es la escolarización en un centro ordinario de educación con los apoyos necesarios para la inclusión de alumnos con necesidades especiales, y consideran que esta opción intermedia, no ha sido contemplada ni por los informes técnicos ni por la Administración educativa. 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.

VII.- Medidas para la eliminación de barreras que permitan la integración social de la persona discapacitada y de lucha contra formas directas e indirectas de discriminación:

15. Otras situaciones de discriminación indirecta por causa de discapacidad:

Para este último apartado hemos seleccionado, de manera representativa, a la STC 18/2017, de 2 de febrero, dictada por el Pleno del Tribunal para resolver el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno Vasco, en relación con el Real Decreto 1056/2014, de 12 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de emisión y uso de la tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad. Dada la articulación del sistema de competencias exclusivas y en su caso concurrente entre el Estado y las Comunidades Autónomas en los arts. 149 y 148 CE, se suscita en este caso la pretensión del Gobierno Vasco de que se declare la nulidad de la normativa dictada por el Gobierno de la Nación para uniformar el uso de tarjetas de aparcamiento en lugares públicos, de discapacitados físicos. A los fines meramente ilustrativos de este Seminario, reproducimos los pasajes de la Sentencia que permiten encuadrar el problema constitucional sometido a consideración del Tribunal, para el cual con contadas excepciones, dicha regulación sí es competencia del Estado ex art.

149.1.1ª CE (“La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”), por sobre la competencia autonómica del art. 148.1.20ª (“asistencia social”) de la misma Constitución:

- FJ 3: “De esta forma, el reconocimiento de un derecho o beneficio concreto (autorización para la utilización de plazas de estacionamiento reservado) a personas concretas (individuos con movilidad reducida y con problemas graves de movilidad), con una finalidad tuitiva o de protección (por razón de sus condiciones físicas desfavorables), y no proveniente del entramado orgánico de la Seguridad Social, sí puede considerarse un tipo de prestación incardinada en el bloque genérico de la asistencia social. En principio, por tanto, la regulación del régimen de esas autorizaciones debe realizarse por las Comunidades Autónomas, como de hecho ha venido ocurriendo hasta la aprobación del Real Decreto cuestionado.

Sin embargo, la respuesta final al conflicto planteado no debe detenerse en el reconocimiento material de las tarjetas de aparcamiento de las personas con discapacidad como un beneficio de asistencia social, sino que el análisis debe abarcar la incidencia que en este campo pueden tener las distintas competencias estatales. De no ser así, el contenido genérico del título competencial de la asistencia social correría el peligro de absorber funciones públicas de cualquier tipo cuando estén impregnadas de un sentido social. De manera que puede haber acciones de beneficencia pública, o aspectos de ellas, que tengan encaje más directo en otra competencia más específica y prevalente para su ordenación.

(...) Pues bien, para la cobertura de la posible intervención normativa estatal en relación con las tarjetas de estacionamiento de personas discapacitadas cabe la puesta en juego de un título competencial que está recogido en el Real Decreto cuestionado y que ha sido esgrimido en sus alegaciones por parte de la Abogacía del Estado en este conflicto: la competencia estatal para el establecimiento de condiciones básicas de ejercicio de derechos y deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), que presta sustento a la introducción de algunos requisitos y condiciones de acceso al derecho de uso de estas tarjetas, los cuales se introducen como garantía de la igualdad básica de los beneficiarios de estas autorizaciones en todo el territorio del Estado. Concretamente, el derecho fundamental en cuyo ejercicio interviene la normativa estatal con el propósito de asegurar esa homogeneidad regulatoria básica es la libertad de circulación (art. 19 CE).

