

LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

[The constitutional prohibition of multiple discrimination in the field of disability]



PILAR LÓPEZ DE LA OSA

Prof^a Contratada Dra. Derecho Administrativo CU Villanueva (UCM)
Plopezde laosa@villanueva.edu

MERCEDES DE PRADA

Prof^a. Titular Acreditada de Derecho Procesal CU Villanueva (UCM)
mdeprada@villanueva.edu

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2018

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2018

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN ■ II. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y SU ARTICULACIÓN POR LOS PODERES LEGISLATIVOS Y JUDICIALES: ¿ES REALMENTE VISIBLE ESTA REALIDAD? ■ III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 22 ENERO DE 2018: UN CASO REAL DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE ■ 3.1. *Antecedentes administrativos* ■ 3.2. *La elevación del supuesto de hecho ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid* ■ 3.3. *La decisión del Tribunal Supremo: inadmisión del recurso de casación por razón de la cuantía* ■ 3.4. *La búsqueda de la igualdad y no discriminación ante el Tribunal Constitucional* ■ IV. RESPUESTA CONSTITUCIONAL ■ V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Resumen

Una gran mayoría de las personas con discapacidad se enfrentan a situaciones que les discriminan y que limitan su derecho a una vida plena. La ecuación discapacidad, libertad, igualdad y dignidad tienen

como resultado la invisibilidad social y su desprotección. En nuestro trabajo analizaremos, a través de un supuesto real, el largo camino que una persona con discapacidad recorre en diferentes instancias, tanto en órganos administrativos como jurisdiccionales, para denunciar la vulneración del derecho a la no discriminación múltiple. En esta larga búsqueda de la igualdad y no discriminación, la respuesta del Tribunal Constitucional es una puerta abierta a la esperanza en la plena igualdad y su tutela judicial.

Abstract

A large majority of people with disabilities face situations that discriminate against them and limit their right to a full life. The equation disability, freedom, equality and dignity result in social exclusion and its lack of protection. In this paper we will analyze, through a real assumption, the long path that a person with disabilities goes through in different instances, both in administrative and jurisdictional bodies, to denounce the violation of the right to non-discrimination. In this long search for equality and non-discrimination, the response of the Constitutional Court is an open door to hope in full equality and judicial protection.

Palabras clave

Discriminación múltiple, invisibilidad social, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Derechos Fundamentales, Tribunal Constitucional.

Keywords

Multiple discrimination, social exclusion, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Fundamental Rights, Constitutional Court.

I. INTRODUCCIÓN

El hilo conductor de este trabajo se podrá ver reflejado en las palabras textuales del legislador que citamos a continuación y que nos obligan a reflexionar sobre la realidad legislativa y jurisprudencial en materia de discapacidad que nos acompañarán en el desarrollo de nuestro estudio:

«El anhelo de una vida plena y la necesidad de realización personal mueven a todas las personas, pero esas aspiraciones no pueden ser satisfechas si se hallan restringidos o ignorados los derechos a la libertad, la igualdad y la dignidad. Este es el caso en que se encuentran aún hoy mujeres y hombres con discapacidad, quienes, a pesar de los innegables progresos sociales alcanzados, ven limitados esos derechos en el acceso o uso de entornos, procesos o servicios que, o bien no han sido concebidos teniendo en cuenta sus necesidades específicas, o bien se revelan expresamente restrictivos a su participación en ellos. Existe, pues, un variado y profuso conjunto de

impedimentos que privan a las personas con discapacidad del pleno ejercicio de sus derechos y los efectos de estos obstáculos se materializan en una situación de exclusión social, que debe ser inexcusablemente abordada por los poderes públicos»¹.

Una gran mayoría de las personas con discapacidad, en nuestro país, se enfrentan a situaciones que les discriminan y que limitan su derecho a una vida plena. De forma diversa, existen circunstancias que aumentan esta discriminación: el género, la edad, la situación social, el origen étnico, etc., que añadidas a una discapacidad aumentan la vulnerabilidad y la limitación de opciones de estas personas.

Así resulta evidente: la ecuación discapacidad, libertad, igualdad y dignidad sigue teniendo, en la actualidad, como resultado final, la invisibilidad social de un importante colectivo y, en consecuencia, su exclusión y desprotección, a todos los niveles. Aunque han sido años de lucha y de avances por el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, queda mucho camino por recorrer y muchos obstáculos que salvar para evitar situaciones de discriminación. Como es sabido, una situación de discriminación se produce cuando diferencias no relevantes son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato diferente, o bien cuando diferencias relevantes no son tenidas en cuenta para originar directa o indirectamente un trato diferente².

La publicación y ratificación por España de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD o Convención), firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2007, ratificada por España y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008, supuso un importante avance y una puerta a la esperanza para conseguir ese anhelo de una vida plena que evocaba el legislador del 2013³.

El artículo 13 de la CDPC consagra el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el acceso a la justicia y, de este modo, exhorta a los Estados a garantizar el acceso a la misma a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, incluso si ello supone la aplicación de ajustes razonables de procedimiento. Asimismo, el artículo 5 prohíbe toda discriminación por motivos de discapacidad

1. 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*. Esta norma se dicta en aplicación de lo previsto en la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Nace con el objetivo de refundir, aclarar y armonizar en un único texto, las principales leyes en materia de discapacidad: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de las Personas con Discapacidad (LISMI), la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (LIONDAU), 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. Esta tarea de refundición ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional.

<https://www.msssi.gob.es/ssi/discapacidad/informacion/leyGeneralDiscapacidad.htm> (Fecha de consulta: 20 de julio de 2018).

2. CUENCA GÓMEZ, P. y DE ASÍS, R., «La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad», en CAYO, L. y ÁLVAREZ, G., 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid 2012, págs. 53 y ss.

3. Como apunta DE ASÍS, R., «La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como marco de Interpretación de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española», *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – 2006/2016: una década de vigencia*, octubre 2016, pág. 135, «En definitiva, la Convención es una herramienta para la normalización de la sociedad a través de la lucha contra el discurso de lo especial que tradicionalmente ha estado asociado a la discapacidad, y a través de la exaltación de la riqueza que la diversidad produce en la sociedad».

e impone el deber de garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal, igual y efectiva, contra la discriminación por cualquier motivo. Con este fin, se especifica que no serán, en ningún caso, discriminatorias las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Por su parte, el artículo 9 CDPC proclama la accesibilidad como un derecho de carácter transversal a los derechos que son reconocidos en la CDPC, describiéndose en el artículo 2 cuáles son las diferentes formas de comunicación así como otras definiciones de algunos conceptos –como pueden ser el ajuste razonable o diseño universal, sobre los que volveremos más adelante–.

En definitiva, a través de su articulado, la CDPD destaca que la discapacidad como concepto está en constante evolución y surge de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras con las que se encuentran, la mayoría de las veces, debido a la actitud y al entorno que las rodean, que imposibilitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones. Así pues, el propósito de la CDPC es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de las personas con discapacidad, sin olvidar el respeto de su dignidad inherente (art. 1 CDPC).

En el concepto de personas con discapacidad, se incluyen aquellas que sufren deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que ven disminuida su participación e integración en la sociedad en condiciones de igualdad al encontrarse con barreras externas. No obstante, la CDPD, en su artículo 4, establece una obligación de adaptación normativa con el compromiso de los Estados de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

Este compromiso de los Estados queda delimitado en dos grandes objetivos: 1.– Implementar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos que reconoce la CDPD; 2.– A través de todas las medidas que sean necesarias, incluidas las legislativas, modificar o derogar normativas, costumbres y cualquier práctica que discrimine a las personas con discapacidad.

Una vez delimitado brevemente el marco general que engloba los principios fundamentales establecidos en la CDPD, en este trabajo, analizaremos, a través de un supuesto real y de actualidad⁴, el largo camino que una persona con discapacidad recorre en diferentes instancias, tanto en órganos administrativos como jurisdiccionales, para denunciar la vulneración del derecho a lo no discriminación.

II. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y SU ARTICULACIÓN POR LOS PODERES LEGISLATIVOS Y JUDICIALES: ¿ES REALMENTE VISIBLE ESTA REALIDAD?

No puede ignorarse la trascendencia histórica de las diferentes reformas legales que han ido reconfigurando por completo la normativa española respecto de las

4. La Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 22 Enero de 2018, Rec. 2699-2016 (BOE núm. 46 de 21 de febrero de 2018).

personas con discapacidad⁵. A este respecto, mediante la promulgación de la *Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social* se incorporó a la legislación española la CDPD. Tal y como señala el Preámbulo de la Ley, dadas las condiciones de exclusión en que la sociedad ha mantenido, a lo largo del tiempo, a este grupo de personas, calificados por el legislador como, «vulnerable y numeroso» se ha consolidado una indeseable situación consistente en una clara e injusta restricción de sus derechos básicos y libertades que, en consecuencia, ha limitado e imposibilitado su desarrollo, el disfrute de los recursos y servicios para toda la población y la posibilidad de ayudar con sus capacidades al progreso de la sociedad.

El legislador es consciente que son muchos los avances sociales pero que la realidad es que las personas con discapacidad tienen limitado el acceso a los derechos básicos⁶. El derecho a la libertad, la igualdad y la dignidad inherente a todos se vulnera cuando las personas con discapacidad no pueden acceder a actividades o productos que se han diseñado obviando sus necesidades específicas o son intrínsecamente restrictivos a su participación⁷.

5. La *Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social* realiza una clara exposición de los antecedentes legislativos de la Ley que nos parece importante recoger: «..., la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de las Personas con Discapacidad, fue la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, en el marco de los artículos 9, 10, 14 y 49 de la Constitución, y supuso un avance relevante para la época. La Ley 13/1982, de 7 de abril, participaba ya de la idea de que el amparo especial y las medidas de equiparación para garantizar los derechos de las personas con discapacidad debía basarse en apoyos complementarios, ayudas técnicas y servicios especializados que les permitieran llevar una vida normal en su entorno. Estableció un sistema de prestaciones económicas y servicios, medidas de integración laboral, de accesibilidad y subsidios económicos, y una serie de principios que posteriormente se incorporaron a las leyes de sanidad, educación y empleo. Posteriormente, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, supuso un renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, centrándose especialmente en dos estrategias de intervención: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal. La propia Ley 51/2003, de 2 de diciembre, preveía el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que se hizo realidad con la aprobación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el Régimen de Infracciones y Sanciones en materia de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad. Asimismo, y aunque no es objeto de la tarea de refundición de esta norma, es necesario destacar en la configuración del marco legislativo de los derechos de las personas con discapacidad, la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las Lenguas de Signos Españolas y se regulan los Medios de Apoyo a la Comunicación Oral de las Personas Sordas, con Discapacidad Auditiva y Sordociegas, que reconoce el derecho de libre opción de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas al aprendizaje, conocimiento y uso de las lenguas de signos españolas, y a los distintos medios de apoyo a la comunicación oral, lo que constituye un factor esencial para su inclusión social. Finalmente, es imprescindible hacer referencia a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008».

6. VERDUGO ALONSO, M.A., *Cómo mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad. Instrumentos y estrategias de evaluación*, Amarú, Salamanca, 2006. En esta obra, los autores hacen una propuesta completa del modelo de calidad de vida inicialmente esbozado, entendiendo finalmente la calidad de vida como un agente o instrumento útil para el cambio social.

7. MARTÍNEZ, C., «Personas con discapacidad intelectual: Igualdad jurídica, protección asistencial y asistencia sanitaria», *Foro, Nueva época*, núm. 11-12/2010, pág. 298, afirma que la discapacidad «es una circunstancia personal y un hecho social producto de la interacción de factores tanto individuales (el hecho físico, la materialidad de la discapacidad, que en ocasiones consiste o deriva de un desorden de salud) como sociales (el entorno de la persona que presenta el hecho físico). No obstante, las personas con discapacidad demandan y requieren, en ocasiones, una atención de salud más intensa, lo que determina que sean consumidores más cualificados de servicios y prestaciones sanitarias. Sin ser enfermos, muchas personas con discapacidad precisan más atenciones de salud que otras personas».

En definitiva, el objetivo de esta Ley es preservar el derecho a la libertad, la igualdad y la dignidad frente a todos aquellos obstáculos que siguen siendo invisibles que se materializan en evidentes situaciones de exclusión social que deben hacerse evidentes y que deben ser tuteladas por los poderes públicos.

Así, su artículo 1 establece como primer objetivo: «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». Algo que sólo se logrará: «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». Y, como segundo objetivo se plasma la necesidad de: «establecer el régimen de infracciones y sanciones que garanticen las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad».

En el esquema constitucional se recoge que la dignidad de la persona constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10 CE); y, en los artículos 9.2 y 14 CE, se impone el deber a los poderes públicos de promover las condiciones necesarias para que libertad e igualdad de las personas sean reales y efectivas. Este mandato se materializa en su artículo 49 CE, mediante el que se ordena a los poderes públicos que presten a las personas con discapacidad la atención especializada que requieran, a través de políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración, amparándolos especialmente para el disfrute de los derechos constitucionales reconocidos a todos los ciudadanos⁸.

En España y por primera vez, la doctrina del Tribunal Constitucional –recogida en la STC objeto de nuestro análisis posterior– ha reconocido que la discapacidad constituye una circunstancia personal protegida por el artículo 14 CE contra cualquier forma de discriminación. Ante esta realidad en la sociedad y, sobre todo, en las políticas públicas, recuerda como ya lo hizo la STC 38/1981, de 23 de noviembre, y en relación con el mandato del artículo 10.2 CE, se debe cumplir lo dispuesto en los diferentes tratados internacionales que España ha celebrado sobre la materia.

En 1994, la STC 269/1994, de 3 de octubre, en relación con la discapacidad física, afirmó que la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad deben ser el eje fundamental de acciones políticas en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2 CE, y, específicamente, en el artículo 49 CE⁹.

Del mismo modo, la STC 10/2014, de 27 de enero, precisa que ha de estarse al marco normativo específico del derecho que pretende ejercitar la persona en cada momento, puesto en relación con el artículo 14 CE que prohíbe «discriminación algu-

8. Afirma, acertadamente, MARTÍNEZ, C., «Personas con discapacidad intelectual: Igualdad jurídica, protección asistencial y asistencia sanitaria», *Foro, Nueva época*, núm. 11-12/2010, págs. 293-318, que «no se trata, por tanto, de suplir las carencias, sino de igualar a las personas mediante los recursos que sean necesarios y ejercer sus derechos y deberes en condiciones de igualdad».

9. El tenor literal del artículo 49 CE establece que: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

na» por cualquier circunstancia o condición personal y el artículo 49 CE que, sin reconocer derechos fundamentales, ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de las personas con discapacidad.