(...) En cumplimiento de ese doble mandato constitucional, tanto general como específico (arts. 9.2 y 49 CE), es indudable que el Estado cuenta con cobertura para establecer una serie de condiciones *ex art. 149.1.1 CE*, que aseguren la libre circulación por todo nuestro territorio de personas que padecen algún tipo de discapacidad (art. 19 CE), en términos de igualdad sustancial. Esa circulación se realizará por medio de vehículos especiales, manejados por la propia persona discapacitada o por terceros, y comprende sin duda su estacionamiento en la vía pública, que es una actividad complementaria esencial de la circulación”.

- FJ 4: “De manera fundamental, el Real Decreto 1056/2014 encuentra así sustento en la competencia estatal para el establecimiento de condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos y deberes fundamentales (art. 149.1.1 CE), el cual habilita al Estado para incidir con ellas en una regulación sectorial que en principio corresponde aprobar a la Comunidad Autónoma del País Vasco como es la materia de asistencia social.

(...) La jurisprudencia constitucional viene reconociendo en concreto la cobertura que puede prestar el art. 149.1.1 CE para el fomento de políticas de asistencia social por parte del Estado, siempre que tengan conexión directa con la promoción de la igualdad. Con rotundidad expresamos en la STC 33/2014, de 27 de febrero, FJ 4, que es “posible promover, a través de la competencia reconocida al Estado en el art. 149.1.1 CE, mandatos, no ya genéricos sino específicos, recogidos en la Constitución como son los establecidos en el art. 50 CE, en relación con las personas mayores, o en el art. 49 CE, en relación con las personas discapacitadas; toda vez que se debe entender que los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I de la Constitución (entre los que se cuentan los recogidos en los citados arts. 49 y 50 CE) pueden ponerse en conexión directa con la regla competencial *ex art. 149.1.1 CE*”. En consonancia con esta doctrina, esta competencia estatal es el título que viene invocando el Estado -a veces con carácter único- para actuar normativamente en el ámbito de la protección social de personas que padecen discapacidad. Así consta en la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; en la disposición final octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; en la disposición final primera del 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; o en la disposición final octava del Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad, entre otros ejemplos.

Recientemente se ha reafirmado esta doctrina del reconocimiento de un margen estatal de regulación a partir del art. 149.1.1 CE de condiciones que pueden incidir materialmente en parcelas de la asistencia social, en cuanto competencias propias de las Comunidades Autónomas, con ocasión de una serie de recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, que, entre otras cuestiones vinculadas a la garantía de la estabilidad presupuestaria, modificaba el sistema de ayudas a la dependencia introducido unos años antes por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. Tanto la STC 18/2016, de 4 de febrero, FFJJ 7 y 8, como las sucesivas que la han seguido dentro de la misma familia de recursos (SSTC 36/2016, de 3 de marzo, 37/2016, de 3 de marzo, o 55/2016, de 17 de marzo), admiten que, sin duda, las nuevas modalidades de protección social estructuradas en tres niveles en los que participan la Administración general del Estado y las de las Comunidades Autónoma, se sitúan extramuros del sistema de servicios y prestaciones de la Seguridad Social y encajan materialmente en el ámbito de la asistencia social. Pero a la vez señalan que también es evidente que el art. 149.1.1 CE proporciona al Estado un título competencial apropiado para reconocer a los ciudadanos derechos subjetivos de contenido prestacional en relación con la atención a las situaciones de dependencia, así como para concretar la financiación estatal máxima en el sistema como garantía de igualdad en todo el territorio. Lo cual evidentemente afecta a lo que las Comunidades Autónomas puedan disponer en ejercicio de sus competencias propias...”.