En la misma línea, subrayando la importancia del artículo 49 CE, recuerda recientemente la STC 18/2017, de 2 de febrero, que: de manera más específica para los personas con discapacidad física, sensorial y psíquica, el artículo 49 CE exige también a los poderes públicos que les ampare especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

Por otro lado, la aplicación de la cláusula del artículo 10.2 CE, nos lleva a otorgar especial relevancia a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006¹⁰. A los efectos que aquí importa destacar, la Convención protege en su artículo 1 a todos aquellos quienes «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». Y proscribe de inmediato en su artículo 2 la «discriminación por motivo de discapacidad», ante «cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables»; señalando el artículo 5.3 que los Estados partes «adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables».

En este contexto, eliminar estas barreras corresponde a todos los ciudadanos, organizaciones y entidades, aunque la prioridad es que sea, en primer lugar, el legislador, que ha de recoger las necesidades detectadas y proponer las soluciones y las líneas generales de acción más adecuadas. Marco normativo y acciones públicas que, en materia de discapacidad, deben focalizar sus objetivos en conseguir que las personas con discapacidad sean sujetos activos y visibles titulares de derechos, de una vida en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos.

El artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala la discapacidad como uno de los factores expresos de protección contra discriminaciones, mientras que el artículo 26 «reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas» a beneficiarse de medidas que tengan como fin último su integración efectiva en la sociedad.

De igual manera, la Decisión 2010/48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, «relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», ha integrado esta última en el ordenamiento de la Unión.

10. En referencia al respeto por la vida de las personas con discapacidad, BARRIFFI, F.J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Convención ONU, Diciembre, 2014, pág. 173, afirma que «En rigor, el Artículo 10 pretende combatir un prejuicio social con profundas raíces históricas provenientes del modelo de prescindencia (véase Capítulo 1) y que tiende a considerar que la vida de las personas con discapacidad no tiene el mismo valor que el resto de las personas o, incluso en ciertas situaciones, no merece ser vivida. Las amenazas respecto del goce efectivo del derecho a la vida de las personas con discapacidad pueden considerarse en las tres etapas cruciales de la existencia humana, esto es, el comienzo, el desarrollo y el fin de la vida».

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 3/2018 DE 22 ENERO: UN CASO REAL DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

La desatención del legislador y la falta de interés de las autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales a la discapacidad ha sido y, por desgracia, sigue siendo una realidad que podemos ilustrar con el caso que exponemos a continuación.

3.1. Antecedentes administrativos

Nos remontamos a 1996, momento en el que se diagnostica y reconoce una discapacidad psíquica de un adulto de 65 años por trastornos de la personalidad con un grado del sesenta y cinco por ciento –65%–¹¹ realizada por el Equipo de Valoración y Orientación de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.

No es hasta catorce años después, cuando el Director General de Coordinación de la Dependencia, Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, reconoce la situación de dependencia en Grado I (dependencia moderada), nivel 1, de esta persona. Todo ello, con base en lo previsto en el artículo 28 de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

Frente a esta resolución, se interpuso una solicitud de revisión, al considerar que la valoración no se ajustaba a la situación real del solicitante que, a la sazón y desde el 2007, se encontraba ingresado en un Centro de Personas con Discapacidad Intelectual.

En el 2012, se emitió una «Propuesta Técnica de Programa Individual de Atención», donde se hacía constar lo siguiente:

«* Servicio/prestación solicitado por el usuario: Servicio de atención residencial para personas con discapacidad intelectual y transitoriamente prestación económica vinculada al servicio.

* Requisitos específicos que incumple: Requisito de edad, el solicitante tiene 67 años.

* Resultado de la entrevista presencial: la hermana del solicitante, insiste en demandar servicio de atención residencial para personas con discapacidad.

Sin tener en cuenta las alegaciones formuladas, se procede al traslado al servicio de atención residencial para personas mayores y se concede la prestación económica vinculada al servicio de forma transitoria. Este cambio de criterio se basa en la existencia de un requisito de edad para acceder a una plaza de atención residencial para personas con discapacidad que no cumple el solicitante.

Así se dicta una resolución que establece:

«Primero.– Reconocer la situación de dependencia de Ramiro en grado II nivel 1.

11. Discapacidad global por retraso mental moderado del 60% y otros 4,5 puntos por factores sociales complementarios.

Segundo.— Aprobar el Programa Individual de Atención estableciendo como modalidad de intervención más adecuada para su atención:

– Servicio de atención residencial para personas mayores.

Tercero.— Mientras no haya plaza pública correspondiente a dicho servicio, el/los siguientes/s servicio/s o prestación transitoria:

– Prestación económica vinculada a cualquier servicio del catálogo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia debidamente acreditado. El abono de la citada prestación económica se hará efectivo una vez aprobado el gasto. La resolución de concesión de la prestación será debidamente notificada.

La prestación económica se determina «en cuantía mensual de 300 euros, así como 2690,32 euros en concepto de atrasos devengados desde la fecha de efectos (02/03/2012) hasta el 30 de noviembre de 2012».

Tras esta resolución se interpuso recurso de alzada ante la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, en el que se precisó que la discapacidad intelectual que sufría el recurrente requería de ayuda para la realización de las actividades básicas de su vida diaria, así como ayuda especializada para promover su autonomía, razón por la que se hallaba ingresado en un centro especializado en atención de personas con discapacidad, de la Fundación «X» de Madrid; instalaciones y personal especializado del que no dispone una residencia de la tercera edad. De igual modo, se alegó la necesidad de realizar actividades específicas que solamente se pueden adoptar en las residencias especiales para personas con discapacidad intelectual.

Por consiguiente, a juicio del recurrente, denegar el acceso a una residencia específica para personas con discapacidad, por razón de la edad, «no solo es incongruente con la letra y el espíritu de la ley de dependencia, sino claramente discriminatorio, pues niega a una persona la asistencia que necesita en el centro adecuado por una simple razón de edad, lo que va en contra de la Ley 11/2003 de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid y la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006». Sin embargo y a pesar de los esfuerzos realizados, finalmente, se desestima la alzada por silencio negativo.

3.2. La elevación del supuesto de hecho ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Frente a esa decisión, se interpuso recurso contencioso-administrativo ordinario ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en base a la existencia de una discriminación con relevancia constitucional.

De este modo, resalta el recurrente que es paradójico que se le haya concedido una prestación económica vinculada al servicio asistencial de la Fundación «X», especializada en la atención de personas con discapacidad intelectual, y, al mismo tiempo, se le deniegue el acceso a la misma por razón de edad.

El artículo 3 de la Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, prevé como límite para la prestación del servicio de atención por discapacidad mental tener 60 años de edad. En aplicación de esta norma, el recurso

afirma que «se opone diametralmente a la normativa de rango superior existente en esta materia, y debe anularse en consecuencia, no procediendo su aplicación, con el límite temporal y la discriminación por razón de edad que se derivan del mismo». Por ello, se solicita que se declare la nulidad de los actos recurridos y que se reconozca en sentencia como modalidad de intervención más adecuada para el recurrente, esto es: el servicio de atención residencial para personas con discapacidad intelectual.

Sin embargo, mediante la STSJ de 18 de diciembre de 2014, se desestima el recurso interpuesto aduciendo que: «Denuncia la parte recurrente que el artículo 3 de la Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los centros de atención a personas con minusvalía, afectadas de deficiencia mental, que integran la red pública de la Comunidad de Madrid vulnera el principio de igualdad y de no discriminación proclamado en la Ley de Dependencia y en la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Así las cosas, la estimación de la pretensión ejercitada en la demanda en orden a que por la Sala se anule la resolución que aprobó el Programa Individual de atención del recurrente y en su lugar, se reconozca como modalidad de intervención más adecuada el servicio de atención residencial para personas con discapacidad intelectual tendría que venir fundamentada en la previa anulación del citado precepto. Sin embargo no ha sido objeto de impugnación por el recurrente el artículo 3 de la tan citada Orden, por lo que hemos de convenir con la Administración demandada en que el recurrente no reunía el requisito de edad establecido en el artículo 3 de la Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los centros de atención a personas con minusvalía, afectadas de deficiencia mental, que integran la red pública de la Comunidad de Madrid».

3.3. La decisión del Tribunal Supremo: inadmisión del recurso de casación por razón de la cuantía

Así las cosas, la parte afectada interpuso recurso de casación al amparo del artículo 88.1.d) LRJCA, denunciando como infringidos, entre otros: «negar la Comunidad de Madrid asistencia especializada para persona mayor discapacitada por razón de la edad», y los «Artículos 3, 4, 19 y 25 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006».

El Auto del 26 de febrero de 2015 acuerda no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación, tras hacer cita del artículo 86 LRJCA, por el siguiente motivo: «al ser la cuantía del presente recurso determinable y en todo caso inferior a los 600.000 euros que establece el citado artículo 86.2.b) de la Ley de la Jurisdicción».

Tras el consiguiente recurso de queja contra este Auto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto el 16 de julio de 2015, en sentido desestimatorio.

3.4. La búsqueda de la igualdad y no discriminación ante el Tribunal Constitucional

Tras este largo camino por las diferentes instancias y agotando las distintas vías jurisdiccionales al alcance del recurrente, finalmente, se presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE y la vulneración del derecho al recurso, integrado en el fundamental derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Todo ello, debido a la inadmisión indebida del recurso de casación interpuesto contra la sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo¹².

A. Alegaciones de la demanda de amparo

■ Respecto a la discriminación por edad

En lo que se refiere a la lesión del artículo 14 CE, la demanda afirma como punto de partida que las resoluciones de la Comunidad de Madrid, confirmadas posteriormente en vía judicial, han privado al recurrente de una atención individualizada en un centro de asistencia a personas con discapacidad, al excluirle por razón de edad —en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 de la Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales anteriormente citada—.

Se cuestiona, por tanto, que las resoluciones administrativas y judiciales hayan aplicado una limitación por razón de la edad que vulnera el artículo 14 CE al hallarse desprovista de una justificación objetiva y razonable y resultar desproporcionada.

Se basa su razonamiento en que el Tribunal Constitucional ha considerado que la edad es uno de los factores que se integran en la cláusula de prohibición de discriminación del artículo 14 CE, por lo que la decisión adoptada no supera el canon de constitucionalidad. Insiste en que la edad ha fundamentado el único motivo para denegarle la asistencia en un centro especializado para personas con discapacidad, derivándole a una residencia geriátrica, en las que, como es evidente, no se dispone de las instalaciones ni del personal adecuado para atender unas necesidades muy específicas de una persona con discapacidad psíquica¹³.

Asimismo y, respecto a la Orden 1363/1997, considera que la misma quedó sin efecto por la posterior Orden 625/2010, de 21 de abril. Esta última ya no contempla una limitación similar, distinguiendo únicamente en la atención residencial a dependientes entre «residencias para personas mayores» y «residencias para personas con algún tipo de discapacidad» [art. 3.1.e)]. En este sentido, la Orden de 1997 es contraria a la posterior Orden 625/2010, por lo que en virtud de la disposición derogatoria única, e), de esta última, queda derogada «cualquier otra orden o disposición de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente norma».

Siguiendo con esta argumentación, el recurrente en amparo afirma que «No obstante y en la hipótesis de que este Tribunal Constitucional entendiera que la limitación por razón de edad de la Orden 1363/1997 sigue vigente, la demanda solicita que se

12. *Vid.*, el comentario doctrinal sobre la importancia de la STC objeto de estudio en: <http://www.eduardo-rojotorrecilla.es/2018/02/la-proteccion-contra-discriminacion.html> (Fecha de consulta 29 de julio de 2018).

13. La recurrente cita más adelante las SSTC 66/2015, de 13 de abril, acerca del derecho a la no discriminación por razón de edad, y la 22/1981, de 2 de julio sobre el derecho a la igualdad, y la aplicación a este ámbito de la cláusula de interpretación del contenido de los derechos fundamentales del artículo 10.2 CE.

entienda nulo este artículo por vulnerar el artículo 14 de la CE: « porque ni la norma ni la decisión cuentan con ningún tipo de justificación de la legitimidad constitucional al establecer el límite de la solicitud en los 60 años»¹⁴.

■ Alegaciones respecto al derecho de las personas con discapacidad a la salud y a los servicios públicos

De forma paralela, se invoca el mandato de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en base a los siguientes artículos: el artículo 3 que prohíbe cualquier tipo de discriminación; el artículo 19 que impone a los Estados partes adoptar medidas efectivas que permitan la inclusión de la persona con discapacidad en la comunidad; y el artículo 25 que consagra el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por su discapacidad¹⁵.

Para aclarar que no es la edad el factor determinante para la prestación del servicio de asistencia, se invoca el artículo 25 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, que señala que se configurará según el tipo de dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona. Y es más, no existe ninguna norma posterior al 2006 que prevea que las personas mayores de 60 con discapacidad tengan que ser tratadas en un centro geriátrico para mayores.

Asimismo, se afirma que el RD 1/2013, en el modelo de protección de la discapacidad, incluye en el derecho a la salud «la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva» (en su artículo 10.1); disponiendo que las Administraciones Públicas «prestarán atención específica a las necesidades de las personas con discapacidad, conforme a la legislación sanitaria general y sectorial vigente (en el art. 10.2)».

Sin perjuicio de todo lo anterior, no podemos desconocer que, a la hora de abordar la discriminación múltiple en el acceso a la asistencia sanitaria, el Derecho de la Unión Europea y la legislación de la mayoría de los Estados miembros no reconocen expresamente este concepto, ni establecen disposiciones para hacer frente a la discriminación múltiple. De este modo, se pone de manifiesto la vulnerabilidad de las personas afectadas por una discriminación múltiple ante los tribunales u órganos ad-

14. JIMÉNEZ LARA, A., «Personas con discapacidad y discriminación múltiple en España: situación y propuestas» Observatorio estatal de la discapacidad en: <http://observatoriodeladiscapacidad.info/documentos/documentos-oed/102-personas-con-discapacidad-y-discriminacion-multiple-en-espana-situacion-y-propuestas.html>

Son muy interesantes las conclusiones del Informe sobre discapacidad y edad al señalar que: «Los datos de la Encuesta de Condiciones de Vida de 2016 muestran que las mayores proporciones de personas en riesgo de pobreza o exclusión social se dan entre los 16 y 29 años y, en menor medida, entre los 45 y los 64 años, siendo esa proporción entre quienes tienen de 30 a 44 años similar a la del conjunto de la población, y descendiendo de forma muy perceptible entre los mayores de 65 años. Al asociar la edad a la discapacidad, se constata que el riesgo de pobreza o exclusión social se agrava significativamente en todos los grupos de edad, y que ese agravamiento es especialmente significativo en los grupos de edad intermedios (de 30 a 44 y de 45 a 64 años)».