- FJ 6: “Por el contrario, apreciamos que el art. 149.1.1 CE no presta cobertura a dos preceptos reglamentarios del Real Decreto 1056/2014 porque exceden de lo que la Constitución y nuestra doctrina permiten establecer como condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de un derecho o de un deber constitucional.

a) El art. 8.1 del Real Decreto establece una serie de obligaciones de los titulares de las tarjetas que, tanto cuando tienen carácter genérico (como la obligación de colaborar con los agentes de tráfico), como cuando tienen carácter excesivamente concreto (como el modo de colocar y exhibir la tarjeta en el vehículo), realmente no contribuyen al aseguramiento de la igualdad de todos los afectados en el cumplimiento de deberes constitucionales, que es lo que persigue el art. 149.1.1 CE. Aunque sean reglas con una justificación lógica evidente, no añaden nada desde el punto de vista

sustancial a la igualdad de los titulares de tarjetas de estacionamiento, por lo que en todo caso debe establecerlas quien ostente la competencia material correspondiente. Son prescripciones que denotan una voluntad de establecer un régimen jurídico completo de la materia, más que de introducir elementos clave de igualdad sustancial de los miembros de un colectivo.

En efecto, la obligación de colocación del documento original de la tarjeta bien en el salpicadero o bien en la parte interior del parabrisas delantero [letra b)] y la obligación de devolver las tarjetas caducadas al renovarlas [letra e)], son prescripciones prácticas muy concretas, que pretenden facilitar el control del uso de las tarjetas, pero que no se sitúan en el nivel de garantía de la igualdad sustancial de los usuarios. Lo mismo ocurre con la obligación de identificación personal ante los agentes de la autoridad, con una regla especial para los menores de 14 años [letra c)] y con la obligación de colaborar con esos agentes para minimizar el impacto en el tráfico por parte de los usuarios de las tarjetas en el tráfico [letra d)]: se trata de prescripciones que están más orientadas a facilitar el control administrativo del ejercicio de esta autorización especial que a evitar desigualdades en el cumplimiento de un deber, que además no tendría categoría constitucional.

De esta observación se ha de exceptuar la letra a) del artículo 8.1, que simplemente viene a establecer el deber de utilizar las tarjetas de estacionamiento de manera correcta, “conforme a las condiciones de uso previstas en el art. 6” del Real Decreto. En la medida en que hemos reconocido que esas condiciones de uso del artículo 6 son elementos básicos para la igualdad de todas las personas con discapacidad en el ejercicio de su libertad de circulación en vehículos a motor, no hay inconveniente competencial para que la norma estatal imponga un deber de ajustarse a ellas. Lo cual, dicho sea de paso, no tiene verdadero contenido prescriptivo innovador, puesto que esa obligación ya proviene de lo establecido en el propio artículo 6.

Por su parte, el artículo 8.2 de la norma cuestionada prevé genéricamente un régimen sancionador por incumplimiento de las anteriores obligaciones y de revocación de estas autorizaciones por uso fraudulento. En la medida en que esas obligaciones no tienen cobertura como condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de deberes constitucionales, no corresponde al Estado prever el establecimiento de un régimen sancionador correlativo, que además deberá satisfacer en todo caso las exigencias de tipicidad y reserva de ley que la Constitución exige para la concreta definición de infracciones y sanciones.

b) Aunque el rótulo del artículo 10 del reglamento indica que ese precepto regula la “renovación de la tarjeta de estacionamiento”, en realidad éste no contiene tal régimen general para renovar las autorizaciones (de hecho la norma no indica siquiera el plazo de validez de las tarjetas, ni su plazo de renovación), sino que sólo establece dos reglas muy concretas para facilitar a los usuarios el tránsito de una tarjeta de estacionamiento a la siguiente. Por un lado, la simple presentación en plazo de la solicitud de renovación produce el efecto de prorrogar la validez de la tarjeta vigente mientras se tramita la nueva y, por otro, las solicitudes de renovación se pueden formular válidamente hasta noventa días naturales posteriores a su fecha de expiración.

Sin duda, son prescripciones favorables para los titulares de las tarjetas en los periodos de renovación, pero que entran en un grado de detalle de una cuestión práctica de la tramitación de las autorizaciones que no justifica una intervención estatal, que debe ceñirse a asegurar la igualdad fundamental de derechos y deberes de las personas con discapacidad a efectos de su libre circulación en vehículos a motor, y no una uniformidad completa de régimen jurídico...”.