15. Como indica MIRÓN CANELO, J., «Nivel sociosanitario de las personas adultas con discapacidad intelectual de Salamanca», *Mapfre Medicina*, vol. 16, núm. 2, 2005, pág. 2, «El conocimiento de los problemas de salud asociados a la discapacidad intelectual es importante y necesario para establecer programas de salud que posibiliten a este grupo poblacional el acceso al sistema sanitario y, como consecuencia de la efectividad del mismo, las personas con discapacidad puedan tener mayores posibilidades y oportunidades en su vida diaria. Muchas de las personas con discapacidad intelectual que tienen enfermedad y, por tanto, necesidad de cuidados, funcionan correctamente cuando se responde adecuadamente y de manera efectiva a sus necesidades».

ministrativos. Tampoco existe por parte de los Gobiernos ninguna obligación a tener en cuenta la discriminación múltiple en aras de alcanzar la igualdad de acceso a la asistencia sanitaria¹⁶.

■ Alegaciones respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

Se invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso al recurso, por la inadmisión indebida de su recurso de casación. Se hace necesario indicar por el demandante en amparo que la materia inicial sobre la que versa el objeto del procedimiento es el derecho fundamental a la no discriminación por razón de la edad, que le ha impedido acceder a una residencia especializada. En contraposición, se afirma rotundamente que este no es un litigio relativo a prestaciones periódicas de carácter vitalicio como indica el Auto desestimatorio del recurso de queja¹⁷.

Sobre el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso, ex artículos 49.1 y 50.1.b) LOTC, la demandante justificó su concurrencia desde una triple perspectiva que finalmente consiguió convencer al Tribunal y que creemos, por su interés, necesario transcribir a continuación:

«...a) La trascendencia que supone para el estado de bienestar el estructurar uno de los cuatro ejes en los que se basa y sobre los que la Ley de Dependencia debe pivotar. La presente Sentencia debe servir como un elemento fundamental para definir los criterios con los que las Administraciones Públicas deben establecer los itinerarios personalizados para los beneficiarios de la Ley de Dependencia, distinguiendo entre dependientes por razones de la edad y dependientes por razones de discapacidad, con independencia de su edad.

b) La jurisprudencia analizada al tratar el tema de la no discriminación por razón de edad se centra en cuestiones de relaciones laborales fundamentalmente y la cuestión de la jubilación forzosa en el ámbito de la empresa privada, sin embargo, no existen antecedentes respecto de la no discriminación por razón de la edad en la concesión de servicios públicos.

c) El argumento principal para justificar la trascendencia constitucional del presente asunto se debe a la situación triste y desamparada en la que se encuentra no sólo Don Ramiro sino todas y cada una de las personas con discapacidad intelectual que llegadas a la edad de 60 años son derivadas a Residencias de Mayores. En estas Residencias de Mayores al no existir personas especializadas, no se realizan trabajos ni educativos, ni de socialización, ni terapéuticos para la correcta atención de estas personas con discapacidad, ni tan siquiera médicos al ser conocido en el sector el alto grado de medicación al que se ven sometidos para evitar situaciones a veces tensas con el resto de personas de las Residencias Generalistas, como consecuen-

16. En el interesante estudio de la FRA (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) se examinan las experiencias de desigualdad de trato por más de un motivo en la asistencia sanitaria, y se presentan datos contrastados de discriminación o trato desigual. Este informe complementa a otro publicado por la FRA en 2011, *EU-MIDIS Data in Focus 5: Multiple Discrimination*, que se centra en experiencias de discriminación múltiple vividas por los encuestados de origen étnico o inmigrante, en comparación con la población general. «Desigualdades y discriminación múltiple en el acceso y la calidad de la asistencia sanitaria», <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/inequalities-discrimination-healthcare> (Consulta 26 de julio de 2018).

17. «Cita en su apoyo la STC 87/1992, de 8 de junio, respecto de la doctrina sobre vulneración del derecho al recurso en los supuestos de inadmisión de éstos, así como el artículo 86.2.b) de la Ley Jurisdiccional 29/1998, que garantiza el carácter recurrible de la sentencia sin importar la cuantía del procedimiento, cuando éste ha versado, como aquí, en la defensa de derechos fundamentales».

cia de los brotes u otras situaciones límites como consecuencia de sus condiciones diagnosticada».

Por todo ello, el suplico de la demanda se centra en solicitar que : «se dicte sentencia que reconozca al recurrente la lesión de su derecho a la igualdad y a la no discriminación, con nulidad del Auto del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2016, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 18 de diciembre de 2014 y la resolución de la Comunidad de Madrid de 5 de junio de 2012, dictando una nueva en la que se reconozca como modalidad de intervención más adecuada para la atención el servicio de atención residencial para personas con discapacidad intelectual».

B. La decisión del Tribunal Constitucional: apreciación de especial trascendencia constitucional

EL TC admite el recurso, en 2017, por apreciar una especial trascendencia constitucional, según el artículo 50.1 LOTC, al considerar que puede permitir aclarar o cambiar su doctrina –como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental–, así como que el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica. En concreto, los actos frente a los que se presenta recurso de amparo son:

- (i) la Resolución de 5 de junio de 2012 de la Directora General de Coordinación de la Dependencia, perteneciente a la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, sobre «Reconocimiento de la situación de dependencia y determinación del programa individual de atención», así como la resolución desestimatoria por silencio negativo del recurso de alzada promovido contra la anterior que denegaron, por motivo de edad, la solicitud del recurrente consistente en la autorización de un programa de atención individualizada en un centro de asistencia a personas discapacitadas y que, a su juicio, vulneran el derecho fundamental a no padecer discriminación contenido en el artículo 14. 2 CE.
- (ii) la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de diciembre de 2014, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las dos resoluciones administrativas mencionadas.
- (iii) el Auto de 26 de febrero de 2015, de la misma Sala y Sección del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que denegó la preparación del recurso de casación promovido por la misma parte contra la Sentencia.
- (iv) el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 2015, que desestimó el recurso de queja interpuesto contra este último Auto.
- (v) el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2016, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones formalizado contra el Auto de 16 de julio de 2015.

Denunciando los tres Autos por vulnerar y lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso al recurso.

Desde la Comunidad de Madrid, se opusieron tres óbices procesales de inadmisión y, en su defecto, que se desestimase el recurso. El Ministerio Fiscal interesa que se otorgue el amparo por vulneración del artículo 14 CE y, aunque no suscita formalmente ningún óbice, plantea ciertas dudas sobre el agotamiento de la vía judicial previa por parte del recurrente.

Por la Sala y con carácter previo, se desestiman las excepciones de inadmisibilidad invocadas por dos de las partes intervinientes en el proceso¹⁸.

C. Análisis del TC sobre el fondo de la cuestión:

Analizaremos los principales ejes sobre los que se vertebra la decisión del Tribunal:

– Discriminación múltiple: edad y discapacidad

El TC profundiza en la doctrina constitucional relativa al derecho fundamental a la no discriminación del artículo 14 CE y que, en este caso, tiene una doble combinación: en relación con la edad y la discapacidad como circunstancias personales protegidas.

Como hemos señalado anteriormente, han sido pocas las ocasiones, hasta el momento, en las que se ha recogido tan claramente la vulneración del derecho de las personas con discapacidad desde una perspectiva de discriminación múltiple¹⁹.

El TC corrobora la idea de que el concepto de discriminación múltiple «no es ideológica o políticamente neutro, incoloro e insípido. Es un concepto problemático de apariencia inocente»²⁰. Para ilustrar su decisión, el juzgador construye un detallado desarrollo de la regulación en instrumentos jurídicos internacionales suscritos por España para la protección del derecho a la no discriminación²¹. Por consiguiente,

18. Así establece el TC que: «a) Respecto de la alegación de la Letrada de la Comunidad de Madrid, de que la demanda de amparo resulta extemporánea por alargamiento indebido de la vía judicial previa, deben formularse dos precisiones antes de resolver: (i) la primera, es que conforme a doctrina reiterada de este Tribunal la causa de inadmisión que deriva de interponer un medio de impugnación «manifiestamente improcedente», ha de ser aplicada siempre de manera restrictiva, solo para aquellos casos en que se constate que la parte ha tenido la intención de prolongar artificialmente la vía judicial previa o cuando dicha improcedencia «derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad» [entre otras, SSTC 200/2012, de 12 de noviembre (LA LEY 184282/2012), FJ 3; 186/2014, de 17 de noviembre (LA LEY 170329/2014), FJ 2.a); y 145/2015, de 25 de junio, FJ 2, así como las que en ellas se citan].

(ii) La segunda precisión, es que cuando la demanda de amparo denuncia, como aquí, la lesión de uno o más derechos fundamentales por actos de las Administraciones públicas, y también la lesión de uno o más derechos fundamentales producidos durante el proceso abierto para el control jurisdiccional de aquellos actos, estamos ante un recurso de amparo «mixto» en el que a falta de previsión expresa en nuestra Ley Orgánica 2/1979, el plazo para interponer la correspondiente demanda de acuerdo con doctrina de este Tribunal, es de treinta días por asimilación con el previsto en el AATC 211/2009, de 8 de julio, FJ 2; y 32/2017, de 27 de febrero, FJ 2).

19. El concepto de discriminación múltiple según DE LAMA AYMÁ, A., «Discriminación múltiple», *ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. I, pág.318, «supone la existencia de una discriminación por varios motivos que parecen bien de forma acumulada en una misma situación agravando el daño o bien produciendo una forma única y nueva de discriminación que implica que dichos motivos no puedan analizarse de forma separada».

20. Hacemos nuestras las palabras de REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, nº 84, pág. 17.

21. La cláusula de no discriminación dispone que: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra con-

traza un nuevo enfoque para detectar cómo una suma de condicionantes provocan, conjuntamente, una discriminación aún más dañina y perjudicial para los sectores más desfavorecidos y, a su vez, más invisibles de nuestra sociedad. La combinación de discapacidad y edad apunta a un grupo cada vez más numeroso de personas a las que se deberá prestar un mayor apoyo social en sus específicas necesidades.

El TC argumenta que las prohibiciones de discriminación imponen como fin y generalmente como medio la igualdad en el trato legal, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica y supone utilizar un canon de constitucionalidad mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad. Y continúa añadiendo que, cuando la discriminación se deba no al tenor de una norma, sino a la interpretación y aplicación que de ella hace el órgano judicial con tal resultado de desigualdad, habrá vulneración del derecho. Así lo formula la STC 69/1991, de 8 de abril, en un caso de discriminación por razón de la edad, cuando: «entre varias presunciones igualmente sostenidas a la luz de la experiencia cotidiana, el Juez acepte una para basar en ella un trato que discrimina al justiciable en razón de una circunstancia personal no contemplada por la norma ni relevante de ningún modo para la finalidad perseguida por ésta, equivale a establecer en la aplicación de la norma una diferencia no objetiva ni razonable, sino arbitraria y lesiva por tanto del derecho a la igualdad ante la Ley»²².

La STC 75/1983, de 3 de agosto, en relación con la discriminación por razón de la edad señala que, aunque no se recoge expresamente en el artículo 14 CE, se ha de incluir en la fórmula abierta que alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Considerando que la edad tiene, sin duda, el carácter de circunstancia personal.

– Ajustes razonables

Como ya señalamos al inicio de este trabajo, la CDPD exhorta en su artículo 2, a que se apliquen los ajustes razonables necesarios²³, esto es, las modificaciones y adaptaciones adecuadas que, a su vez, no impongan una carga desproporcionada o indebida, siempre y cuando se requieran en un caso particular, con objeto de 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.

dición o circunstancia personal o social». Con cita de las SSTC 66/2015, de 13 de abril, FJ 3; 11/2016, de 1 de febrero, FJ 3; 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5; y 13/2017, de 30 de enero, FJ 6).

22. Otro instrumento legislativo, al que alude el TC en su sentencia, respecto a la discriminación por razón de edad es «la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, «relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación» (arts. 2 y 6); sobre cuya compatibilidad con algunas normas españolas se ha pronunciado por cierto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en las Sentencias de 13 de noviembre de 2014 (cuestión prejudicial C-416/213, *asunto Mario Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo*) y 15 de noviembre de 2016 (cuestión prejudicial C-258/15, *asunto Gorka Salaberria Sorondo contra Academia Vasca de Policía y Emergencias*). A partir de su jurisprudencia, como recuerda a su vez nuestra STC 66/2015, FJ 3, el TJUE ha reafirmado «el carácter de 'principio general del Derecho de la Unión' que alcanza esta concreta prohibición (Sentencia de la Gran Sala de 19 de enero de 2010, C-555/07 *asunto Küçükdeveci c. Swedex GmbH*, FJ 21)».

23. DE ASÍS ROIG, R.; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F.; CAMPOY, I.; PALACIOS, A. *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*. Ed. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas». Universidad Carlos III de Madrid. Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 73, definen los ajustes razonables como aquellas medidas adoptadas a fin de acomodar «el entorno, bienes y servicios a las específicas necesidades de ciertas personas, que, por diferentes causas, se encuentran en una situación especial; estas medidas tienden a facilitar la participación de dichas personas en igualdad de condiciones que el resto».

Este mandato para implementar los ajustes necesarios lo recoge el TC con anterioridad en varias sentencias: en primer lugar, en la STC 10/2014, de 27 de enero, respecto al derecho a una educación inclusiva para personas con discapacidad, que no de lugar a su sujeción a un régimen de educación especial excepto cuando la adopción de «ajustes razonables» en el régimen ordinario no resultare suficiente. En similar sentido, la STC 77/2014, de 22 de mayo, sobre la salvaguarda del derecho de defensa de la persona con una posible discapacidad durante la instrucción penal, debiendo agotar al efecto el juez las diligencias necesarias (ajuste del procedimiento *ex art.* 13.1 de la Convención ONU) para poder determinar, previo reconocimiento médico, su nivel de comprensión del procedimiento abierto en su contra y las consecuencias que le puede deparar el ponerse al margen de él y ser juzgado en ausencia, al cumplirse los requisitos legales para ello.

En el cuerpo de su resolución, el TC también hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre ellas, a la STEDH de 30 de abril de 2009, asunto *Glor contra Suiza*, que declara que el principio de no discriminación consagrado en el artículo 14 CEDH se refiere también a las personas con discapacidad, a través de la cláusula final de este precepto, incluyéndolo dentro de los grupos que considera como «particularmente vulnerables»²⁴. Y lo que resulta más relevante, el Tribunal reconoce como fuente para la interpretación de las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad²⁵.

También hace mención respecto al Consejo de Europa que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) recoge el principio de no discriminación y enuncia una serie de circunstancias personales, en las que no aparece incluida la edad. Aunque deja abierta una cláusula muy amplia: «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»²⁶.

En el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, se prohíbe «toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Deja claro el TC que «según el Convenio existe discriminación por razón de la discapacidad tanto si se acredita un propósito de causar perjuicio a la persona por el mero hecho de ser discapacitada, como si se constata que se ha producido un resultado debido a la acción de un responsable, que causa la «distinción,

24. Con cita también de «las SSTEDH de 22 de marzo de 2016, asunto *Guberina contra Croacia*, § 73; y 23 de marzo de 2017, asunto *A.-M.V. contra Finlandia*, § 73».

25. Con cita de la STEDH de 23 de marzo de 2017, asunto *A.-M.V. contra Finlandia*, cit., §74, y toma también de ella la exigencia a los Estados partes para que adopten los «ajustes razonables» que resulten necesarios para evitar la discriminación STEDH de 23 de febrero de 2016, asunto *Çam contra Turquía*, §§ 65 y 69.

26. En este marco, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos así lo ha reconocido en varias Sentencias de 10 de junio de 2010, asunto *Schwizgebel contra Suiza*, §§ 84 y 85; y 15 de septiembre de 2016, asunto *British Gurkha Welfare Society y otros contra Reino Unido*, § 88.

exclusión o restricción» de alguno de los derechos de quién es discapacitado, sin que tenga que concurrir la afectación de ninguna otra circunstancia personal»²⁷.

– Discriminación múltiple: unas breves consideraciones

Cuando las situaciones de discriminación afectan de manera simultánea a más de un derecho, este contexto se denomina «discriminación múltiple»²⁸. Podemos decir que la discriminación múltiple es una terminología discutida, que ha ido avanzando en los organismos internacionales y en la literatura científica²⁹. Son muchas las combinaciones posibles, entre ellas y las más frecuentes, son las que se refieren al sexo y al origen étnico³⁰, y/o a la condición de inmigrante de los afectados, etc.³¹. Si bien, sexo, raza y discapacidad, son las tres causas de discriminación que para las

27. SERRA, CRISTÓBAL, R., *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídico español y europeo*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2012, indica cómo «La legislación de los países de nuestro entorno difiere bastante en cuanto al reconocimiento de la discriminación múltiple. En Austria, Alemania, Italia y Polonia la normativa menciona la posibilidad de que una discriminación se produzca por más de un solo motivo. En España, como decíamos anteriormente, la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres lo hace en los siguientes términos: «...se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de 'doble discriminación' y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad». Pero, realmente, no viene a aportar una definición de lo que entiende por doble o múltiple discriminación. Si lo hacen unos pocos Estados, como Bulgaria y Rumanía, recogiendo en su normativa el concepto de múltiple discriminación, aunque sea de un modo muy general».

28. Vid., REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, nº 84, págs. 251-283.

29. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., «Discriminación múltiple», *Diario La Ley*, Nº 8571, Sección Columna, 29 de Junio de 2015, Editorial LA LEY, pág. 4, apunta cómo el término nace «en el seno de la doctrina norteamericana y del movimiento feminista radical. Existe acuerdo en que la delimitación del concepto tiene su origen en un estudio de 1989 de Kimberlé Crenshaw, en el que mantenía que un enfoque unidimensional de las causas de los procesos de discriminación no da una representación justa de la realidad de los problemas y que para analizar el fenómeno se debe partir de la idea de que una persona puede pertenecer al mismo tiempo a diversos grupos desventajados y, eventualmente, sufrir formas específicas de discriminación, ligadas a tales pertenencias». Respecto a la terminología y como señala REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo»,..., *op.cit.*, pág. 13, «En la órbita anglosajona se emplea habitualmente la palabra «interseccional», pero en el Derecho Europeo no continental se suele preferir más la de «múltiple». Como digo, creo que ambas palabras son sinónimas en este punto, pero personalmente me gusta más la expresión «discriminación múltiple» por varias razones. Es más expresiva en español, figura en el Diccionario y es la de uso corriente en las instituciones europeas. Nada obsta, sin embargo, a emplear una u otra palabra (u otras), siempre que se tenga claro cuál es exactamente el concepto que intentan definir».

30. REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo»,..., *op.cit.*, pág. 19, indica que «el análisis judicial de la igualdad en España se ha venido haciendo siempre teniendo en cuenta de modo aislado cada uno de los factores de discriminación, sin combinarlos. Y, como no podía ser de otro modo, esto ha conducido a fallos criticables por no haber tenido en cuenta la situación de discriminación en toda su complejidad. Un buen banco de pruebas de ello es la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril respecto a la discriminación por razón étnica y origen social y de género».

31. Señala el TC que «De estas situaciones advierte el Preámbulo apartado p) y el artículo 6.1 de la citada Convención de la ONU de diciembre de 2006, y a nivel institucional lo ha hecho también la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, por sus siglas en inglés) en su informe de febrero de 2011 presentado al Parlamento Europeo (EU-MIDIS 05-2010: «*Enquête de l'Union Européenne sur les Minorités et la Discrimination*»), así como en el más reciente de 2017 («Informe sobre los Derechos Fundamentales», apartado 2 «Igualdad y no Discriminación», Opinión 2.4)». Aunque sin utilizar esta denominación formal, se conocen al menos dos casos de discriminación múltiple enjuiciados por el TEDH y que han supuesto la declaración de haberse vulnerado el CEDH de 1950: las Sentencias de 24 de julio de 2012, *asunto B.S. contra España* (discriminación por el origen étnico y ser mujer, vulneración de los arts. 3 y 14 del Convenio, por no investigar eficientemente una denuncia de maltrato policial); y 25 de julio de 2017, *asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal* (discriminación por sexo y edad: reducción indebida de la cuantía indemnizatoria por daños en intervención ginecológica, al tratarse de una mujer de 50 años de edad, vulneración de los arts. 14 y 8 de la Convención).

Naciones Unidas como para la Unión Europea han supuesto la mayor atención y el reconocimiento como causas de discriminación³².

En definitiva, existe discriminación múltiple si concurren causas de discriminación añadidas sobre personas que ya se encuentran en una situación discriminatoria, originando una nueva situación agravada y que vulnera los derechos fundamentales inherentes a la persona.

Se utiliza la denominación «discriminación múltiple», por ejemplo, en la Directiva 2000/43, sobre Igualdad de Trato con Independencia del Origen Racial o Étnico, al afirmar que «... sobre todo considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples». Del mismo modo, se alude la Estrategia Marco de la Unión Europea contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos, de 1 de junio de 2005, con el deber y la necesidad de «tener en cuenta el hecho de que algunas personas pueden sufrir discriminaciones múltiples por varios motivos». Asimismo, la Comisión Europea, en 2006, encargó a un grupo de expertos en derecho a la igualdad la elaboración de un informe sobre las soluciones legales para la lucha de la discriminación de mujeres basada en más de una causa: *Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination*³³.

IV. RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El TC reprocha abiertamente que no hubiera, en toda la tramitación administrativa, ni una sola valoración médica que diese noticia acerca del estado de salud y necesidades de tratamiento especializado solicitado por el recurrente. En otras palabras: se le denegó la asistencia residencial para personas con discapacidad por considerar que estaba excluido por razón de edad, no porque no la necesitase. Pero es que, yendo un paso más allá, tampoco se llegó a valorar el impacto que supondría para las personas mayores residentes en el centro que el recurrente, con una discapacidad psíquica severa crónica, obtuviera la plaza e ingresare en el centro. Adviértase que todas estas cuestiones que pasaron desapercibidas y fueron ignoradas en anteriores instancias son de máxima importancia cuando se trata de personas con discapacidad.

En cuanto a la falta de justificación de esta exclusión, el TC afirma que la Orden 1363/1997, «no contiene ni en su breve preámbulo, ni en ningún inciso de su articulado, justificación alguna a esta regla de exclusión por edad». En todo caso, otra norma de superior rango, la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, aunque articula un régimen algo parecido, permite en su artículo 20.1 la continuidad de los servicios sociales que venían disfrutando quienes pasen de una etapa a otra (0-18 años; 18-65 años; + 65 años). Además de que en el artículo 20.1 de esta Ley se dispone una gran flexibilidad en su aplicación, al establecer que la agrupación de los beneficiarios en tres sectores de edad (menores, adultos y mayores) no impedirá la continuidad de las atenciones sociales requeridas por la misma persona cuando pase de una etapa a otra. Con posterioridad, la Orden 625/2010, de

32. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., «Discriminación múltiple»,..., *op. cit.*, pág. 6.

33. SERRA, CRISTÓBAL, R., *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídico español y europeo*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2012, afirma que de igual modo puede contemplarse el uso del concepto de múltiple discriminación en la Directiva 2000/750/EC.

21 de abril de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, por la que se regulan los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia y para la elaboración del Programa Individual de Atención, dictada en desarrollo y ejecución de las previsiones de la Ley 39/2006, de dependencia, que resultaba de aplicación al caso (Orden sustituida por la actualmente vigente núm. 54/2015, de 21 de mayo, que no altera lo que aquí se trata –arts. 9 y 13–), no contienen una regla de exclusión por edad.

Aclara la Sentencia que se deberían haber aplicado estas normas jurídicas autonómicas de mayor rango y de fecha posterior al cuestionado artículo 3 de la Orden 1363/1997, evitando así la privación del derecho a la asistencia sanitaria debida que aquélla traía consigo³⁴. En este caso, la discriminación sufrida por el recurrente es múltiple: discriminación por razón de su discapacidad, a la que se suma la discriminación por su edad.

A nuestro juicio, esta situación se debería haber evitado mediante la adopción de los necesarios ajustes razonables asegurando la efectiva asistencia del recurrente en cualquiera de los centros especializados que la Comunidad de Madrid dispone. Tanto los órganos administrativos como los jurisdiccionales podrían haber actuado evitando este largo y penoso recorrido por las diferentes instancias, simplemente, en aplicación de los artículos. 6 LOPJ –«Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa»– y 26 LRJCA, estimando la nulidad de las resoluciones impugnadas por aplicar disposiciones que vulneraban la Constitución.

Tanto es así, que consideramos, la principal cuestión radica en las decisiones tomadas por las diferentes instancias judiciales, desconociendo la inconstitucionalidad del precepto aplicado por razón de vulneración del derecho a la igualdad.

Se debería haber evitado esa norma de exclusión que ha supuesto una situación de discriminación múltiple por razón de edad y de discapacidad del recurrente durante largos años. La doctrina del TC es clara: deben eliminarse todas las barreras que impiden velar por la efectividad de la tutela judicial efectiva en aras a la protección de las personas con discapacidad. En definitiva, como se puede colegir, es prioritario conocer, aceptar y aplicar el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad³⁵.

Por todo ello, el TC estima el recurso de amparo y, en consecuencia:

- 1º) Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a no ser discriminado por razón de edad y de discapacidad).

34. Así se establece que «Es doctrina reiterada de este Tribunal, que la selección de la norma legal o reglamentaria aplicable para la resolución de un caso, es materia de legalidad ordinaria en la que no cabe inmiscuirse, excepto cuando con ella «resulte afectado el núcleo constitutivo de un derecho o de una libertad pública como es la igualdad ante la Ley, en cuyo caso la interpretación de la norma adquiere relevancia constitucional en amparo (SSTC 78/1990 y 209/1987 [STC 20/1994, de 27 de enero (LA LEY 2453-TC/1994), FJ 1], dando así lugar a un resultado discriminatorio (art. 14 apartado segundo CE), como sucede también en este caso».

35. Un ejemplo de cómo la justicia puede intervenir de forma no correcta en cuestiones de discapacidad debido a la falta de la especialización necesaria de los operadores jurídicos, *vid.*, De PRADA RODRÍGUEZ, M., y CALLEJO CARRIÓN, S., «El acceso a la justicia de las personas con discapacidad: necesaria especialización de la prueba pericial», *Peritaje y prueba pericial*, Bosch, Barcelona, 2017, págs. 531-537.

- 2º) Restablecerle en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los actos impugnados.
- 3º) Como medida para la restitución del derecho, se acuerda la retroacción de las actuaciones al momento inmediato anterior al de resolverse por la Dirección General competente de la Comunidad de Madrid, el expediente de solicitud de reconocimiento de servicio de atención residencial para persona con discapacidad, a fin de que dicte nueva resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental declarado.

Con este fallo se abre una nueva luz en materia de discapacidad, en nuestro ordenamiento, y una nueva esperanza para la tutela de los derechos de las personas con discapacidad. Esta llamada de atención a los poderes legislativos y a los órganos jurisdiccionales debe materializarse en actuaciones que equilibren estas situaciones y limiten su impacto excluyente. Conseguir políticas de igualdad y que las oportunidades sean reales y efectivas entre individuos y grupos en riesgo de exclusión teniendo en cuenta la existencia de un elemento más, la discriminación múltiple, que deberá ser objeto especial protección y transparencia en los programas públicos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En una sociedad en la que, afortunadamente, la discapacidad cada día se encuentra más presente y toma mayor fuerza y conciencia en ámbitos como el profesional o, incluso, el legislativo, no podemos permitir que quede anclada a decisiones judiciales o administrativas carentes de la sensibilidad y de la necesaria base informada y experta que estos supuestos, sin duda, requieren³⁶. El esfuerzo que diferentes colectivos de la sociedad están realizando por mejorar la situación de las personas con discapacidad no debe sólo ser labor de aquéllos, es necesario que se vea reflejado en los textos legislativos y, en consecuencia, en las resoluciones judiciales.

En estas páginas, hemos analizado, a través de un supuesto real y reciente, el largo camino que una persona con discapacidad recorre en diferentes instancias, tanto en órganos administrativos como jurisdiccionales, para denunciar la vulneración del derecho a lo no discriminación. Casos como éste demuestran que los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas deben entender que la aplicación de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española priman sobre el contenido legislativo existente; sin olvidar el compromiso adquirido por España al firmar la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, cuyo cumplimiento debe convertirse en una realidad también por parte de los órganos jurisdiccionales. Así lo establece nuestro Tribunal Constitucional al reconocer que la discapacidad constituye una circunstancia personal protegida por el artículo 14 CE contra cualquier forma de discriminación.

36. En el mismo sentido, DE PRADA, M. y PÉREZ DE PRADA, M., «El interés de un menor con discapacidad. A propósito del Auto de la AP de las Palmas de 28 de diciembre de 2015», *Anuario Jurídico Villanueva*, 2016, págs. 21-36, señalan que «En estos casos tan delicados y complejos, estamos ante una encrucijada difícil que reside en encontrar, en cada caso, dónde y cómo el legislador articula la fórmula que permita que se utilicen los medios de prueba específicos y adecuados a cada caso. Para ello, se requiere, una coordinación entre los profesionales médicos y psicólogos con el órgano jurisdiccional y, sobre todo, un grado determinado de especialización y formación acreditada y respaldada por un mecanismo de verificación que debería incardinarse en los respectivos Colegios Profesionales».

Efectivamente, han sido pocas las ocasiones en las que se ha recogido tan claramente la vulneración del derecho de las personas con discapacidad desde una perspectiva de discriminación múltiple. Nuestro Tribunal Constitucional ilumina y da esperanza a una gran mayoría de personas con discapacidad que se hallan invisibles en nuestra sociedad.

Quizá estemos más cerca de conseguir que poderes legislativos y órganos jurisdiccionales hagan efectivos los derechos fundamentales inherentes a todos. El camino debe trazarse a través del conocimiento y la información, de la aplicación de ajustes razonables, del apoyo a políticas de igualdad, etc.; eliminando todos los obstáculos que impiden la protección y aplicación del derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad.