



**Universidad Internacional de La Rioja**  
**Máster en el Ejercicio Profesional de la Abogacía**

---

# Discriminación por razón de la condición social. La aporofobia.

---

Trabajo fin de máster presentado por:

Esmeralda Iranzo Sánchez

Titulación:

Máster Ejercicio de la Abogacía

Área jurídica:

Trabajo fin de máster.

Director/a:

María del Ángel Iglesias Vázquez

Valencia, 11 de diciembre de 2014

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	4
<b>2. DICTAMEN .....</b>	6
<b>1. OBJETO DEL DICTAMEN.....</b>	6
<b>2. SITUACIÓN DE HECHO .....</b>	6
<b>3. PROBLEMAS JURÍDICOS ANALIZADOS.....</b>	7
3.1. El derecho fundamental de igualdad y no discriminación en el marco de la Constitución Española. Concepto y alcance del artículo 14.....	7
I) Análisis de los derechos fundamentales .....	7
II) Concepto de Aporofobia .....	11
3.2. Análisis del tratamiento jurídico de la discriminación delictiva a través de situaciones de violencia contra personas sin hogar en el marco del vigente Código Penal. ....	12
I) Especial referencia al artículo 22.1. Circunstancia agravante: alevosía ..	12
II) Agravante de discriminación en el marco del vigente Código Penal: artículo 22.4 .....	13
III) Contenido y alcance de los delitos tipificados en distintos artículos del Código Penal .....	17
3.3. Cauces procedimentales para la denuncia y persecución de los delitos de aporofobia. ....	25
I) Denuncia.....	25
II) Querella .....	27
III) Persecución de oficio por la Fiscalía.....	27
IV) La Policía Judicial .....	28
V) Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito .....	28
<b>4. NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA APLICABLES .....</b>	34
<b>5. RESOLUCIÓN DE LA CONSULTA .....</b>	37
<b>3. CONCLUSIONES .....</b>	43
<b>4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	45
<b>5. ANEXOS.....</b>	46
LEGADO EN TESTAMENTO OLÓGRAFO.....	47
DISCRIMINACIÓN SOCIAL. APOROFobia. LA FOBIA AL POBRE .....	73
INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	118

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

CE: Constitución Española de 1978.

CP: Código Penal.

LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

AP: Audiencia Provincial.

UNIR: Universidad Internacional de la Rioja.

RAIS: Rais Fundación.

**“Dictamen que emite ESMERALDA IRANZO SÁNCHEZ, alumna del Máster de Ejercicio Profesional de la Abogacía de UNIR, como Trabajo de Fin de Máster”**

## 1. INTRODUCCIÓN

En el mes de abril del presente año, se inició la asignatura Clínica Legal. A través de un convenio entre la Fundación Fernando Pombo y la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR, en adelante), hemos tenido la oportunidad de resolver casos reales planteados por la Fundación mencionada entre un equipo de alumnos del Máster de Ejercicio de la Abogacía, guiados por los mejores Profesores Tutores. El equipo ha tratado de aportar siempre la mejor solución a los planteamientos realizados por las tres entidades beneficiarias. Con el mayor rigor jurídico y con esfuerzo en la investigación, hemos elaborado informes y contestaciones, las cuales esperamos que hayan sido de su máxima utilidad.

Tres han sido los casos abordados en Clínica Legal:

- 1) Legado en testamento ológrafo, dirigido por Dª. Isabel Gozalo.
- 2) Discriminación Social. Aporofobia. La fobia al Pobre, dirigido por Dª. Cristina Puigdengolas.
- 3) Inclusión laboral de las personas con discapacidad, dirigido por Dª. Concepción Rayón Ballesteros.

En Clínica Legal UNIR, hemos recibido un entrenamiento activo y práctico vinculado al ejercicio de la abogacía. Destacar, que el aprendizaje llevado a término en esta Clínica Legal, ha abarcado diversos campos del ejercicio de la profesión. El primero de ellos, estimular la habilidad y destreza para resolver los tres supuestos prácticos que hemos afrontado, el segundo, hacer llegar al alumno, la importancia que tiene el servicio eficiente prestado a los clientes, en este caso a las entidades beneficiarias, en tercer lugar, destacar la relevancia que ha tenido en la asignatura el trabajo en equipo, y en cuarto lugar, quizá el más importante, la promoción y aprendizaje de los valores que son inherentes al ejercicio de la profesión, que pueden resumirse en los siguientes: la justicia, la imparcialidad y la ética.

Entiendo que la pretensión final de la asignatura Clínica Legal UNIR, ha sido aunar el aprendizaje teórico adquirido en este año, con el ejercicio de la práctica de la profesión, considero que finalizar este Master de Ejercicio de la Abogacía con la asignatura Clínica Legal ha sido esencial, ya que me da una visión completa del ejercicio de la profesión a la que quiero dedicarme.

Resulta fundamental abogar por una mayor presencia de esta asignatura en los diferentes planes de estudio del Grado en Derecho, y aún, si cabe, más en un Master de Ejercicio de la Abogacía. Y esto es así, por que esta asignatura ha conseguido que pongamos en práctica todos los conocimientos teóricos adquiridos; nos ha aportado la destreza que debe de tener un profesional del derecho a la hora de resolver conflictos, así como capacitado de algún modo, para gestionar la comunicación de las diferentes resoluciones. En definitiva, habilidades y cuestiones fundamentales del ejercicio de la profesión de abogado.

Tan interesante como productivo ha resultado la posibilidad de trabajar en equipo, fundamentalmente a efectos de coordinación y sobre todo debate para concluir la

solución más adecuada a cada supuesto, buscando tanto respaldo jurisprudencial a nuestros criterios, como una oportuna investigación exhaustiva en la doctrina. Hemos trabajado como un despacho de abogados en el reparto de las tareas en cada caso, con reuniones para valorar la evolución del trabajo, con responsabilidad y puntualidad para llevar el trabajo a buen puerto y con intensos debates defendiendo lo que entendíamos más oportuno. En definitiva, una experiencia profesional altamente positiva.

Otro concepto aprendido en el trabajo desempeñado, ha sido el de conocer qué es el trabajo Pro Bono en la abogacía. Pro bono, significa para el interés público, conforme a esta definición podemos decir, que el abogado que hace trabajo pro bono es aquel, que de modo gratuito defiende el interés público, sin duda, aportando su trabajo y criterio jurídico a causas como la lucha contra la pobreza y la discriminación (supuesto objeto de dictamen), medio ambiente, due diligence a organizaciones sin ánimo de lucro etc. Hemos aprendido cómo aplicar la máxima de que la “sociedad ha aportado mucho a la abogacía, es hora de que los abogados se lo devolvamos a la sociedad”<sup>1</sup>, Carmen Pombo. Si cada vez es más valorada en el mundo empresarial la responsabilidad social corporativa de las empresas, hoy por hoy, que los despachos de abogados son más empresas que nunca, deberán tener bien presente lo importante que resultará para la sociedad su implicación en la defensa del interés público.

Desde una perspectiva estrictamente personal, la experiencia no sólo ha sido positiva desde el punto de vista profesional, sino también desde el punto de vista personal. He descubierto con mayor amplitud, lo que significa el tercer sector, así como la necesidad de que los profesionales del derecho nos impliquemos en él. Trabajar, para las distintas entidades beneficiarias dentro del ámbito de la Clínica Legal, y concretamente, para la que planteó el informe, que en este trabajo será objeto de dictamen ha sido muy enriquecedor, y a día de hoy, desde mi humilde conocimiento, colaboro con entidades sin ánimo de lucro en la resolución de consultas relacionadas con el derecho.

Cabría añadir que la asignatura Clínica Legal, me ha reportado una de las mayores satisfacciones académicas que he recibido hasta hoy. La Entidad Beneficiaria, la Fundación Fernando Pombo y UNIR, decidieron incluir íntegro, nuestro informe, “Discriminación Social. Aporofobia. La fobia al pobre”, en la “Guía práctica sobre la casuística legal habitual de personas en situación de calle”, que la Entidad Beneficiaria y la Fundación Fernando Pombo publicaron este otoño, invitándonos al acto de presentación de la misma que se llevó a cabo en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Fue un momento especial en mi vida académica, ya que supuso la primera publicación de un trabajo en el que había colaborado, y el elenco de profesionales que nos acompañaron ese día fue de excepción.

---

<sup>1</sup> Carmen Pombo en acto de presentación del “Informe Jurídico sobre aporofobia, el odio al pobre”.

## 2. DICTAMEN

### 1. OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del presente dictamen es dar respuesta a la consulta formulada por el beneficiario -entidad sin ánimo de lucro que se ocupa de dar asistencia a personas sin hogar a través de distintos programas de acción social, y consistente en la elaboración de un informe jurídico que analice los delitos de aporofobia, dadas las situaciones de violencia que se vienen perpetrando contra personas en situación de calle.

### 2. SITUACIÓN DE HECHO

La entidad beneficiaria se ocupa de dar asistencia a personas sin hogar a través de distintos programas de acción social. Su objetivo fundamental, dentro del Proyecto EXEQUO de la Fundación Fernando Pombo es, “promover los derechos de las personas sin hogar, para favorecer su inclusión social”<sup>2</sup>. Dentro de los objetivos específicos que se pretenden alcanzar en el Proyecto EXEQUO, se solicita la elaboración de un informe jurídico que analice los delitos de aporofobia (“aporos”: pobres, sin recursos, “fobia”: rechazo), tomando como punto de partida las situaciones de violencia que se están cometiendo contra las personas en situación de calle.

Resulta imprescindible, abordar el concepto de Aporofobia, inexistente hoy por hoy en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Así, siguiendo a Emilio Martínez Navarro<sup>3</sup>, podemos concluir que se trata de un “sentimiento de miedo y una actitud de rechazo al pobre, al sin medios, al desamparado”. No podemos obviar, al hablar de aporofobia, a la Catedrática de Ética y Filosofía Política de la Universidad de Valencia, Dª Adela Cortina, que de modo literal contempla que aporofobia es “la repugnancia ante el pobre, ante el desamparo, tiene una fuerza en la vida social que todavía es mayor precisamente porque actúa desde un deleznable anonimato”<sup>4</sup>.

El informe jurídico solicitado deberá tener como punto de partida el estudio y afectación del principio fundamental de igualdad y no discriminación, los derechos de tutela judicial efectiva y el principio de dignidad recogidos en la Constitución Española de 1978, respecto de las personas que se encuentran en situación de calle, al entender que son derechos y principios vulnerados, para pasar después a la realización de un análisis exhaustivo del tratamiento penal y procesal penal que reciben estos delitos en la legislación penal vigente en España. Todo ello motivado,

<sup>2</sup> <http://www.fundacionpombo.org/que-hacemos/proyecto-exequo/> (última visita, 19 de noviembre de 2014).

<sup>3</sup> MARTINEZ NAVARRO, E. Glosario para una sociedad intercultural. Bancaria, 2002 págs. 17-23. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/RedIncidiendo/media/5938/Aporofobia.pdf> (última visita, 19 de noviembre de 2014).

<sup>4</sup> CORTINA, A. Artículo sobre Aporofobia. Diario “El País”. Publicado el 7 de marzo de 2000. Disponible en: [http://elpais.com/diario/2000/03/07/opinion/952383603\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2000/03/07/opinion/952383603_850215.html) (última visita, 19 de noviembre de 2014)

porque el número de personas en situación de calle se ha incrementado a la par que han aumentado las agresiones ejercidas sobre este colectivo.

El presente trabajo finaliza con una serie de conclusiones y aportaciones cuya pretensión última es paliar el vacío jurídico existente, a través -entre otras cuestiones-, de la inclusión en nuestro Código Penal de la agravante por la condición personal o social de la víctima.

### 3. PROBLEMAS JURÍDICOS ANALIZADOS

Las cuestiones planteadas en este dictamen, y que pasamos a analizar a continuación, giran entorno a tres grandes ejes. El primero, nos lleva a realizar un análisis de nuestro texto constitucional, observando varios principios recogidos en el mismo y que son: el principio a la dignidad de la persona, el principio de igualdad y el principio de tutela judicial efectiva. La elección de estos principios tiene su base en que en cada delito de odio o aporofobia resultan vulnerados. El segundo eje, es el análisis del Código Penal, concretamente de los preceptos que estarían relacionados con la comisión de los delitos mencionados. Finalmente, la tercera cuestión analizada, aparece regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se refiere a los cauces procedimentales existentes en la legislación penal española para la denuncia, querella y persecución de los delitos de aporofobia.

#### **3.1. El derecho fundamental de igualdad y no discriminación en el marco de la Constitución Española. Concepto y alcance del artículo 14.**

##### **I) Análisis de los derechos fundamentales**

Una de las principales cuestiones a la que nos enfrentamos en el estudio de los derechos fundamentales es la de delimitar su concepto, es decir, establecer qué se entiende por derecho fundamental y cuáles recoge la Constitución Española. Puede considerarse que son derechos fundamentales aquellos que desprenden una eficacia directa desde el reconocimiento constitucional y además vinculan a los poderes públicos. Están sujetos a la reserva de ley que recoge el artículo 81 de la Constitución Española (en adelante, CE), respetando su contenido esencial y son objeto de la protección recogida en el artículo 53 CE<sup>5</sup>.

Como ocurre en otros campos de la investigación, una de las posibilidades que nos ofrece el conjunto de los derechos constitucionales, es la de establecer una clasificación de los mismos en tres bloques: por la garantía, por la naturaleza y por el

---

<sup>5</sup> Artículo 53 CE: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

contenido. En la elaboración del presente dictamen jurídico, y al entender, como decíamos anteriormente, que son principios y derechos afectados en cada delito de odio o aporofobia, nos centraremos en los siguientes principios fundamentales: dignidad, igualdad, no discriminación y tutela judicial efectiva.

### El principio de dignidad

El artículo 10 de la Constitución Española recoge la dignidad humana en los siguientes términos:

*“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

*2. 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.”*

Nos encontramos ante un artículo, que sin duda es eje del sistema de derechos y libertades que reconoce el Título I de la CE. Estaríamos ante el punto de arranque de todos los demás derechos, tal y como se establece el Tribunal Constitucional (Pleno), en sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril<sup>6</sup>, en su tercer fundamento jurídico.

Si analizamos el primer apartado de este artículo, podemos observar que la dignidad de la persona se entiende como un valor inherente a la misma, consistente en el derecho de cada uno a determinar de modo libre su vida, como se recogía en la sentencia que acabamos de mencionar, de modo consciente y responsable, y a obtener el respeto de los demás. La dignidad de la persona deberá permanecer inalterada cualquiera que sea la situación de la misma. Se trata, de un “mínimum” invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, tal y como se desprende del pronunciamiento del Tribunal Constitucional (Pleno), en sentencia núm. 120/1990, de 27 de junio<sup>7</sup>.

En definitiva, el principio de dignidad del artículo 10 de la CE, consagra otros aspectos relativos al mismo, como son los derechos inviolables, o el desarrollo libre de la personalidad de cada uno. Resulta imprescindible reconocer que también estable límites al ejercicio de los derechos, y que no son otros, que los propios derechos de los demás o el respeto a la ley.

### El principio de igualdad

Se encuentra consagrado en el primer sintagma del artículo 14 CE *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*

<sup>6</sup> Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril. RTC 1985\53.

<sup>7</sup> Sentencia núm. 120/1990, de 27 de junio. RTC 1990\120.

Contiene el derecho subjetivo de los españoles a recibir un trato igual ante las leyes a la vez que impone límites a la potestad legislativa. De esto se desprende que las leyes deben considerar iguales a los españoles sin hacer distinciones no justificadas entre ellas. No obstante, éste no se configura como un derecho autónomo, sino como un derecho relacional, pues para que una persona pueda constatar el haber sufrido una desigualdad, es necesario que ésta se encuentre en una situación de desventaja con respecto a una anterior, lo que hace necesario según la doctrina del Tribunal Constitucional un *tertium comparationis*. Es decir, un aforismo jurídico latino de comparación, en función del cual, se determinará el elemento relevante para concluir si la diferencia establecida en la norma está justificada o, por el contrario, conculca el principio de igualdad. De este modo, según lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional, este carácter relacional del juicio de igualdad requiere, en primer lugar, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre personas y en segundo lugar, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte caprichoso o arbitrario, así se recoge por el Tribunal Constitucional (Pleno), en sentencia núm. 112/2006 de 5 de abril<sup>8</sup>.

Pero la igualdad ante la ley no se agota con el contenido del primer sintagma del artículo 14 CE, sino que hemos de tener en cuenta el segundo precepto “(...) *sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*”

### El principio de no discriminación

Recogido en el artículo 14 de la CE, que consagra, como hemos podido observar, el principio de igualdad y no discriminación.

Resulta interesante la definición que propone RUIZ MIGUEL, que al referirse a la discriminación, la plantea como una desigualdad especialmente caracterizada por la “*naturaleza generalmente odiosa del perjuicio social descalificador, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o quasi físico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo.*”<sup>9</sup>

El Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia ha recopilado los criterios que nos hacen distinguir entre una diferencia de trato justificada y otra discriminatoria, y concede a las discriminaciones que hemos visto en el artículo 14 (nacimiento, raza, religión y opinión) un tratamiento de “categorías sospechosas de discriminación”, destacar la Sentencia (Sala Segunda) núm. 8/1981, de 30 de marzo<sup>10</sup>, y la Sentencia (Sala Primera) núm. 10/1981, de 6 de abril<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Sentencia núm. 112/2006, de 5 de abril. RTC 2006\112.

<sup>9</sup> RUÍZ MIGUEL, A. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pág: 53. (última visita 20 de octubre de 2014). Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141940.pdf>

<sup>10</sup> Sentencia núm. 8/1981, de 30 de marzo. RTC 1981\8.

<sup>11</sup> Sentencia núm. 10/1981, de 6 de abril. RTC 1981\10.

## El principio de tutela judicial efectiva

Este principio constitucional está debidamente recogido en el artículo 24 CE cuya redacción es la siguiente:

*“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

*2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

*La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”*

Estamos, probablemente, ante el artículo más complejo de nuestra Carta Magna. Dicha afirmación viene refrendada porque el derecho de tutela judicial efectiva es el que más demandas de recurso de amparo constitucional genera.

La tutela judicial efectiva protege, antes que nada, a los individuos, personas físicas, nacionales o extranjeras, titulares de derecho e intereses legítimos, y frente a los poderes públicos. No obstante, el Tribunal Constitucional ha reconocido también la titularidad de este derecho a las personas jurídicas, (Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 19/1983, de 14 de marzo<sup>12</sup>), y excepcionalmente a las personas jurídico-públicas, exigiendo en este caso que la situación procesal de éstas sea análoga a la de los particulares, es decir, que la persona pública no goce de privilegios procesales (Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia núm. 100/2000, de 10 de abril<sup>13</sup>. Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia (Pleno) núm.175/2001, de 26 de julio<sup>14</sup>. Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 28/2008 (Sala Primera), de 11 de febrero, Recurso de Amparo nº 9316/2006<sup>15</sup>).

Recoge este artículo la prohibición de la indefensión, y tal y como recoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que puedan colocarse en el marco del artículo 24 CE” (Sentencias: Sala Segunda, núm. 48/1984, de 4 de abril<sup>16</sup>, sentencia (Pleno), núm. 258/2007<sup>17</sup>, de 18 de diciembre y Sala Segunda, núm. 28/2010<sup>18</sup>, de 27 de abril).

Sin duda, en cada delito de odio, observamos una violación de los tres principios mencionados. Así, se produce vulneración de la dignidad de la persona, cuando no

<sup>12</sup> Sentencia núm. 19/1983, de 14 de marzo. RTC 1983\19.

<sup>13</sup> Sentencia núm. 100/2000, de 10 de abril. RTC 2000\100.

<sup>14</sup> Sentencia núm. 175/2001, de 26 de julio. RTC 2001\175.

<sup>15</sup> Sentencia núm. 28/2008, de 11 de febrero. RTC 2008\28.

<sup>16</sup> Sentencia núm. 48/1984, de 4 de abril. RTC 1984\48.

<sup>17</sup> Sentencia núm. 258/2007, de 18 de diciembre. RTC 2007\258.

<sup>18</sup> Sentencia núm. 28/2010, de 27 de abril. RTC 2010\28.

se respeta la condición humana y los elementos esenciales de la misma, que son su realidad física, psíquica y moral. Observamos vulneración del principio de igualdad, cada vez que la condición social y económica de cada cual, hace que este reciba un trato diferente. Existe vulneración del principio de discriminación, cada vez que se trata a una persona de modo desigual, por tener presente su condición económica, y finalmente, deberemos tener muy presente en esta materia, el principio de tutela judicial efectiva, ya que si todas las personas tiene derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales, mas si cabe aquellas personas que por su situación son más vulnerables.

Es por ello que resulta necesario introducir y difundir qué son los delitos de aporofobia.

## II) Concepto de Aporofobia

El naturalista sueco Karl Von Linné, considerado como el padre de la taxonomía moderna, afirmó que "si ignoras el nombre de las cosas, desaparece también lo que sabes de ellas". Es posible que por esta razón, existan numerosos estudiosos que propugnan que la Real Academia Española reconozca el uso del término *aporofobia*, para de esta manera darle nombre a todos aquellos comportamientos que se dan por temor a la pobreza o a los pobres.

A priori, es extraño para quienes suscribimos que el término *aporofobia* no figure en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española tal y como de desprende de la búsqueda realizada en su sitio web cuya justificación se incluye a continuación:

The screenshot shows the official website of the Real Academia Española (RAE). At the top, there is a blue header bar with the RAE logo and the text 'REAL ACADEMIA ESPAÑOLA'. Below the header, a navigation menu includes 'La Institución', 'Obras académicas', 'Biblioteca y Archivo', 'Consultas lingüísticas', and 'Boletines'. The main content area displays a search interface for the 'Diccionario de la lengua española'. The search bar contains the letter 'I'. Below the search bar, there is a list of characters: á é í ó ú ñ. To the right of the search bar is a magnifying glass icon. Further down, there is a link labeled 'Ayuda' (Help). The text on the page states: 'La palabra **aporofobia** no está registrada en el Diccionario. Las que se muestran a continuación tienen formas con una escritura cercana.' followed by a bulleted list: • [acrofobia](#). • [aeroftobia](#). • [agorafobia](#). • [androfobia](#). At the bottom of the page, a small note reads: 'Real Academia Española © Todos los derechos reservados'.

Este vocablo, aporofobia fue acuñado en 1996 por Adela Cortina, profesora española que publicó un artículo periodístico refiriéndose a uno de los males de esta época: el rechazo y el odio hacia las personas pobres. La etimología de la palabra, tal como lo explicó el docente español Emilio Martínez Navarro en el Centro Cultural de España, proviene de los términos griegos “a-poros” (sin medios ni recursos) y “fobeo” (aversión, odio, rechazo).

### **3.2. Análisis del tratamiento jurídico de la discriminación delictiva a través de situaciones de violencia contra personas sin hogar en el marco del vigente Código Penal.**

Para seguir un orden en el análisis, desarrollaremos cada uno de estos artículos por el orden que siguen en el Código Penal.

#### **I) Especial referencia al artículo 22.1. Circunstancia agravante: alevosía**

Resulta necesario comenzar este estudio de los artículos del Código Penal relativos a la discriminación (CP, en adelante), haciendo referencia a una circunstancia agravante muy especial: la alevosía. Así en artículo 22.1, en su literalidad establece:

*“1<sup>a</sup> Ejecutar el hecho con alevosía.*

*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.*

Si buscamos el significado de la palabra alevosía en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, observaremos que su definición poco dista de lo que contempla el derecho penal. Así, la RAE, entiende por alevosía, “*la cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente*”. Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal), en su sentencia de 25 de abril, RJ 1985\2134<sup>19</sup>, establece que se entenderá por alevosía aquella “*cobardía, ínsita en quien elimina cualquier posibilidad de riesgo en la ejecución material del acto*”.

Como modalidades de alevosía, la jurisprudencia ha distinguido tres, así aparece recogido en la Sentencia del Alto Tribunal (Sala de lo Penal) núm. 1645/2003, de 9 de diciembre<sup>20</sup>, en la que se recogen las siguientes: “a) *La denominada con anticuado adjetivo “proditoria”, que incluye la traición..., equiparable a la asechanza, insidia, emboscada, celada o lazo...;* b) *la súbita o inopinada, en la que la agravante consiste en el ataque imprevisto, fulgurante y repentino (...);* y c) *la consistente en el “aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento”, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o víctimas en la fase letárgica o comatosas”.*

Las cuestiones más polémicas que se han planteado entorno a esta agravante, guardan relación con el elemento instrumental, es decir, con los medios o formas, y con el elemento teleológico, que supone la tendencia al aseguramiento. Ambos presentes tanto en el asesinato alevoso como en la agresión que revista la mencionada circunstancia. Pasamos a realizar un análisis de aquellas cuestiones más polémicas, circunscribiéndonos exclusivamente, a las circunstancias que puedan vivir las personas en situación de calle, y a los delitos que estas puedan padecer y que se cometan con alevosía.

---

<sup>19</sup> Sentencia de 25 de abril (Sala de lo criminal). RJ 1985\2134.

<sup>20</sup> Sentencia núm. 1645/2003, de 9 de diciembre (Sala de lo penal). RJ 2003\9404.

Entre ellas, en primer lugar, cabe plantearse esta circunstancia agravante en el caso de muerte de seres indefensos, ya que entendemos que las personas en situación de calle, se encuentran en la mayoría de los casos en esta situación. Observamos, que en la definición de alevosía, que aporta el artículo 22.1, no se distingue la posibilidad de defensa de la víctima, por lo que entendemos que debe resultar indiferente cuál sea la causa de indefensión frente al ataque recibido. Así, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en su Sentencia núm. 657/2008, de 24 de octubre<sup>21</sup>, estableció que esta agravante “*es apreciable cuando el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosas, dormidas o privadas de conocimiento*”. Esta sentencia del Alto Tribunal, aunque viene a determinar una catálogo de circunstancias, este no queda cerrado, ya que lo realmente importante es la situación de absoluto desamparo de la víctima, por lo que una vez más, y como iremos viendo más adelante resultará fundamental, en el momento de la prueba, demostrar, la situación de la víctima.

Respecto a la defensa que ha de valorarse para definir el grado de desvalimiento del agredido u ofendido, debemos considerar que esta no habrá de ser meramente pasiva, como pudiera ser correr u ocultarse, sino que deberá ser activa, y esta deberá referirse a los medios defensivos con los que cuente la víctima, así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal), núm. 1063/2009, de 29 de octubre<sup>22</sup>.

Resulta en este momento bien interesante analizar en el delito, el momento del uso o empleo de alevosía. No resultará imprescindible que aquel que agrede a otro busque, y a su vez encuentre, el momento más idóneo. Para el Tribunal Supremo, es suficiente, que se aproveche, de forma consciente de la “*situación de indefensión de la víctima, así como de la facilidad que ello supone*”, según Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal), núm. 2389/2001, de 14 de diciembre<sup>23</sup>.

Por todo lo expuesto, esta circunstancia agravante podrá ser de aplicación en todos aquellos delitos cometidos contra personas en situación de calle, cuando esencialmente concurra un medio o forma que tienda a asegurar la agresión, y que por tanto evite, la reacción y defensa del agredido. Pero a la hora de la prueba, que veremos que resulta relevante, y deberemos, sin duda, poner de relieve y de manifiesto, la situación de indefensión, que en el caso de personas de situación de calle resultará relevante por numerosos motivos. En ello resultará fundamental, la labor de investigación que lleven a cabo tanto, la policía judicial como el Ministerio Fiscal, así como nuestra capacidad de demostrar la vulnerabilidad de la víctima en el momento del ataque.

## **II) Agravante de discriminación en el marco del vigente Código Penal: artículo 22.4**

Para realizar un análisis del contenido del artículo 22.4 del CP, comenzaremos citando el mencionado artículo, para continuar con una lectura exhaustiva de los términos y circunstancias que recoge. Así, entre las circunstancias agravantes del delito el artículo 22.4 CP contempla las siguientes:

<sup>21</sup> Sentencia de 24 de octubre (Sala de lo penal). RJ 2008\6984.

<sup>22</sup> Sentencia de 29 de octubre (Sala de lo penal). RJ 2009\5838.

<sup>23</sup> Sentencia de 14 de diciembre (Sala de lo penal). RJ 2002\2466.

*“4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.*

De la lectura del precepto, lo primero que podemos concluir es que el mismo acude a una lista *numerus clausus*; la discriminación que debe sufrir la víctima para la aplicación de esta circunstancia agravante, debe centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca. Estos dos últimos conceptos fueron introducidos por la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

No observamos entre la lista de circunstancias que han de producirse para la aplicación de esta agravante, la discriminación por circunstancias socioeconómicas. Sobre la aplicación de la agravante contemplada en el artículo 22.4 CP, a delitos de aporofobia, se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 1160/2006, de 9 de noviembre<sup>24</sup>, que en su fundamento jurídico vigésimo tercero se pronuncia en los siguientes términos, refiriéndose a la aplicación que debe realizarse del artículo 22.4 CP en la circunstancia expresada:

*“En el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa fórmula abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo. En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en números clausus; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia, casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad.*

*Y no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.*

Deja claro en esta sentencia el alto Tribunal, que la agravante del delito contemplada en el artículo 22.4 CP, no puede aplicarse a los delitos cometidos contra las personas en situación de calle, sin que se acrediten otras circunstancias contempladas en la lista *numerus clausus* que recoge el CP. Para que resulte aplicable la mencionada agravante debe concurrir alguna de las circunstancias previstas en el artículo 22.4, y este no contempla como agravante, como decíamos anteriormente, la discriminación por circunstancias socioeconómicas.

---

<sup>24</sup> Sentencia núm. 1160/2006, de 9 de noviembre. RJ 2007\299.

Esta es la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la consideración de la discriminación por circunstancias socioeconómicas, y la línea seguida por los tribunales de nuestro país, cabe citar, como muestra de ello que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7<sup>a</sup> 34/2013<sup>25</sup>, de 19 de marzo, se pronuncia en los mismos términos.

Añadir que, para la aplicación de la circunstancia agravante contemplada en el artículo 22.4 CP, es necesario probar no sólo el hecho delictivo, también habrá que demostrar la participación del acusado, y como hemos venido viendo la condición de la víctima. Esto unido a la intencionalidad, injerencia que, sin duda, debe ser motivada, conforme a lo dispuesto en el artículo 120.3 CE. Estamos ante un elemento subjetivo referido al ánimo o móvil de actuar por alguna de las circunstancias citadas en el catálogo del artículo 22.4, excluyendo, por tanto, supuestos en los que las citadas circunstancias carezcan de relieve o no existan.

Cuestión que deberá abordarse en el futuro, es la adición en el listado de circunstancias agravantes del delito que hace el artículo 22.4 CP, de *condiciones personales o sociales*, características que no se encuentran enumeradas en el artículo 14 de la CE, pero si constan en el artículo 21 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea<sup>26</sup>, que a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es instrumento vinculante<sup>27</sup> y que citamos de modo literal:

### ***“No discriminación”***

1. *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.*
2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”.*

Así pues, y en función de lo establecido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el legislador en la próxima reforma del CP debería hacer un planteamiento que incluya circunstancias agravantes por razón de la edad y del patrimonio o condición social.

El legislador, al abordar la modificación de un listado *numerus clausus* sobre circunstancias agravantes contemplado en el artículo 22 CP, deberá hacerlo con el mayor tino y acierto posible, y fruto de un debate democrático, pero sin obviar que, por imperativo legal del artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deberá incluirse la *aporofobia* como circunstancia agravante del delito.

---

<sup>25</sup> Sentencia de 19 de marzo (Audiencia Provincial). ARP 2013\1615.

<sup>26</sup> Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf). (Última visita, 20 de noviembre de 2014)

<sup>27</sup> Art. 6 del Tratado de Lisboa: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Disponible en [https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat\\_lisboa.pdf](https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_lisboa.pdf) .(Última visita, 20 de noviembre de 2014)

La Sala de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 5 de noviembre de 2008<sup>28</sup>, pronunciada en asunto relativo a delitos de asesinato con alevosía de una indigente que dormía en un cajero bancario, echa en falta una agravante en tal sentido, por aporofobia. Los acusados después de maltratar físicamente a la indigente, la rociaron con líquido disolvente y le prendieron fuego mientras dormía. Murió a consecuencia de las graves quemaduras sufridas. El tribunal al hacer recuento de las diferentes agravantes a aplicar a ese asesinato comenta en el fundamento de derecho sexto: “*No concurriendo tampoco la agravante impetrada por la acusación particular (...) en cuanto a móvil subsumible en el apartado 4º del artículo 22 CP, dado que no existe prueba que funde tal aserto, que por otro lado ni siquiera se ha concretado en qué supuesto versaría, significándose que la marginalidad o desocialización y situación de exclusión social no resulta contemplada en el elenco previsto en el mencionado apartado cuya interpretación debe ser restrictiva en cuanto son circunstancias agravantes (...)*”.

---

<sup>28</sup> Sentencia de 5 de noviembre (Sección 10<sup>a</sup>). JUR 2008\5593.

### III) Contenido y alcance de los delitos tipificados en distintos artículos del Código Penal

Resulta necesario continuar analizando diferentes artículos del CP que recogen tipos que, sin duda, se dan en los delitos de *aporofobia* y, por ende, contra personas en situación de calle. Comenzaremos con el estudio del alcance y transcendencia del **artículo 170 del CP**, concretamente, su primer inciso, el cual establece:

*“1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”.*

Observamos que este artículo del Código Penal amplía la lista de víctimas objeto de amenazas respecto a lo analizado en el artículo 22.4 CP, referido a las circunstancias agravantes del delito. Se incluye en el catálogo que contempla este artículo, “colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas”, por lo que, a nuestro entender, las amenazas graves dirigidas a atemorizar al colectivo de personas en situación de calle cabría incluirlas en el tipo recogido en este artículo, siempre que se den los requisitos que la jurisprudencia viene requiriendo para la aplicación de este artículo. Estos vienen recogidos en la Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal), núm. 149/2007, de 26 de febrero<sup>29</sup>, que viene a establecer cuatro elementos fundamentales, que son:

- a) Amenazar, que supone, atemorizar, intimidar, amedrentar a otros a la vista de lo que se les anuncia;
- b) El mal, con el que se amenaza, ha de constituir un delito, y este puede ser de cualquier clase;
- c) La amenaza, ha de dirigirse de modo inexcusable a “los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas”, lo que implica que el sujeto pasivo siempre será un colectivo, es decir, miembros integrantes de un grupo y no una persona individual;
- d) Por último, las amenazas tengan aptitud de atemorizar, que sean graves y se realicen con seriedad, firmeza y determinación.

Entendemos que este artículo podrá resultar de aplicación en los supuestos de amenazas realizadas a un colectivo de personas en situación de calle, y será necesario que el mal anunciado constituya delito y que las amenazas resulten graves, serias y firmes.

Para clarificar, y a modo de ejemplo, respecto de qué se sanciona como amenaza en este tipo delictivo, podemos recurrir a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 259/2006, de 6 de marzo<sup>30</sup>, que estima que una pintada en un edificio con expresiones y frases como “*ha llegado tu hora*”, es constitutiva de un

---

<sup>29</sup> Sentencia núm. 149/2007, de 26 de febrero (Sala de lo Penal). RJ 2007\948.

<sup>30</sup> Sentencia núm. 259/2006, de 6 de marzo (Sala de lo Penal). RJ 2006\1810.

delito de amenazas del artículo 170.1 CP. Así, el Alto Tribunal se expresa en los siguientes términos:

*"María Consuelo ha llegado tu hora", son incardinables en alguno de los tipos comprendidos en el art. 169 CP. (especialmente homicidio o contra la libertad), pues se trata de una influencia lógica y racional para el hombre medio, teniendo en cuenta los hechos notorios y conocidos y la concreción del mal amenazado es lo suficientemente explícita para integrar el tipo de amenazas, no siendo atendibles las alegaciones del recurrente en relación a no haberse producido perturbación en la paz y tranquilidad de los amenazados, pues con independencia de que ello no es cierto, al menos en relación al concejal Sr. Fermín, el delito de amenazas es de mera actividad y se consuma con la llegada del anuncio a los destinatarios. Descansa efectivamente, en la comunicación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, pero sin la exigencia de que se haya producido la perturbación anímica perseguida por su autor".*

Por lo que se refiere al **artículo 173 del CP**, centraremos nuestra atención en su punto 1, ya que el segundo apartado del mencionado artículo está dedicado a la violencia física o psíquica realizada sobre aquella persona que es o hubiera sido cónyuge, o en el pasado se hubiera vinculado habitualmente a alguien con el que ha mantenido análoga relación. Así, el **artículo 173.1 del CP**, de modo literal expresa:

**"1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.**

*Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.*

*Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda".*

Dado que se trata de realizar un informe jurídico, sobre personas en situación de calle, basaremos el análisis de este artículo en su primer párrafo. No cabe duda, de que el bien jurídico protegido por este artículo, es la integridad moral de las personas. El derecho a la integridad moral, aparece recogido en el artículo 15 CE, que proscribe, con carácter general, los tratos degradantes y que se conecta directa e inevitablemente con la dignidad de la persona, fundamento del orden político y de la paz social contemplado en el artículo 10 CE. Se trata, en definitiva, tal y como ha expresado el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en su sentencia núm. 213/2005, de 22 de febrero<sup>31</sup>, de que *"el concepto de integridad moral debe definirse desde el art. 15 CE que reconoce el derecho «a la vida y a la integridad física y moral». La jurisprudencia constitucional interpreta el concepto de integridad moral desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, del derecho a ser tratado como persona y no como cosa"*.

Una de las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional (Pleno), que reflejan el concepto que acabamos de expresar, es la número 120/1990, de 27 de junio<sup>32</sup>. Así la mencionada Sentencia del Tribunal núm. 213/2005, de 22 de febrero,

<sup>31</sup> Sentencia núm. 213/2005, de 22 de febrero (Sala de lo Penal). RJ 2005\1944.

<sup>32</sup> Sentencia núm. 120/1990, de 27 de junio (Pleno). RTC 1990\120.

resume de modo perfecto los elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral del siguiente modo:

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo;
- b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico; y
- c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona – víctima.

Fue la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*caso Tyrer contra Reino Unido*), de 25 de abril de 1978<sup>33</sup>, la primera que vino a marcar la diferencia entre tortura y trato inhumano. Nuestro Tribunal Constitucional, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en su Sentencia del Pleno núm. 120/1990, citada anteriormente, ha declarado que las tres nociones que se recogen en el artículo 15 CE, torturas, penas o tratos “inhumanos” y penas o tratos “degradantes” son, en su significado jurídico, “nociónes graduadas de una misma escala” que en todos sus tramos entraña, sean cuales fueran sus fines, “padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”.

Entiende también la doctrina, que los “tratos degradantes” consisten esencialmente en “inflictir un sufrimiento físico o psíquico tendente a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma”, según Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>), núm. 233/2009, de 3 de marzo<sup>34</sup>.

El artículo 173.1 CP viene a castigar los ataques a la integridad moral de las personas, llevados a cabo por medio de tratos degradantes que reproduzcan menoscabo grave en la dignidad e integridad moral de la persona. Para observar si las personas en situación de calle reciben este trato al igual que en otro tipo de colectivo, el trato degradante requiere la concurrencia de un elemento medial, formado por “inflictir a una persona un trato degradante” y un resultado, representado por menoscabar “gravemente su integridad moral”. Según la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1122/1998, de 29 de septiembre<sup>35</sup>, deberemos entender por trato degradante, “aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral”.

Resulta fundamental la consideración de que el núcleo de la descripción típica de la expresión “trato degradante”, parece presuponer cierta permanencia, al menos repetición del comportamiento degradante, ya que en otro caso no habría “trato”, sino simplemente nos encontraríamos ante un ataque. Esta afirmación no debe entenderse como un obstáculo a la hora de estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en esta pueda apreciarse una intensidad lesiva para la dignidad humana que resulte suficiente para su encuadre en el

---

<sup>33</sup> CASE OF TYRER v. THE UNITED KINGDOM, Application no. 5856/72, sentencia de 25 de abril de 1978. Disponible en su versión inglesa en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57587>. (Última visita: 20 de noviembre de 2014)

<sup>34</sup> Sentencia núm. 233/2009, de 3 de marzo, (Sala de lo Penal). RJ 2009\4146.

<sup>35</sup> Sentencia núm. 1122/1998, de 29 de septiembre (Sala de lo Penal). RJ 1998\7370.

precepto; esto quiere decir que, un sólo acto si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante, si tuviera intensidad suficiente para ello.

Por último, tal y como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 824/2003, de 5 de junio<sup>36</sup>, el atentado contra la integridad moral deberá ser grave, ya que cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante una falta tipificada en el artículo 620.2º CP.

Continuando con el análisis de los siguientes artículos del CP, hay que traer a colación, por el tema que nos ocupa, **el artículo 174 CP**, y ver las diferencias respecto a la aplicación en lo que a la definición del tipo se refiere. Citamos el mencionado precepto en su literalidad para proceder a su análisis:

*“1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.*

*2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior”.*

Resulta interesante destacar que nuestro Código Penal creó un título que encuadra expresamente las torturas y otros delitos contra la integridad moral, por lo que define a la tortura como una forma específica de actos contrarios a lo que se denomina integridad moral, protegida ya como bien jurídico protegido. Según la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 4 de mayo, núm. 589/1998<sup>37</sup>: “Parece que hay que entender, en ausencia de una clara definición, que ha sido el propósito del legislador que se entienda que se atenta contra la integridad moral de una persona cuando se vea su dignidad de ser humano recurriendo a formas de presión sobre su voluntad que puede tal vez ser necesarias para seres que carezcan de razón pero no utilizables sin humillar la dignidad del hombre cuando para él se emplean. En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando ha definido como torturas «los padecimientos físicos o psíquicos ilícitos inflingidos de modo vejatorio para quien los padece y con intención de doblegar la voluntad del sujeto paciente»”.

Podemos observar que en la estructura típica concurren los siguientes elementos:

- a) El elemento material que queda constituido por una conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que identificamos con sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento,

---

<sup>36</sup> Sentencia núm. 824/2003, de 5 de junio (Sala de lo Penal). RJ 2003\6236.

<sup>37</sup> Sentencia núm. 589/1998, de 4 de mayo (Sala de lo Penal). RJ 1998\4606.

discernimiento decisión, o cualquier otro modo de atentado contra la integridad moral.

- b) La cualificación del sujeto activo: este debe ser una autoridad o funcionario público, que actúe con abuso de su cargo, aprovechando una situación de dependencia en la que se encuentra el sujeto pasivo.
- c) Por último, el elemento teleológico, ya que sólo existirá delito de tortura si lo que se persigue es obtener una confesión de persona o castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que pudiera haberlo hecho.

Como podemos observar se requiere dolo, y según sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 726/2001, de 25 de abril<sup>38</sup>, este dolo consistirá en el conocimiento de la arbitrariedad del proceder y en la voluntad de ejecutar la acción típica.

El artículo 174 CP, establece una diferencia entre tortura grave y no grave, lo que determina una diferente duración de la pena de prisión a imponer. Para medir la gravedad deberemos atender al resultado lesivo y a las circunstancias de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral, que pudiera llegar a ser extremo aunque no dejase huella visible o produjese lesión, para lo cual deberemos atender a las circunstancias concurrentes en cada caso, tal y como manifiestan diferentes Sentencias del Tribunal Supremo, entre las que cabe destacar, la núm. 1644/2002, de 9 de octubre<sup>39</sup>.

Finalmente hemos de concretar, que el delito de torturas no admite continuidad delictiva, pues viola bienes personales que admiten “suma” de infracciones. Por lo que cada actuación es un delito y no una etapa del mismo.

Prosiguiendo con el análisis que estamos realizando del Código Penal, en sintonía con su pretensión última, fruto de distintas reclamaciones europeas, y que no es otra que la lucha eficaz contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo, la intolerancia, la violencia y la discriminación, además de las medidas que hemos estudiado hasta ahora adoptadas por el CP, el artículo 197 incluye otras referidas a la revelación de secretos y vulneración de la intimidad.

Es evidente que este tipo delictivo recogido en este artículo, entronca en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE, y como establecen: la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1<sup>a</sup>) núm. 134/1999, de 15 de julio<sup>40</sup>, y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>) núm. 358/2007, de 30 de abril<sup>41</sup>, “*lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los límites de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio*”. Lo que implica la posibilidad de imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibir su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

<sup>38</sup> Sentencia núm. 726/2001, de 25 de abril (Sala de lo Penal). RJ 2001\3572.

<sup>39</sup> Sentencia núm. 1644/2002, de 9 de octubre (Sala de lo Penal). RJ 2002\8881.

<sup>40</sup> Sentencia núm. 134/1999, de 15 de julio (Sala Primera). RTC 1999\134.

<sup>41</sup> Sentencia núm. 358/2007, de 30 de abril (Sala de lo Penal). RJ 2007\3724.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 694/2003, de 20 de junio<sup>42</sup>, describe la conducta típica del art. 197, en ella pueden distinguirse dos modalidades:

- a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y
- b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna.

Para finalizar el estudio jurisprudencial de este precepto, añadiremos que la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2684/1992<sup>43</sup>, de 2 de diciembre, recoge que: “Se trata en definitiva, de un delito que sólo admite la forma dolosa, aunque, obviamente, cabe el error de prohibición, vencible o invencible”.

Especialmente interesante resulta la referencia que hace este artículo en su punto quinto, que de modo literal establece:

*“5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior”.*

En este punto 5º, observamos una agravación de la pena, si los hechos afectasen a datos de carácter personal que revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial, vida sexual, o si la víctima fuere menor o incapaz. De nuevo, sucede en este artículo y en este apartado, lo mismo que hemos observado en el artículo 22.4 CP, y es la ausencia de agravante en los supuestos de discriminación por razones socioeconómicas, es cierto, que este artículo amplia la pena agravada a la edad, pero no lo hace con las discriminaciones económicas, en conclusión, difícilmente podrá ser aplicado este tipo a las personas en situación de calle.

Por su parte, el **artículo 314 CP** aborda otro tipo de discriminación, y es aquella que se lleva a cabo en el empleo en los siguientes términos:

*“Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.*

Por lo que respecta a este artículo simplemente añadir, que difícilmente podrá aplicarse el tipo contemplado a las personas en situación de calle, ya que quienes se

---

<sup>42</sup> Sentencia núm. 694/2003, de 20 de junio (Sala de lo Penal). RJ 2003\4359.

<sup>43</sup> Sentencia de 2 de diciembre (Sala de lo Penal). RJ 1992\9905.

encuentran en esta situación no suelen disponer de un empleo y mucho menos de empleos regulares.

Finalizaremos este análisis de los artículos del CP, haciendo alusión al **artículo 510 CP**, en nuestra opinión artículo fundamental a la hora de analizar la relación del CP con la discriminación y en el caso que nos ocupa con las personas en situación de calle.

Lo recogemos en su literalidad, la cual se expresa en los siguientes términos:

*“1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*

*2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.*

Tras la lectura de este precepto, lo primero que debemos establecer con claridad es qué entender por provocación. Siguiendo a una parte de los autores de la doctrina, encabezada por Jon Landa Gorostiza<sup>44</sup>, concretamos que la provocación contenida en este artículo del CP, no puede entenderse como una provocación en sentido técnico, es decir, de la contemplada en el artículo 18 CP, si no que estamos ante una de las modalidades de incitación al odio, que en cuanto sentimiento privado de la persona o emoción humana nunca puede considerarse delictivo.

Según la doctrina señalada debe realizarse una interpretación restrictiva de este precepto penal, resultando únicamente de aplicación en los casos en que los destinatarios de la provocación carezcan de autonomía suficiente, como por ejemplo los menores, o si se tratara de una situación de crisis extrema de un grupo especialmente vulnerable como el de las personas en situación de calle.

Para observar el alcance de este precepto penal resulta fundamental recurrir a la jurisprudencia, de la que podremos extraer los requisitos que debe reunir la provocación mencionada en este artículo. Así resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>)<sup>45</sup>, caso absolución para los responsables de la librería que vendía material de ideología nazi. Recurso de casación núm. 1172/2010, de 23 de julio. Así el Alto Tribunal se pronuncia en los siguientes términos:

*“El artículo 510, por su parte, sanciona a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los distintos motivos recogidos en el precepto. La utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el*

<sup>44</sup> 27. LANDA GOROSTIZA, JON – MIRENA, “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007”. Revista de Derecho Penal y Criminología 7 (2012), pp. 301 -350

<sup>45</sup> Sentencia, núm. 259/2011, de 23 de julio (Sala de lo Penal). RJ 2011\5727.

*hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo. Aún podría añadirse como argumento concurrente que, en la interpretación constitucional del artículo 607.2 a la que luego se aludirá, el Tribunal ha considerado como una de las modalidades de la conducta típica la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio cuando impliquen una incitación indirecta a su comisión. De lo que resultaría que la incitación indirecta a la comisión del genocidio resultaría más levemente penada que la incitación, igualmente indirecta, a la ejecución de actos presididos por el odio, discriminatorios o violentos".*

Por el extracto que acabamos de reflejar de la sentencia del Supremo, concluimos que la provocación deberá ser:

- a) Directa.
- b) Ante un colectivo de personas o procedimiento que facilite su publicidad.
- c) Y que incite a la comisión de un delito, lo que quiere decir, que suponga la realización de un acto discriminatorio o violento constitutivo de delito.

La sentencia analizada concluye, por lo que se refiere al artículo 510 del siguiente modo:

*"Por lo tanto, aunque la conducta descrita en los hechos probados desarrollada por los cuatro acusados constituya una difusión de ideas favorables al régimen nazi, que en ocasiones incluyen justificaciones del genocidio, y de contenido discriminatorio y excluyente para grupos raciales, étnicos o religiosos; aunque en atención a los valores constitucionales tales ideas o doctrinas, al igual que cualesquiera otras no respetuosas con la dignidad humana, nos merezcan el más claro rechazo, y aunque desde los poderes públicos no deba favorecerse la difusión de tales ideas contrarias a las bases de la convivencia basada en los valores de la Constitución vigente, los hechos probados no alcanzan el nivel de acciones delictivas previsto en el artículo 607.2 del Código Penal, según la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, al no poder identificarse como una provocación o incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los motivos expresados en el artículo 510 del Código Penal; y al no poder afirmarse tampoco, que mediante la difusión de ideas o doctrinas justificadoras el genocidio a través de la edición, distribución o venta genérica de libros o revistas, constituyan una incitación indirecta a la comisión de actos constitutivos de tal delito, o una conducta creadora de un clima de hostilidad contra los mencionados grupos susceptible, por sus características, de concretarse en actos específicos de violencia contra aquellos. Por todo ello, los motivos se estiman y se dictará segunda sentencia en la que se acordará la absolución de los acusados por los delitos previstos en los artículos 510 y 607.2 del Código Penal".*

### **3.3. Cauces procedimentales para la denuncia y persecución de los delitos de aporofobia.**

El delito de aporofobia, como uno de los considerados delitos de odio, debe de integrarse en nuestra legislación criminal, bien como delito sustantivo o, al menos, como agravante de las penas. Del estudio de las diferentes normas llevado a cabo en este dictamen se desprende que las debe producirse un cambio en la legislación española respecto de los delitos de odio o aporofobia.

No obstante, veamos en este punto qué aspectos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECr), en su redacción actual, nos pueden ayudar a perseguir este tipo de delitos.

En nuestro sistema jurídico, de todo delito o falta nacen dos posibles acciones: la penal, encaminada al castigo del culpable, y la civil, dirigida al resarcimiento del daño e indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible (artículo 100 LECr<sup>46</sup>).

Ahora bien, ¿quién puede ejercer la acción penal? Cualquier ciudadano, español o extranjero, según las prescripciones establecida en la ley. En España la acción penal es pública y, por tanto, cualquiera la podrá ejercitar aunque no sea la persona perjudicada por el delito o falta (artículo 101 LECr<sup>47</sup>).

Y, ¿por qué medios?

#### **I) Denuncia**

Los artículos 259 a 269 LECr regulan la denuncia penal. Así el artículo 259 dice: “*El que presenciere la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas*”.

El artículo 262 LECr<sup>48</sup> establece la misma obligación del denunciante, pero agravada cuando éste llega a conocer del delito público por razón de su cargo, profesión u oficio.

---

<sup>46</sup> Artículo 100: “*De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible*”.

<sup>47</sup> Artículo 101: “*La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitárla con arreglo a las prescripciones de la Ley*”.

<sup>48</sup> Artículo 48: “*Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante. Los que no cumpliesen esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente. Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviesen relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas, ni superior a 250. Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrán además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo. Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las Leyes*”.

Las denuncias pueden formalizarse por escrito o verbalmente, personalmente o por medio de mandatario (265 LECr)<sup>49</sup>

Por otro lado, el ciudadano que tuviere conocimiento de la perpetración de un delito de los que se deben perseguir de oficio, deberá denunciarlo ante el Ministerio Fiscal, Tribunal competente, Juez de instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se sienta obligado a demostrar los hechos, ni a formalizar querella y, además, sin contraer responsabilidad alguna (264 LECr)<sup>50</sup>.

El Juez, Tribunal, autoridad o funcionario que recibieren una denuncia, harán constar siempre la identidad del denunciador (268 LECr)<sup>51</sup>.

Queda claro pues que mediante la denuncia cualquier ciudadano puede poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial o policial y que lo puede hacer sea o no sea la víctima y habiéndose enterado de cualquier modo:

- Por motivo de su profesión u oficio.
- Por haber presenciado el hecho.
- Por cualquier otro motivo diferente.

Así pues, la denuncia es un medio magnífico para que el ciudadano pueda poner en conocimiento de la autoridad judicial o policial competente la comisión de delitos de odio y, específicamente, los de *aporofobia*. Es cuestión del todo necesaria la de concienciar al público, en general, de que estos delitos suelen quedar, en la mayoría de los casos, sin castigo al no ser denunciados por sus víctimas y que, por tanto, la ciudadanía tiene que mostrarse en actitud vigilante y proactiva en su persecución. No sólo por el deber de ayuda humanitaria que debemos a las personas marginadas y desocializadas, sino también porque dañan la construcción social y fragmentan las comunidades. Es decir, ponen en grave peligro la estabilidad social de cualquier comunidad.

---

<sup>49</sup> *Las denuncias podrán hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial*".

<sup>50</sup> Artículo 264: "El que por cualquier medio diferente de los mencionados tuviere conocimiento de la perpetración de algún delito de los que deben perseguirse de oficio, deberá denunciarlo al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al Juez de instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se entienda obligado por esto a probar los hechos denunciados ni a formalizar querella. El denunciador no contraerá en ningún caso otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiese cometido por medio de la denuncia, o con su ocasión"

<sup>51</sup> Artículo 268: "El Juez, Tribunal, Autoridad o funcionario que recibieren una denuncia verbal o escrita harán constar por la cédula personal, o por otros medios que reputen suficientes, la identidad de la persona del denunciador. Si éste lo exigiere, le darán un resguardo de haber formalizado la denuncia."

## II) Querella

Se regula en los artículos 270 a 281 del LECr. Así, el 270 reza: “*Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley. También pueden querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados (...)*”.

Su operativa es más restrictiva pues sólo se puede interponer ante el juez de instrucción competente, quedando sometido el querellante, para todos los efectos del juicio por él promovido, al Juez de instrucción o Tribunal competente para conocer del delito objeto de la querella.

La querella se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado. Debiendo el particular querellante prestar fianza de la clase y en la cuantía que fije el Juez o Tribunal, salvo el ofendido y sus herederos o representantes legales.

Así pues, el querellante solicita la apertura a de una causa criminal en la que se investigará un presunto delito en el que se constituirá como parte acusadora. El juez o tribunal decidirá si admite o no a trámite la querella interpuesta.

Este instrumento parece el más apropiado para que el ofendido por un delito lo ponga en conocimiento de la jurisdicción penal. Y ello, principalmente, porque su principal diferencia con la denuncia radica en que el querellante puede intervenir personalmente como parte acusadora en el desarrollo del proceso penal. Hay otra diferencia importante entre querella y denuncia: “*la querella siempre progresá, en cambio la denuncia a veces no*”. Esta es una frase que se utiliza mucho, ya que la mayoría de las querellas progresan y son admitidas por el juez con el subsiguiente inicio de la investigación y del proceso en sí. Y ello porque al formar el querellante, automáticamente, parte de la acusación, no se requerirá el burocrático y complejo procedimiento de esperar la aceptación del caso por parte del fiscal.

No obstante, si una denuncia progresá, el propio denunciante podrá solicitar formar parte de la acusación, por lo que, desde ese momento, la denuncia y la querella dejarán de tener diferencias.

## III) Persecución de oficio por la Fiscalía

El papel del Ministerio Fiscal en cuanto a la persecución de los delitos queda clara en el artículo 105 de la LECr: “*Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada. También deberán ejercitárlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad*”.

Vemos como la ley le está imponiendo al Ministerio Fiscal una obligación genérica de persecución de oficio de los delitos, pero a su vez también una obligación concreta cuando dice: “(...)*por recaer sobre personas desvalidas*”.

#### **IV) La Policía Judicial**

El artículo 126 de la Constitución Española establece que la Policía Judicial depende de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca.

Su actuación en el terreno procesal se regula en los artículos 282 a 298 de la LECr. Así en el 282 se dice: “*La Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial. Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial*”.

El documento base de plasmación de hechos y diligencias de la actuación policial es el atestado que se regula en el artículo 292 de la LECr: “*Los funcionarios de Policía judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito. La Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos*”.

Es un instrumento oficial en el que los funcionarios de policía judicial hacen constar las diligencias que se practican para averiguar y comprobar un hecho delictivo, especificando en él los hechos averiguados, las declaraciones e informes recibidos y todas las circunstancias que hubiesen observado y que pudiesen constituir indicio de delito.

El atestado se levantará bien directamente por la policía al tener conocimiento directo de unos hechos que puedan ser constitutivos de delito, por denuncia de un ciudadano o bien a consecuencia de las diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal.

#### **V) Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito**

Con fecha cinco de septiembre de 2014, la Mesa del Congreso de los Diputados encomendó la aprobación por competencia legislativa plena a la Comisión de Justicia del Congreso, la aprobación de la Ley del Estatuto de la Víctima del delito. Este proyecto constituye un catálogo general de derechos procesales y extraprocesales de las víctimas<sup>52</sup>. El anteproyecto de ley aprobado el 25 de octubre de 2013 por el Consejo de ministros traspone tres directivas: la 2012/29/UE, relativa a los derechos de las víctimas del delito, la 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en

<sup>52</sup> [http://www.interior.gob.es/web/interior/prensa/noticias-/asset\\_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/2306716](http://www.interior.gob.es/web/interior/prensa/noticias-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/2306716). (Última visita, 22 de noviembre de 2014)

los procesos penales y la 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

La mencionada transposición debe hacerse a través de la aprobación de este proyecto de ley, y de un proyecto más, que será el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este proyecto de ley orgánica, fue remitido al Congreso de los Diputados el uno de agosto, estando a la espera de su debate y aprobación.

La disposición final tercera de este proyecto de ley, plantea unas modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Vamos, a continuación, a comentar aquellas modificaciones propuestas que puedan afectar a la materia objeto de este dictamen:

**1. Modificación del artículo 109.-** El texto del segundo párrafo del artículo que dice: “*Si no tuviese capacidad legal, se practicará igual diligencia con su representante*”; se plantea su sustitución por: “*Si fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente completada, se practicará igual diligencia con su representante o la persona que le asista*”. Con esta pequeña modificación se incorpora la terminología prevista en la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad, al regular expresamente las medidas a adoptar en relación con los hijos con la capacidad completada judicialmente, que hasta ahora se llamaban, simplemente, incapacitados.

No contempla, sin embargo, esta modificación dos cuestiones importantes de cara la protección de la víctima y que, desde la perspectiva de los delitos objeto de este dictamen, deberían incluirse en este precepto. Nos referimos a:

- ✓ La información de los derechos a que tiene la víctima y que se recogen en el artículo 5 del anteproyecto:
  - “Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales. También la posibilidad de obtener un alojamiento alternativo.
  - Derecho a denunciar.
  - Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en los que pueda obtenerse gratuitamente.
  - Posibilidad de solicitar medidas de protección y, en su caso, procedimiento para hacerlo.
  - Indemnizaciones a las que pueda tener derecho.
  - Servicios de interpretación y traducción (...”).

- ✓ El derecho a recibir información del artículo 7: "Toda víctima tendrá derecho a ser notificada de las siguientes resoluciones judiciales, si así lo solicita:
  - La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal.
  - Los autos de sobreseimiento y archivo.
  - La sentencia que ponga fin al procedimiento.
  - Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo.
  - Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima.
  - Las resoluciones referentes a la clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, la concesión al penado de la libertad condicional en algunos supuestos concretos (...)

**2. Introducción de un nuevo artículo 109 bis**, con la siguiente redacción: "*1.- Las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes de la apertura del juicio oral, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación.*

*En el caso de que la víctima hubiera fallecido o hubiera quedado incapacitada para ejercer este derecho a consecuencia del delito, la acción penal podrá ser ejercida por su cónyuge, por la persona que hubiera mantenido con él una relación estable y análoga de convivencia y por sus hijos. A falta de los anteriores, la acción penal podrá ser ejercida por sus herederos.*

*2.- El ejercicio de la acción penal por alguna de las personas legitimadas conforme a este artículo no impide su ejercicio posterior por cualquier otro de los legitimados. Cuando exista una pluralidad de víctimas, todas ellas podrán personarse independientemente con su propia representación. Sin embargo, en estos casos, cuando pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el Juez o Tribunal, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses.*

*3.- La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito.*

*Cuando el delito o falta cometida tenga por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales el ejercicio de sus funciones*

*públicas, podrá también personarse en la causa la Administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible".*

Como cuestiones nuevas, este nuevo artículo regula:

- ✓ La legitimación por fallecimiento de la víctima.
- ✓ El supuesto de pluralidad de víctimas.
- ✓ El ejercicio de las acciones penales por las asociaciones de víctimas y personas jurídicas legitimadas para la defensa de ciertos derechos de las víctimas.

Pero lo que más nos interesa destacar a los autores del presente dictamen es la tercera novedad, la que se establece en el apartado 3º de este artículo, pues entendemos que **activa la actuación de las organizaciones en defensa de los derechos de las víctimas de delitos de odio.**

Así es, en el número 3 de este nuevo artículo se legitiman las acciones penales ejercidas por las asociaciones de víctimas y aquellas personas jurídicas legitimadas para la defensa de determinados derechos de las víctimas. El legislador recoge así una dilatada doctrina constitucional en ese sentido. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2011, de 16 de mayo, donde el alto tribunal reconoce la titularidad del derecho de acceso a la jurisdicción, como vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, a las personas jurídico-públicas. Esta sentencia, recoge en el inciso 2º de sus fundamentos jurídicos un texto de otra anterior (Sentencia del Tribunal Constitucional 175/2001, de 26 de julio) que, a su vez, expresaba: "las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso. El artículo 24.1 CE no exige de la Ley la articulación, en todo caso, de instrumentos procesales con los que las personas públicas puedan hacer valer los intereses generales cuya satisfacción les atribuye el Ordenamiento. Dicho de otro modo, según viene declarando este Tribunal, esta vertiente del artículo 24.1 CE sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador. Corresponde a la ley procesal determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercitarse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso (...) Así que la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas, por el principio <<pro actione>> o por el canon constitucional de interdicción de la arbitrariedad, la irrazonabilidad y el error patente, cuando se trate del acceso a los recursos legales".

3. **Modificación del artículo 281.-** Añadiendo un tercer supuesto de exención de fianza: cuando el querellante sea una asociación de víctimas o una persona jurídica a la que la Ley hubiere reconocido legitimidad para defender los derechos de las víctimas y siempre que el ejercicio de la acción penal se realice con autorización expresa de la propia víctima.

Con esta modificación se facilita la actuación como querellante a las organizaciones en defensa de los derechos de las víctimas de delitos de odio, incluyendo como entidades beneficiarias de la exención de fianza para presentar querella a las asociaciones de víctimas y a las personas jurídicas que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de éstas.

- 4. Modificación del párrafo primero del artículo 282**, añadiendo a la Policía Judicial una obligación más: “*Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal*”.

Este tipo de víctimas presentan una peculiaridad con respecto a cualquier otra víctima de delito como es su alto nivel de desprotección social de partida, por lo que es importante, y así lo quiere prever el legislador al introducir esta modificación al texto del artículo donde se establecen las funciones y obligaciones de la Policía Judicial, obligar a ésta a realizar una valoración preliminar (luego ya decidirá el Juez) de las circunstancias particulares de las víctimas para, en caso de ser necesarias, se determinen provisionalmente medidas de protección añadidas a las que serían normales en todo caso.

Esta evaluación y valoración de las circunstancias particulares de las víctimas se debe de referenciar al artículo 23 del anteproyecto que se titula como “*evaluación individual*” y que tienen por objetivo determinar qué medidas de protección precisa la víctima. En ese artículo, sin embargo, se olvida el legislador de incluir una referencia concreta a los delitos de *aporfobia* o, por lo menos, de odio, cosa que sí realiza la Directiva 2012/29/UE cuando en su artículo 22.3 especifica: “*En el contexto de la evaluación individual, se prestará especial atención a las víctimas que hayan sufrido un daño considerable debido a la gravedad del delito; las víctimas afectadas por un delito motivado por perjuicios o por motivos de discriminación, relacionado en particular con sus características personales (...) y delitos por motivos de odio (...)*”.

El artículo 24 del anteproyecto establece que la competencia para esta valoración corresponderá al Juez de instrucción sin perjuicio de la evaluación y resolución provisional que deba hacer el Fiscal en las diligencias de investigación, o los funcionarios de policía en la fase inicial de sus investigaciones (modificación del artículo 282 LECr). Finalmente, en la fase enjuiciamiento, al Juez o Tribunal que conozca de la causa.

Las medidas de protección a la víctima pueden ser de diversa consideración y el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito comenta las siguientes:

- ✓ La protección de la intimidad de la víctima y sus familiares (artículo 22 del anteproyecto). A tal efecto, se modifican los artículos 681, 682 y 707 de la LECr, regulando medidas que como:
  - La celebración del juicio o de algunos de sus actos o sesiones a puerta cerrada.

- La prohibición de la divulgación de información relativa a su identidad.
- La prohibición de la grabación de la imagen y/o sonidos en determinadas pruebas.
- La evitación de la confrontación visual de la víctima con el inculpado.
- La protección de la víctima durante la investigación penal evitando que se produzca una victimización secundaria (artículo 21 del anteproyecto). Por ejemplo:
  - Que se le reciba declaración solo cuando resulte necesario, sin dilaciones injustificadas.
  - Que su reconocimiento médico se lleve a cabo cuando resulte imprescindible para los fines del proceso.
  - Que las víctimas puedan estar acompañadas, además de por sus representantes procesales y legales, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir.

**5. Modificación del artículo 284**, al que se le añaden los siguientes párrafos: *"Si hubieran (la Policía Judicial) recogido armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida, extenderán diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, e incluirá una descripción minuciosa para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, que podrá ser sustituida por un reportaje gráfico. La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados.*

*La incautación de efectos que pudieran pertenecer a una víctima del delito será comunicada a la misma.*

*La persona afectada por la incautación podrá recurrir en cualquier momento la medida ante el Juez de Instrucción de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 334".*

Finalmente, es importante precisar que en el número 2 del artículo 23 del anteproyecto se establece el catálogo de delitos en los que se exige una especial valoración de la víctima y sorprende la falta de inclusión expresa de algunos delitos:

- ✓ Los delitos de odio en general y, como ya hemos mencionado más arriba, de manera más concreta los delitos de aporofobia. Es decir, delitos que, partiendo de una discriminación previa de la víctima, por su marginalidad y situación de exclusión social, inducen al autor del delito a su comisión con más saña y falso sentimiento de impunidad.
- ✓ Los delitos de homicidio, lesiones graves de los artículos 149 y 150 del CP y detenciones ilegales y secuestros.

#### 4. NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA APLICABLES

Para la resolución de las indicadas cuestiones jurídicas debe acudirse a la siguiente normativa, jurisprudencia y doctrina, de aplicación a las mismas:

##### I) Normativa

- España. Constitución Española de 6 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado núm. 311.1, Gaceta de Madrid, de 29 de diciembre de 1978, pp 29316 – 29424.
- Directiva 2012/209/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea, de 14 de noviembre de 2012, pp 315/57 – 315/73.
- España. Ley Orgánica, 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 281 , de 24 de noviembre de 1995, pp 33987 – 34058.
- Real Decreto, de 14 de septiembre de 1892, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado núm. 260, de 17 de septiembre de 1892, pp 803 – 804.

##### II) Jurisprudencia

###### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Tyrer contra Reino Unido*. Sentencia de 25 de abril de 1978, *Application no. 58/56*.

###### Tribunal Constitucional

- España. Tribunal Constitucional. Sala Segunda, Sentencia núm. 8/1981, de 30 de marzo, RTC 1981\8.
- España. Tribunal Constitucional. Sala Primera, Sentencia núm. 10/1981, de 6 de abril, RTC 1981\10.
- España. Tribunal Constitucional. Sala Primera, Sentencia núm. 19/1983, de 14 de marzo, RTC 1983\19.
- España. Tribunal Constitucional. Sala Segunda, núm. 48/1984, de 4 de abril, RTC 1984\48.
- España. Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril, RTC 1985\53.
- España. Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia núm. 120/1990, de 27 de junio, RTC 1990\120.
- España. Tribunal Constitucional. Sala Primera, Sentencia núm. 91/1991, de 25 de abril.
- España. Tribunal Constitucional. Sala Primera, Sentencia núm. 134/1999, de 15 de julio, RTC 1999\134.
- España. Tribunal Constitucional. Sala Primera, Sentencia núm.100/2000, de 10 de abril, RTC 2000\100.

- España. Tribunal Constitucional. Sala Primera, Sentencia núm.175/2001, de 26 de julio RTC 2001\175.
- España. Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia núm. 112/2006, de 5 de abril, RTC 2006\112.
- España. Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia núm. 258/2007, de 11 de febrero, RTC 2008\28.
- España. Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia núm. 28/2008, de 18 de diciembre, RTC 2007\258.
- España. Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia núm. 28/2010, de 27 de abril, RTC 2010\28.

### Tribunal Supremo

- España. Tribunal Supremo. Sala de lo criminal, sentencia RJ 1985\2134, de 25 de abril de 1985.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 2684/1992, de 2 de diciembre, RJ 1992\9905.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 589/1998, de 4 de mayo, RJ 1998\4606.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 1122/1998, de 29 de septiembre, RJ 1998\7370.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 2389/2001, de 14 de diciembre RJ 2002\2466.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 1644/2002, de 9 de octubre, RJ 2002\8881.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 726/2001, de 25 de abril, RJ 2001\3572.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 694/2003, de 20 de junio, RJ 2003\4359.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 1645/2003, de 9 de diciembre, RJ 2003\9404.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 824/2003, de 5 de junio, RJ 2003\6236.
- España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, sentencia núm. 213/2005, de 22 de febrero, RJ 2005\1949.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 259/2006, de 6 de marzo, RJ 2006\1810.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 358/2007, de 30 de abril de 2007, RJ 2007\3724.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 149/2007, de 26 de febrero, RJ 2007\948.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 1160/2006, de 9 de noviembre, RJ 2007\299.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, sentencia núm. 657/2008, de 24 de octubre, RJ 2008\6984.
- España. Tribunal Supremo. Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>), sentencia núm. 233/2009, de 3 de marzo, RJ 2009\4146.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2<sup>a</sup> de lo Penal), núm. 1063/2009, de 19 de octubre, RJ 2009\5838.

- España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>), en sentencia núm. 259/2011, de 19 de octubre, RJ 2011\5727.

### Audiencias Provinciales

- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10<sup>a</sup>, de 5 de noviembre, JUR 2008\5593.
- Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7<sup>a</sup>, de 19 de marzo, sentencia núm. 34/2013, de 19 de marzo APR 2013\1615.

### **III) Doctrina aplicable:**

Aunque la doctrina no es fuente del derecho, si que se permite analizar la opinión imperativa mayoritaria de los problemas planteados.

Tesis doctorales inéditas:

Díaz López, J.A. (2012) *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica Leída el 8 de noviembre de 2012

## 5. RESOLUCIÓN DE LA CONSULTA

En el presente epígrafe se presentan como resolución de la consulta, las dos vertientes analizadas: en primer lugar, la resolución de lo estudiado en los diferentes artículos del Código Penal, y en segundo lugar, lo referido a los cauces procedimentales en la legislación penal española en relación con los delitos de odio.

### I) Conclusiones derivadas del análisis de los diferentes artículos del Código Penal aplicables a los delitos de odio o aporofobia.

**Primera.-** Por lo que se refiere a la atención que presta el vigente Código Penal a los delitos de odio o aporofobia, cabe destacar, en primer lugar, que la circunstancia agravante de alevosía, recogida en el artículo 22.1 CP, podrá aplicarse a aquellos delitos cometidos contra personas en situación de calle, cuando esencialmente concurra un medio o forma que tienda a asegurar la agresión, y que por tanto evite, la reacción y defensa del agredido.

Resultará fundamental, demostrar la situación de indefensión en que se encuentra la persona en situación de calle, para que resulte aplicable a quien comete el delito, la circunstancia agravante contemplada en este artículo. Habrá que concentrarse en la labor de investigación que lleven a cabo tanto, la policía judicial como el Ministerio Fiscal, y tener presente que será fundamental nuestra capacidad de demostrar la vulnerabilidad de la víctima en el momento del ataque.

**Segunda.-** En segundo lugar entiendo que, una vez analizado el contenido del artículo 22.4 del Código Penal, resulta necesario introducir, en el catálogo de circunstancias agravantes del delito que este contempla, la discriminación por circunstancias socioeconómicas.

El motivo por el que el legislador deberá abordar esta cuestión, radica en que las “*condiciones personales o sociales*”, como circunstancias agravantes del delito, aunque no se encuentren enumeradas en el artículo 14 de la Constitución Española, si se recogen el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y por tanto, vinculan al Estado español.

Si desde aquí pudiéramos hacer llegar una recomendación al poder legislativo, le sugeriríamos, que llevase a cabo esta incorporación con el mayor acierto, fruto de un debate parlamentario serio en el que se tengan muy presentes las circunstancias en las que viven y se desarrollan las personas en situación de calle, su especial vulnerabilidad, y la conciencia, de que es necesaria la inclusión de esta agravante por las diversas situaciones de riesgo a las que se ven sometidas estas personas.

**Tercera.-** Otro artículo relevante en la materia de nuestro Código Penal, es el que gira entorno al delito de amenazas contemplado en el artículo 170 del Código Penal. Observamos que éste artículo, amplía la lista de víctimas objeto de amenazas respecto al catálogo que hemos analizado del artículo 22.4 del Código Penal. Ya que incluye a un “*colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas*”.

Cabría, por tanto, la aplicación del tipo recogido en este artículo, a las amenazas graves, dirigidas a atemorizar al colectivo de personas en situación de calle, siempre que se den los requisitos que la jurisprudencia viene requiriendo para la aplicación de este artículo, y que son: el mal anunciado, que este constituya delito y que las amenazas resulten graves, serias y firmes.

**Cuarta.-** Por lo que se refiere a lo establecido en el artículo 173 del Código Penal, concretamente a su punto primero, el cual contempla el delito de trato degradante a los demás cuando esto suponga un grave menoscabo de la integridad moral. No tenemos duda alguna, de que el bien jurídico protegido en este artículo, no es otro que la integridad moral, derecho recogido en el artículo 15 de la Constitución Española.

Sin duda, el delito tipificado en este artículo está íntimamente relacionado con las personas en situación de calle, ya que todo atentado contra su integridad moral, que contemple los elementos integrantes del mismo, y que recoge en su jurisprudencia el Tribunal Supremo, podrá ser castigado con la pena contemplada en él. Así el Alto Tribunal exige: un acto claro de contenido vejatorio, que concorra un padecimiento físico o psíquico y que el comportamiento sea degradante o humillante. Este atentado contra la integridad moral deberá ser grave, sino estaremos ante una falta del artículo 620.2º del Código Penal.

**Quinta.-** Por su parte, el artículo 174 del Código Penal, contempla el delito de la tortura cometida por una autoridad o funcionario público, con abuso de su cargo, siempre que se pretenda con la referida tortura la obtención de una información o castigarla en base a algún tipo de discriminación. La pena contemplada en este artículo, sólo podrá aplicarse cuando, concorra la cualificación del sujeto activo, el elemento material constituido por la acción con la que se manifiesta la tortura y el elemento teleológico, que consiste en la obtención de información. Si estos elementos se dan en una actuación por parte de una autoridad o funcionario y el sujeto pasivo fuera una persona en situación de aquella, podría aplicarse la pena contemplada en el mismo al sujeto activo expresado.

**Sexta.-** Del análisis realizado sobre el artículo 197 del Código Penal, el cual tipifica la revelación de secretos y vulneración de la intimidad, observamos que se admiten dos modalidades en la comisión del delito: el apoderamiento de papeles y la interceptación de telecomunicaciones. Este delito, solo admite su comisión de forma dolosa. Llama la atención, que el punto quinto de este artículo contempla agravación de la pena, si los hechos revelan ideología, religión, creencias, salud, origen racial, vida sexual, o si la víctima fuere menor o incapaz, de nuevo no se contempla las circunstancias socioeconómicas del individuo, que en caso de que estas hicieran a la víctima especialmente vulnerable, deberían ser incluidas.

**Séptima.-** De lo estipulado en el artículo 314 del Código Penal, observamos, que este tipifica la discriminación grave en el empleo por razón de etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, etc. La aplicación del tipo contemplado en este artículo, a quien lleve a cabo este tipo de conductas contra personas en situación de calle, es compleja y difícil, ya que las mencionadas personas, no suelen tener empleo y el artículo tampoco observa la discriminación por circunstancias socioeconómicas.

Por lo tanto, esta discriminación debería contemplarse en el listado que ofrece el artículo, para que una discriminación contra una persona en situación de calle que pretenda acceder a un empleo pueda ser castigada, al igual que lo son aquellas por sexo, minusvalía, situación familiar u orientación sexual.

**Octava.-** El artículo 510 del Código Penal, condena al que provoca a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos

racistas, antisemitas u otros referidos a la ideología, las creencias o la situación familiar, también la referida al sexo, origen, orientación sexual etc.

De nuevo, observamos que en este listado no se recogen discriminaciones socioeconómicas, pero si es cierto que podría abrirse un camino al contemplarse la situación familiar entre el listado que refleja el artículo. En todo caso, debemos tener presente que la provocación habrá de ser: directa, realizada ante un colectivo de personas o con publicidad y que incite a la comisión de un delito.

## **II) Resoluciones sobre los cauces procedimentales recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal**

**Primera.-** Desde el punto de vista procesal entendemos que la actual LECr dota, tanto a las víctimas como a la ciudadanía en general, de suficientes instrumentos de persecución del delito. La denuncia o la querella, la especial función de protección de las víctimas por parte del Ministerio Fiscal o, por último, la definitiva participación de la Policía Judicial en el descubrimiento, la averiguación y la denuncia del delito, así como el descubrimiento y aseguramiento del delincuente, son cauces procedimentales idóneos para poder perseguir los delitos de aporofobia o de odio si queremos enmarcar los primeros en una categoría más amplia.

No obstante, algunas lagunas o imprecisiones de nuestro marco procesal penal pueden ser corregidas con el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito que se encuentra en tramitación. De esta forma, en las páginas anteriores hemos desmenuzado algunas cuestiones que pueden mejorar la actual redacción reguladora de la LECr o mejorar el marco legal de protección a través del texto de la propia Ley Orgánica. Por ejemplo:

- El ejercicio de las acciones penales por las asociaciones de víctimas y personas jurídicas legitimadas para la defensa de ciertos derechos de las víctimas.
- La regulación y establecimiento de efectivas medidas de protección a la víctima. Y ello en dos líneas de actuación: la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares y la protección de la víctima durante la investigación penal evitando que se produzca una victimización secundaria.
- Para establecer tales medidas de protección a la víctima se dictamina como necesaria una evaluación y valoración individual de las circunstancias particulares de las víctimas. La competencia para esta valoración corresponderá al Juez de instrucción sin perjuicio de la evaluación y resolución provisional que deba hacer el Fiscal en las diligencias de investigación, o los funcionarios de policía en la fase inicial de sus investigaciones.
- Se incluyen como entidades beneficiarias de la exención de fianza para presentar querella, a las asociaciones de víctimas y a las personas jurídicas que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de éstas.
- Se introduce en el ordenamiento jurídico penal una dilatada doctrina constitucional en el sentido de legitimar las acciones penales ejercidas por las asociaciones de víctimas y aquellas personas jurídicas legitimadas para la defensa de determinados derechos de éstas.

**Segunda.-** A pesar de todo ello, el Anteproyecto adolece de algunos defectos y de algunas ausencias que ya han sido comentadas tanto en este dictamen como en el informe emitido por el Pleno del Consejo del Poder Judicial que se adjunta como Anexo IV. Pero debemos destacar lo que a nuestro juicio sería necesario y urgente conseguir que se incluyera en el Estatuto de la Víctima del Delito. Y nos referimos a que en ese futuro texto legal aparezca perfectamente referenciada, como una especialidad de los delitos de odio, el conocido como delito de *aporfobia* o delito contra la integridad personal y moral de las personas socialmente excluidas.

Estos delitos deben ser tratados de manera específica en nuestra legislación penal porque el infractor, al cometerlos, está emitiendo un doble mensaje. Uno directo sobre la víctima y otro, más genérico, al resto de la sociedad, que se traduce en el juicio que realiza sobre el derecho de la víctima a pertenecer o no a su mismo grupo social. Lo cual nos conduce a la necesidad de distinguir este delito de otros, aplicando un tratamiento diferenciado.

Por tanto, nos encontramos ante una oportunidad estupenda para intentar forzar mecanismos políticos y sociales e intentar convencer al legislativo para que introduzca referencias concretas al delito de *aporfobia* en la futura Ley Orgánica del Estatuto de la Víctimas del Delito. Y ello en dos vías:

- En su tipificación como delito sustantivo o agravante específica.
- En su tratamiento procesal diferenciado.

Sería especialmente negativo no conseguir esto ya que España se encuentra en estos momentos, tras seis años de profunda crisis, en un grave proceso de crecimiento de la pobreza y la exclusión social.

Son alarmantes las noticias de cada día, que nos hacen testigos de desahucios, acciones desesperadas de recogida y entrega de alimentos a familias necesitadas, comedores sociales desbordados etc. Pero más alarmante es lo que podríamos denominar “la otra cara de la moneda”:

- La proliferación de movimientos racistas o neofascistas nada tolerantes con lo distinto.
- La consolidación económica de una clase social alta elitista y poco tolerante.
- La desaparición de una clase media protagonista política durante la transición y consolidación democrática.

España, según las cuentas de Eurostat, presenta una de las mayores tasas de riesgo de exclusión social entre personas con trabajo asalariado, solo superada por Rumania y Grecia. Tenemos un 12,3% de trabajadores con unos ingresos por debajo del umbral de la pobreza.

**Tercera.-** Finalmente, es importante también **definir la motivación** en este tipo de delitos en aras a intentar encontrar soluciones procesales que ayuden a penalizarlos adecuadamente. La motivación más clara y definible es aquella en la que el infractor actúa impulsado por el odio u hostilidad hacia la víctima, por su pobreza, su marginalidad o, en definitiva, su situación de exclusión social. Pero cabe otro móvil, la selección discriminada de estas personas desprotegidas socialmente por,

precisamente, su característica protegida, sin que el odio o la hostilidad formen parte de la motivación.

Pensando en desarrollos legislativos futuros, caben cualquiera de estas dos categorías de motivación:

- Una **emocional**: odio u hostilidad a la víctima por su condición social de marginación.
- ✓ Otra **causal**: existe una selección discriminatoria por su propia característica particular. El ejemplo más utilizado es el del delincuente que ataca a su víctima inmigrante, por considerar que este tipo de personas no suelen denunciar a la policía los ataques sufridos.

No cabe duda de que en cualquiera de las dos versiones el dolo preside la conducta del agresor, la tipifica como delito y, por tanto, debe ser perseguida.

Consecuentemente en esa persecución del delito es definitiva **la obtención de la evidencia de esa motivación**, la emocional o la causal. Y llegamos al aspecto clave dentro del terreno procesal: ¿cómo dispondremos de la prueba?

Como en cualquier otro delito se presentará acusación o no en función de que exista una evidencia suficiente. En este caso, que exista o no una evidencia suficiente que pruebe una motivación prejuiciosa en relación con las personas en situación de calle.

Por ello, es muy importante conseguir que en las próximas modificaciones de las leyes procesales o, ahora mismo, incluyéndolas en el futuro Estatuto de la Víctima, se implique y oblige mucho más al Ministerio Fiscal y a la propia Policía Judicial a la hora de obtener las evidencias, sobre todo en los primeros momentos de las diligencias investigadoras. Es muy frecuente que los delincuentes actores de este tipo de delitos realicen declaraciones, bien durante o bien inmediatamente después de la agresión, que revelen su motivación. En el caso de la indigente quemada en un cajero bancario de Barcelona, las escenas quedaron gravadas en el vídeo de seguridad de la propia entidad y en él se pudo constatar las risas, los comentarios despectivos hacia la víctima... Evidencias necesarias para tipificar el delito.

**Cuarta.-** Son importantes las campañas de concienciación ciudadana sobre la existencia de este tipo de delitos, su alarmante crecimiento y su necesaria tipificación individualizada para su persecución más eficaz. Y son importantes por la influencia necesaria que pueden ejercer sobre el Ministerio Fiscal y la policía y su implicación cada día mayor. Sin embargo, es también imprescindible que el ordenamiento recoja estos aspectos procesales, pues **la naturaleza de este delito necesita de la calidad de la investigación de las fuerzas de seguridad y del apoyo de la fiscalía**.

Insistimos en que este aspecto procesal es fundamental, pues sin evidencias, sin pruebas de la específica motivación, no tendremos delito de *aporfobia*.

En Valencia, a 11 de diciembre de 2014

Fdo. Esmeralda Iranzo Sánchez



### 3. CONCLUSIONES

En este apartado de conclusiones jurídicas, con un matiz individual, resulta conveniente y oportuno realizar una valoración global de la situación jurídica a la que se enfrentan las personas en situación de calle. Entiendo que es relevante que así sea, porque llegar a las conclusiones alcanzadas en materia penal y procesal, nos ha llevado a descubrir también los verdaderos problemas legales que atraviesan las personas en situación de calle.

Es por ello, que se incluye en estas conclusiones, la necesidad de iniciar determinadas reformas legales en distintas materias, como son: filiación y familia, seguridad social, prestaciones y desahucios.

Por lo que se refiere a las conclusiones alcanzadas en el dictamen realizado en el presente trabajo, suscribo todas y cada una de ellas, si bien en el presente epígrafe, se explican motivaciones personales y profesionales a fin de una mejor comprensión de las mismas.

**Primera.-** La primera y fundamental conclusión jurídica alcanzada con el desarrollo de este dictamen, es la imperiosa necesidad de introducir en el catálogo de circunstancias agravantes del delito del artículo 22.4 del CP, además de las agravantes existentes, una nueva que contemple la discriminación por las circunstancias socioeconómicas de la víctima. Existe una sólida base jurídica para llegar a esta afirmación, y es que las “condiciones personales o sociales” de la víctima, como circunstancias agravantes del delito, aunque no se encuentren enumeradas, de modo exhaustivo, si lo están de modo implícito, en el artículo 14 de la Constitución Española, si se encuentran recogidas en el artículo 21 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, texto que resulta vinculante para el Estado español.

Desde este dictamen lanzo la sugerencia y el ánimo al poder legislativo, para que incorpore en el menor plazo de tiempo posible esta agravante en nuestro Código Penal, y como decíamos en apartados anteriores, que lo haga con el mayor acierto posible. Que su conclusión sea fruto de un debate parlamentario serio y riguroso, donde se cuente con la opinión de expertos que puedan poner de manifiesto la realidad de la situación de las personas que viven en situación de calle, así como su especial vulnerabilidad y las diversas situaciones de riesgo a las que se ven sometidos.

**Segunda.-** Sin duda, para que pueda aplicarse la agravante del artículo 22.1 del CP, alevosía, a los delitos cometidos contra las personas en situación de calle, resultará fundamental demostrar la especial vulnerabilidad de la víctima en el momento del ataque, sino será extremadamente complejo que la mencionada pueda ser aplicada al caso.

**Tercera.-** Por lo que se refiere al delito de amenazas contemplado en el artículo 170 del CP, observamos, que este último, está referido a “un colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas”. Por lo que cabría la aplicación del tipo recogido en el mismo, a aquellas amenazas graves dirigidas a atemorizar a un colectivo de personas en situación de calle, siempre que concurren los requisitos exigidos en la jurisprudencia, estos son: que el mal anunciado constituya delito y que las amenazas sean graves, serias y firmes.

**Cuarta.-** Con respecto a los tratos degradantes contemplados en el artículo 173 del CP, fundamentalmente cuando estos constituyan un grave menoscabo a la integridad moral, concluimos que el delito tipificado en este artículo se encuentra íntimamente relacionado con las personas en situación de calle, ya que todo atentado contra su integridad moral que contemple los elementos integrantes del mismo, reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podrán ser castigados con las penas recogidas en el artículo mencionado. Recordar, que los elementos exigidos por la jurisprudencia son: un acto claro de contenido vejatorio, que concurra padecimiento físico o psíquico y que el comportamiento sea degradante o humillante. El atentado deberá ser grave, sino se habría incurrido en una falta tipificada en el artículo 620.2º del CP.

**Quinta.-** Por su parte, el artículo 510 del CP que contempla penas para quien provoca a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, también debería contemplar, las discriminaciones por razones socioeconómicas, aunque es cierto que podría abrirse camino al contemplarse la situación familiar entre el listado que refleja el artículo.

**Sexta.-** Respecto a los aspectos procesales, la conclusión es que la LECr, dota, tanto a las víctimas como a los ciudadanos instrumentos de persecución del delito. La denuncia o la querella, la especial función de protección de las víctimas por parte del Ministerio Fiscal o, por último, la definitiva participación de la Policía Judicial en el descubrimiento, la averiguación y la denuncia del delito, así como el descubrimiento y aseguramiento del delincuente, son cauces procedimentales idóneos para poder perseguir los delitos de aporofobia o de odio si queremos enmarcar los primeros en una categoría más amplia.

**Séptima.-** Por lo que se refiere a los delitos de aporofobia, el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, puede mejorar el marco legal de protección a través del texto de la propia Ley Orgánica, estas son, por ejemplo: el ejercicio de las acciones penales por las asociaciones de víctimas, la regulación y establecimiento de efectivas medidas de protección a la víctima, y que se incluyan como entidades beneficiarias de la exención de fianza para presentar querella, a las asociaciones de víctimas y a las personas jurídicas que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de éstas.

Así, lo fundamental, urgente y necesario, sería conseguir la inclusión en el Estatuto de la Víctima del Delito, como una especialidad, los delitos de odio, o delitos de aporofobia. Entiendo que este tipo de delitos deben ser tratados de manera específica en nuestra legislación penal, ya que, quien los comete, emite dos mensajes: el primero, sobre la víctima, y el segundo a la sociedad, lanzando a esta un mensaje que puede traducirse en el juicio que realiza sobre el derechos de la víctima a pertenecer o no a su grupo social. Tenemos la oportunidad de forzar mecanismos políticos y sociales, para que el poder legislativo introduzca el delito de aporofobia en la Ley Orgánica del Estatuto de la Víctimas del Delito, a través de dos vías: su tipificación como delito sustantivo o agravante específica y su tratamiento procesal diferenciado.

**Octava.-** Debería definirse la motivación en este tipo de delitos para intentar encontrar soluciones procesales que ayuden a penalizarlos adecuadamente, pues sin evidencias ni pruebas de la específica motivación, no tendremos delito de aporofobia.

## 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Bibliografía

- ✓ ÁLVAREZ VELEZ, M.I., 2010. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tirant Lo Blanch. Valencia.

### Otras fuentes

#### Revistas jurídicas

Landa Gorostiza, J-M. *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995 – 2011) del art. 510 CP y propuesta de Lege Data*. Revista de Derecho Penal y Criminología 7 (2012), pp. 301 -350.

### Webgrafía

- ✓ Aranzadi (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.aranzadi.es](http://www.aranzadi.es)
- ✓ Consejo General del Poder Judicial (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)
- ✓ Fundación Fernando Pombo (2014). Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.fundacionpombo.org/quehacemos/proyecto-exequo](http://www.fundacionpombo.org/quehacemos/proyecto-exequo)
- ✓ Google, Inc. (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.google.es](http://www.google.es)
- ✓ Ministerio de Justicia (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)
- ✓ Congreso de los Diputados (2014). Principal. Recuperado el 26 de octubre de [www.congreso.es](http://www.congreso.es)
- ✓ RAIS Fundación (2014). Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.raisfundacion.org](http://www.raisfundacion.org)
- ✓ Universidad Internacional de La Rioja (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.unir.net](http://www.unir.net)

### Enlaces de descarga

- ✓ Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito.
- ✓ Informe al Pleno del Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito

## 5. ANEXOS

Se adjuntan como anexos a este dictamen los trabajos que acompañaron al planteado en este caso sobre delitos de aporofobia, y que fueron realizados en la asignatura Clínica Legal por el equipo formado por:

- Vicente Hernández de Alba Mir.
- Lorenzo Galiana Gallach.
- Blanca Pitarch Alcón.
- Rafael Pardo Gabaldon.
- Esmeralda Iranzo Sánchez

Los casos prácticos resueltos fueron:

- Caso 11: Legado en testamento ológrafo.
- Caso 14: Discriminación Social: Aporofobia. La fobia al pobre.
- Caso La inclusión laboral de las personas con discapacidad.

## INFORME DEL CASO

<b>Denominación del caso:</b> LEGADO EN TESTAMENTO OLÓGRAFO	<b>Profesor clínico:</b> ISABEL GOZALO
<b>Empresa beneficiaria FFP:</b> ASOCIACIÓN ESPAÑOLA CONTRA EL CÁNCER	<b>Nivel de Clínica:</b> 5 <b>Grupo nº:</b> 1

<b>Alumnos que firman el trabajo y rol desempeñado en el grupo:</b>		<b>Fecha de envío del informe del caso:</b>  23.05.2014	
<b>Coordinador:</b> VICENTE HERNÁNDEZ DE ALBA MIR			
<b>Investigador:</b> RAFAEL PARDO GABALDÓN ; BLANCA PITARCH ALCÓN			
<b>Comunicador:</b> ESMERALDA IRANZO SÁNCHEZ			
<b>Redactor:</b> LORENZO GALIANA GALLACH			

**SOLUCIÓN DE LA CONSULTA PLANTEADA:** (respuesta al caso planteado por el beneficiario de Fundación Fernando Pombo).

**A) Hechos planteados en la consulta:**

La Asociación Española Contra el Cáncer (en adelante AECC) (<https://www.aecc.es/Paginas/PaginaPrincipal.aspx>) es una asociación de utilidad pública de carácter benéfico asistencial cuya razón de ser es “luchar contra el cáncer liderando el esfuerzo de la sociedad española para disminuir el impacto causado por esta enfermedad y mejorar la vida de las personas”.

La AECC tiene su sede central en Madrid y desarrolla su actividad en toda España gracias a sus 52 Juntas Provinciales, con representación en más de 2.000 localidades de todo el país.

Para financiar sus proyectos, la AECC pone a disposición tanto de particular como entidades privadas una diversidad de tipos de colaboración, como donativos, asociándose, haciéndote voluntario, dejando un legado o colaborando como empresa solidaria. En este contexto de financiación, es donde la AECC solicita asesoramiento jurídico con un caso de legado vía testamento ológrafo.

El escenario es el siguiente:

Una mujer fallece y en su testamento ológrafo deja constancia su voluntad de donar parte de su herencia a “la Asociación de la Lucha contra el Cáncer”, la cual, pero que, no obstante, debería de entenderse que es la AECC.

Por su parte, los que dicen ser herederos testamentarios de la mujer fallecida, al ponerse en su conocimiento esta “irregularidad”, solicitan la nulidad de la institución hereditaria a favor de “la Asociación de la Lucha contra el Cáncer” por considerar que no existe como tal bajo esa razón social según consta en el fichero de denominaciones del Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior, por lo que estiman que se trata de una persona incierta de conformidad con lo dispuesto en los artículos 772 y 773 del Código Civil.

A tal efecto, se inician acciones de nulidad en sede de jurisdicción voluntaria, que resultan inadmitidas por inadecuación del procedimiento, remitiéndoles el Juez a la vía declarativa.

De esta forma, los Demandantes inician un procedimiento declarativo contra los restantes coherederos de testamento ológrafo en ejercicio de una acción de nulidad de disposición testamentaria por entender que la designación se ha realizado sobre persona incierto.

En este sentido, y en lo que respecta al interés de la AECC, la única prueba aportada de adverso consta de una certificado emitido por el Registro Nacional de Asociaciones que afirma que:

“...no consta incorporada ninguna denominación de asociación que literalmente coincida con el nombre de “ASOCIACIÓN DE LA LUCHA CONTRA EL CANCER”

[...]

Por otra parte, con esos términos aparecen inscritas varias entidades, para mayor información puede consultar en la página web del Ministerio del Interior

<http://servicio.mir.es/webasocia/busquedaAsocia.htm>

Por otra parte, el suplico de la demanda no contiene solamente una petición de declaración de nulidad, sino que en el mismo se solicita:

- Una acción “principal” de interpelación ex artículo 1.005 del Código Civil condicionada a la previa constatación de que las entidades demandadas o aquellas otras intervenientes en el proceso a resultas del trámite de llamamiento realizado a través de la publicación de la admisión de la demanda tienen o no la condición de coherederos;
- Dos acciones “subsidiarias” y cumulativas; una de nulidad de disposición testamentaria por designación sobre persona incierta y otra de declaración judicial de acrecimiento de derechos hereditarios del demandante, todo ello condicionado a la previa consideración de que las entidades llamadas no ostenten la condición de coherederas.

#### Información Adicional:

- La causante no ha tenido ningún tipo de relación con la AECC, ni ha sido socia, ni voluntaria, ni ha realizado donaciones, ni similar. El perfil es similar al que tenemos con mujeres de cierta edad, solteras y sin hijos, que nos dejan como herederos universales, a veces compartida la responsabilidad con otras entidades similares, o a veces con cualquier congregación religiosa. Es bastante típico.
- Los Carmelitas consiguieron protocolizar el testamento, dejando al resto de la familia sin ningún derecho, y tampoco participamos en ello el resto de coherederos. En 2008 los Carmelitas iniciaron el Procedimiento de Protocolización de Testamento Ológrafo ante el Juzgado de Primera Instancia respecto de la causante para luego protocolizar el testamento ológrafo mediante escritura pública de fecha 14 de abril de 2008.

En vista de todo lo anteriormente indicado, la AECC solicita análisis jurídico para la defensa de sus derechos sucesorios en relación con la demanda de nulidad formulada por otro de los supuestos coherederos.

Para dar respuesta a su petición, se plantea lo siguiente:

- a. Analizar las peculiaridades jurídicas del caso, a fin de constituir prueba que permita identificar de manera inequívoca la institución de un heredero denominado “la Asociación de la Lucha contra el Cáncer” con la AECC.
- b. Analizar los distintos cauces procesales que permitan consolidar los derechos sucesorios de la AECC, incluyendo si así fuera necesario la posibilidad de formular reconvención.

**B) Respuesta a la consulta:**

La respuesta a las preguntas se encuentra redactada en el **Anexo I** del presente documento.

**C) Conclusiones:** (breve resumen de los principales aspectos que debe tener en cuenta el beneficiario de la Fundación Fernando Pombo, en relación con la consulta formulada).

**Legitimación.-** Tendrá legitimación activa como demandante los Carmelitas y cualquier llamado a la herencia. En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la AECC si tras el llamamiento del juez en virtud del artículo 1005 CC esta manifiesta su decisión de aceptar la herencia.

**Excepciones procesales.-** Resulta de aplicación la contenida en el artículo 416.1.4LEC por inadecuación del procedimiento. La acción contenida en el artículo 1.005 CC procede: En expedientes de jurisdicción voluntaria, puede llevarse a cabo en forma autónoma a un expediente independiente, y tramitarse dentro de un juicio de testamentaria o tras una declaración de herederos. Lo que no es posible es que se tramite dentro de un proceso declarativo. Lo adecuado hubiera sido, ejercer en primer lugar la acción del 1005CC por alguno de los procedimientos adecuados que en estos la AECC hubiera aceptado o repudiado la herencia y una vez aceptada la misma procedería a la acción de nulidad de disposición testamentaria de persona incierta y la declaración judicial de acrecimiento de derechos hereditarios del demandante. No puede ejercerse el 1.005CC supeditado a que la AECC ostente definitivamente la condición de coheredero.

**Análisis 1.005 CC .-** La indeterminación en cuanto a la designación como heredero de la AECC provoca que exista una herencia yacente. Esta incertidumbre hace necesario que el llamado a ser heredero acepte o repudie tal condición. Para esto el artículo 1.064 CC establece un plazo de prescripción de 15 años para la aceptación o repudio de la herencia, lo que hace que en este caso no haya prescrito la acción. Por ello, los demandantes solicitan al juez la aplicación del 1.005 CC, para que este señale a la AECC un plazo no superior de 30 días para que acepte o repudie la herencia, haciendo advertencia de que si no declarada nada en ese tiempo se entenderá que la habrá aceptado.

**Preparación de Principio de prueba favorable a la AECC.-** La AECC se constituyó el 05 de marzo de 1953. El 29 de septiembre del 1966 se inscribió en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior (número nacional 3.827 de la sección primera). Se declaró de utilidad pública el 24 de abril de 1970.

**OBJETIVO:** Luchar contra el cáncer en todas las modalidades conocidas o las que en el futuro de puedan conocer. Tiene Juntas en todas las provincias que la hacen estar presente en todo el territorio nacional. Además de estas 52 juntas, tienen representación en más de 2.00 localidades de toda España, lo que la hace ser, la Asociación de lucha contra el cáncer más próxima al número de personas que padecen la enfermedad. Es la Asociación que mayor número de campañas y cuestiones realiza en nuestro país, distinguiendo a los ciudadanos con su escudo a la hora de la colaboración.

**Redacción de la oposición a la acción de nulidad de disposición testamentaria por designación sobre persona incierta y suplico de la contestación a la demanda.-**

Los principales argumentales de la redacción de la oposición a la acción de nulidad de disposición testamentaria por designación sobre persona incierta son los siguientes:

1. Defensa de la validez del legado a favor de la AECC.
2. improcedencia del acrecimiento de derechos hereditarios de demandante.
3. Solicitud y justificación de la condena en costas al demandante

En cuanto al suplico de la contestación lo basamos en que se desestime la demanda y se declare a la AECC como heredera instituida de la causante.

**D) Bibliografía y webgrafía empleada:**

**Bibliografía**

Para la realización del presente informe se ha utilizado la siguiente bibliografía:

- ✓ Lacruz Berdejo, J.L.; Sancho Rebullida, F.; Luna Serrano, A.; Delgado Echeverria, J.; Rivero Hernández, F.; Rams Albesa, J. (2009). Elementos de Derecho Civil. Sucesiones. Madrid: DIKINSON
- ✓ Mestre Rodríguez, M.L. (2003). La interpretación Testamentaria. Notas a la Regulación del Código Civil. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Unidad de Murcia
- ✓ O'Callaghan Muñoz, X. ( 2012). Código Civil Comentado y con Jurisprudencia. Madrid: LA LEY

**Webgrafía**

En el presente informe se ha utilizado información de las siguientes páginas web:

- ✓ Asociación Española Contra el Cáncer. (2014) Principal. Recuperado el 18 de mayo de 2014 de <https://www.aecc.es/Paginas/PaginaPrincipal.aspx>
- ✓ Google, Inc. (2014). Principal. Recuperado el 18 de mayo de 2014 de <https://www.google.es/>
- ✓ Ministerio del Interior. (2014). Asociaciones. Recuperado el 18 de mayo de 2014 de 2014 de <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/asociaciones>
- ✓ Oficina Española de Patentes y Marcas (2014). Recuperado el 18 de mayo de 2014 de [http://www.oepm.es/es/signos\\_distintivos/detalle.html?ref=M%202384377](http://www.oepm.es/es/signos_distintivos/detalle.html?ref=M%202384377)
- ✓ Páginas Galegas. (2014). Recuperado el 18 de mayo de 2014 de [http://www.paxinasgalegas.es/asociacion-espa%C3%B1ola-de-la-lucha-contra-el-cancer-180735em\\_122ay\\_2341ep.html#Nombre](http://www.paxinasgalegas.es/asociacion-espa%C3%B1ola-de-la-lucha-contra-el-cancer-180735em_122ay_2341ep.html#Nombre)

- ✓ Thomson Reuters. (2014). Aranzadi. Recuperado el 18 de mayo de 2014 de <http://www.aranzadidigital.es/maf/app/authentication/signon>

### Vídeos y películas

- ✓ 60 años de la AECC. (2013).Asociación Española Contra el Cáncer.  
<http://www.youtube.com/watch?v=T7uTgeUhLPY&feature=share&list=PLvTLmBkC8MwApvPG1LIRgDF0cSS9t-QyH> . Youtube.

## A N E X O I

**Respuestas a las preguntas solicitadas por la Fundación Fernando Pombo:**

**1.- ESTUDIO DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA EN EL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO, ANALIZANDO LA POSIBILIDAD DE ALEGAR EXCEPCIONES PROCESALES.**

Legitimación

- **Legitimación Activa (demandante):** Existe legitimación activa de los carmelitas y de cualquier otro llamado a la herencia [ex. artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)]. Entendemos que los Carmelitas, en tanto en cuanto aparecen como legatarios en el testamento de la causante ostentan legitimación activa para ser parte en el proceso.
- **Legitimación Pasiva (demandados):** Nuevamente en aplicación del artículo 10 LEC, entendemos que la Asociación Española contra el Cáncer (en adelante, AECC) ostenta la legitimación pasiva al referirse a ella la causante como Asociación de la Lucha contra el Cáncer. Corresponde la legitimación pasiva a la AECC, si tras el llamamiento del juez en virtud del artículo 1005 del Código Civil (en adelante, CC) ésta manifestara su decisión de aceptar la herencia. En caso de que la AECC, hubiera repudiado la herencia, que no es el caso, tendría que acogerse al procedimiento del artículo 993 CC, ya que la AECC fue declarada asociación de utilidad pública en reunión del Consejo de Ministros del día 24 de abril de 1970, por tanto tiene un tratamiento especial, y requiere aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público.

En resumen: La legitimación activa en caso de nulidad de un testamento, bien sea total o parcial, corresponderá a todos los interesados en la declaración de tal nulidad. En cuanto a la legitimación pasiva corresponderá a todos los que deriven derechos del testamento o cláusula que se pide impugnar.

Excepciones procesales

Respecto a las excepciones procesales entendemos que existe una excepción aplicable al caso que se recoge en el artículo 416.1.4 de la LEC por inadecuación del procedimiento. La acción contenida en el artículo 1005 CC procede: en expedientes de jurisdicción voluntaria, puede llevarse a cabo en forma autónoma a un expediente independiente y tramitarse de dentro de

un juicio de testamentaria o practicarse tras una declaración de herederos. Lo que no es posible, es que se tramite dentro de un proceso declarativo. Lo adecuado hubiera sido en primer lugar, el ejercicio de la acción del 1005 CC por alguno de los procedimientos adecuados expuestos, que en ellos la AECC acepte o repudie la herencia, y una vez la AECC acepte la misma, procederá la acción de nulidad de disposición testamentaria de persona incierta y la correspondiente declaración judicial de acrecimiento de derechos hereditarios del demandante.

No puede ejercerse el artículo 1005 CC supeditado a que la AECC ostente definitivamente la condición de coheredera.

## 2.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1005 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU RELACIÓN AL CASO

El artículo 1.005 CC establece:

*"Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada".*

Por su parte, Xavier O' Callaghan Muñoz, Magistrado del Tribunal Supremo realiza análisis del Código Civil en su obra literaria:

**O' CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012). Código Civil Comentado y con jurisprudencia. Madrid: LA LEY p. 989-990:**

*"1.- El instituido heredero a quien le corresponda el llamamiento efectivo a la herencia (delación) mientras no acepte o repudie no adquiere la herencia, no es heredero, y además impide el llamamiento de otros sujetos designados, bien en testamento o por la ley, como eventuales herederos. La herencia está pendiente de tener un titular (herencia yacente) bien respecto de toda ella o solamente de una cuota de la misma.*

*Esta incertidumbre acerca de la titularidad se puede mantener, a voluntad del llamado a ser heredero, mientras no prescriba su derecho a aceptar o repudiar (ius delationis); el plazo de prescripción de tal derecho será de 15 años, por aplicación del artículo 1964 CC.*

*Sin embargo en virtud del artículo 1005 cualquier interesado puede ejercitar la acción a través de la cual se consiga que el juez señale un plazo muchísimo más breve (no más de treinta días) en el cual el llamado a ser heredero manifieste su decisión de ser o no ser heredero, advirtiéndole de que si no declara nada en dicho tiempo se entenderá que ha aceptado la herencia: es la llamada interrogatio in iure.*

*2.- Esta interpelación es de ejercicio judicial ("instando en juicio..." dice el artículo 1005) y se tramitará por un procedimiento de jurisdicción voluntaria.*

*La legitimación activa corresponde, según este artículo a "un tercer interesado": se entiende por tal, cualquier persona que tenga interés en la resolución definitiva sobre la persona del heredero. Son "interesados", pues, los acreedores del causante, incluso deudores del mismo, legatarios, coherederos y posteriores herederos cuyo llamamiento efectivo a la herencia dependa de la decisión de repudiar por parte del interrogado, etc.*

*La legitimación pasiva la tiene el llamado a la herencia con delación, es decir, con ofrecimiento efectivo de la misma para su adquisición, que todavía no ha ejercitado su derecho a aceptar o repudiar. El artículo 1005 habla de "heredero", sin embargo éste no lo será hasta que declare que acepta, si acepta. Por tanto, no se puede interrogar al ya heredero, pues ya carece de sentido, ni tampoco a aquel designado heredero cuyo llamamiento es eventual (tiene solamente vocación hereditaria) y, por tanto, todavía no puede aceptar o repudiar la herencia pues carece de certeza sobre su derecho a la herencia.*

*3.- Para el procedimiento se aplicarán las normas generales que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para los expedientes de jurisdicción voluntaria (artículos 1811 y siguientes). Este procedimiento puede llevarse en forma autónoma, como un expediente independiente, o bien puede tramitarse dentro de un juicio de testamentaria o de ab intestado, o incluso puede practicarse tras una declaración de herederos y como continuación del mismo expediente. Lo que no parece posible es que se tramite dentro de un proceso declarativo.*

*En el expediente, el Juez requiere ha llamado con delación para que acepte o repudie, designándole un plazo (no superior a treinta días) para que haga su declaración; este término es un plazo procesal y, por tanto, de caducidad que no admite prórroga, ni interrupción ni suspensión.*

*En el mismo requerimiento se le apercibe de que si nada declara en el plazo que se le ha señalado la herencia queda aceptada, la norma no presume ni interpreta la voluntad del llamado, sino que impone el resultado de la herencia aceptada, mal que le pese al que con su conducta pasiva dio lugar a ello”.*

La indeterminación en cuanto a la designación como heredero de la AECC, provoca que exista una herencia yacente. Esta incertidumbre hace necesario que el llamado a ser heredero (en el presente procedimiento la AECC) acepte o repudie tal condición. Según el artículo 1064 CC la aceptación o repudia de la herencia de la causante tendría una prescripción de 15 años, lo que hace que no haya prescrito la acción.

Por ello los demandantes solicitan del juez la aplicación del artículo 1005 CC, para que este señale a la AECC un plazo no superior de 30 días para que acepte o repudie la herencia, advirtiéndole que sino declara nada en este tiempo se entenderá que la AECC la habrá aceptado (*interrogatio in iure*).

**3.- PREPARACIÓN DE UN PRINCIPIO DE PRUEBA FAVORABLE A LA AECC: COMPROBACIÓN DE ENTIDADES INSCRITAS EN TERMINOS SIMILARES A “ASOCIACION DE LUCHA CONTRA EL CANCER” EN EL REGISTRO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR. ARGUMENTARIO SÓLIDO A FAVOR DE LA IDENFICACIÓN DE DICHA DENOMINNACION CON LA AECC. ANÁLISIS DE NOTICIAS, REFERENCIAS PÚBLICAS CON ESA DENOMINACIÓN, TRATAMIENTO DE NOMBRES GENÉRICOS.**

La Asociación Española Contra el Cáncer se constituyó el 5 de marzo de 1953, con el propósito de luchar contra el cáncer en todas las modalidades conocidas o que en el futuro se conocieran. El 29 de septiembre de 1966 fue inscrita, con el número nacional 3.827 de la Sección 1<sup>a</sup>, en el Registro Nacional de Asociaciones.

Fue declarada de “Utilidad Pública” por acuerdo del Consejo de Ministros adoptado en su reunión del día 24 de abril de 1970.

La Asociación Española Contra el Cáncer tiene su sede central en Madrid y desarrolla su actividad en toda España, con 52 Juntas Provinciales, con representación en más de 2.000 localidades de toda España.

La solicitud realizada al Ministerio del Interior solicitando información sobre las entidades inscritas en términos similares de “lucha contra el cáncer” nos ha dado el resultado siguiente en un correo electrónico:

“Id: 23111

Respuesta: Puede obtener información de las asociaciones inscritas en este Registro Nacional de Asociaciones consultando el Fichero de Denominaciones en la siguiente dirección de internet del Ministerio del Interior:

<https://sede.mir.gob.es/nfrontal/webasocia.html>.”

Ante la contestación recibida del Ministerio del Interior, realizamos la búsqueda de las ASOCIACIONES registradas que contengan la palabra “cáncer”, obteniendo únicamente 45 registros. Como se puede observar en la consulta, no existe ninguna asociación en el registro en cuya denominación aparezcan las palabras “cáncer” y “lucha”, por lo que concluimos que no hemos observado ninguna asociación con denominación similar a la Asociación Española Contra el Cáncer. Se aportan a efectos probatorios las capturas de pantalla de las consultas en el registro de asociaciones:



Actualizado a 20/05/2014

**Información asociaciones de ámbito estatal**

NOMBRE ASOCIACIÓN
ASOCIACION CONTRA EL CANCER DE CUELLO DE UTERO - ACCUDE
ASOCIACION DE AFECTADOS DE CANCER DE OVARIO - ASACO
ASOCIACION DE AYUDA E INVESTIGACION DEL CANCER, SIDA Y ENFERMEDADES INMUNOLÓGICAS ACSI
ASOCIACION DE ENFERMOS DE CANCER Y FAMILIARES DEJA QUE LLUEVA
ASOCIACION DE FAMILIARES Y AMIGOS DE NIÑOS CON CANCER - AFANIC ESPAÑA
ASOCIACION DE LIGAS IBEROAMERICANAS CONTRA EL CANCER ALICC
ASOCIACION DE MUJERES AFECTADAS DE CANCER DE MAMA ROSAE
ASOCIACION ESPAÑOLA CONTRA EL CANCER
ASOCIACION ESPAÑOLA CONTRA EL TABAQUISMO Y CANCER
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ADOLESCENTES Y ADULTOS JÓVENES CON CÁNCER
ASOCIACION ESPAÑOLA DE AFECTADOS DE CANCER DE PULMON - AEACAP
ASOCIACION ESPAÑOLA DE ALPINISTAS CON CANCER
ASOCIACION ESPAÑOLA DE CANCER DE TIROIDES
ASOCIACION ESPAÑOLA DE DIAGNOSTICO PRECOZ DEL CANCER DE MAMA
ASOCIACION ESPAÑOLA DE ENFERMOS DE CANCER DE BOCA FAMILIARES Y AMIGOS ( ACB )
ASOCIACION ESPAÑOLA DE ENFERMOS DEL CANCER DE VIGO
ASOCIACION ESPAÑOLA DE ESTUDIOS SOBRE EL CANCER AECA
ASOCIACION ESPAÑOLA DE INVESTIGACION SOBRE EL CANCER ASEICA
ASOCIACION ESPAÑOLA DE MEDICINA NATURAL CONTRA EL CANCER SIDA Y DROGADICCION
ASOCIACION ESPAÑOLA DEL CANCER CUTANEO ASECCUT
ASOCIACION ESPAÑOLA PARA LA PREVENCION DEL CANCER GINECOLOGICO
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LOS EFECTOS DEL TRATAMIENTO DEL CÁNCER - ETC
ASOCIACION GRUPO ESPAÑOL DE ONCOLOGIA RADIOTERAPICA PARA EL TRATAMIENTO DE CANCER DE CABEZA Y CUELLO - GEORCC
ASOCIACION PARA EL AVANCE DE LA INVESTIGACION DEL CANCER - ONCOSCIENTES
ASOCIACION PARA EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACION INTEGRAL DEL CANCER
ASOCIACION PARA EL FOMENTO DE LA INVESTIGACION EN CANCER Y MITOCONDRIOPATIAS - FOICAM
ASOCIACION PARA LA AUTOAYUDA A ENFERMOS DE CANCER Y OTRAS PATOLOGIAS CRONICAS HOLOS
ASOCIACION PARA LA AYUDA E INCENTIVOS CONTRA EL CANCER Y SIDA - SID CAN
ASOCIACION PARA LA INVESTIGACION DE CANCER DE PULMON EN MUJERES - ICAPEM
ASSOCIATION FOR PROTON CANCER RESEARCH AND TREATMENT (APCRT)
CANCER Y ENFERMEDADES GRAVES ASOCIACION INTERNACIONAL PARA LA DEFENSA E INFORMACION DE LAS VICTIMAS
FEDERACION ESPAÑOLA DE CANCER DE MAMA - FECMA
FEDERACION ESPAÑOLA DE PADRES DE NIÑOS CON CANCER, - NIÑOS CON CÁNCER -
FITOCAN ASOCIACION CONTRA EL CANCER
GRUPO ESPAÑOL DE INVESTIGACION EN CANCER DE MAMA GEICAM
GRUPO ESPAÑOL DE INVESTIGACION EN CANCER DE OVARIO GEICO
GRUPO ESPAÑOL DE INVESTIGACION EN CANCER DE PULMON
GRUPO ESPAÑOL DE INVESTIGACION EN CANCER GINECOLOGICO PSAMOMA
GRUPO ESPAÑOL DE PACIENTES CON CANCER
GRUPO ESPAÑOL DE TRATAMIENTO CONSERVADOR DEL CANCER DE CABEZA Y CUELLO - GETCOCACU
GRUPO ESPAÑOL MULTIDISCIPLINAR EN CANCER DIGESTIVO - GEMCAD
SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA PREDICTIVA Y PERSONALIZADA DEL CANCER
UNIDAD PARA EL TRATAMIENTO INTEGRAL DEL CANCER DE MAMA EN LAS ISLAS BALEARES ( UMIB )
WORLD ASSOCIATION FOR CANCER RESEARCH - WACR -
¿ CANCER ? YO PUEDO

Nuestra representada tiene registrada en la Oficina Española de Patentes y Marcas ([www.oepm.es](http://www.oepm.es)) el distintivo registrado "AECC contra el Cáncer". Bajo el expediente número: M 2384377, del que se trascibe copia a continuación. Con fecha 10 de mayo de 2014, se ha

comprobado por quien suscribe que este registro de marca se encuentra en vigor y se ha publicado la concesión de renovación de la misma.

**Copia del Expediente M 2384377**

**SITADEX Expediente: M 2384377 (2) Fecha: 10/05/2014 12:42:19**

MARCA PRODUCTOS/SERVICIOS

FECHA PRESENTACION SOLICITUD.....: 09/03/2001 A LAS 11:12 EN MADRID

FECHA PRESENTACION SOLICITUD OTORGADA.: 09/03/2001

TIPO.....: MIXTA

DENOMINACION.....:

AECC CONTRA EL CANCER

SOLICITANTE/TITULAR...: ASOCIACION ESPAÑOLA CONTRA EL CANCER

DOMICILIO.....: AMADOR DE LOS RIOS, 5

LOCALIDAD.....: MADRID

PROVINCIA/COD.POSTAL..: 28010 MADRID

REPRESENTANTE.....: SIN REPRESENTANTE

**----- CLASES Y PRODUCTOS/SERVICIOS O ACTIVIDADES SOLICITADOS -----**

16 PAPEL, CARTON Y ARTICULOS DE ESTAS MATERIAS, NO COMPRENDIDOS EN OTRAS CLASE

S; PRODUCTOS DE IMPRENTA, FOLLETOS, PROSPECTOS Y PUBLICACIONES; ARTICULOS D

E ENCUADERNACION; FOTOGRAFIAS; PAPELERIA; ADHESIVOS (PEGAMENTOS) PARA LA PA

PELERIA O LA CASA; MATERIAL PARA ARTISTAS; PINCELES; MAQUINAS DE ESCRIBIR Y

ARTICULOS DE OFICINA (EXCEPTO MUEBLES); MATERIAL DE INSTRUCCION O DE ENSEÑ

ANZA (EXCEPTO APARATOS); MATERIAS PLASTICAS PARA EMBALAJE (NO COMPRENDIDAS

EN OTRAS CLASES); NAIPES; CARACTERES DE IMPRENTA; CLICHES.

**----- CLASES Y PRODUCTOS/SERVICIOS O ACTIVIDADES CONCEDIDOS -----**

\* LOS SOLICITADOS

**----- CLASIFICACION DE VIENA -----**

27.05.17

**----- ACTOS DE TRAMITACION -----**

16/04/2001 PUBLICACION DE SOLICITUD

20/09/2001 PARECIDO DE LA MARCA 1529320

16/10/2001 PUBL.SUSPENSO FONDO DE F.RESOL 20/09/2001

18/10/2001 CONTESTACION AL SUSPENSO PUBLICADO EL: 16/10/2001

16/02/2002 PUBLIC. CONCESION DE F. RESOL. 21/01/2002

06/05/2011 ANOTACION SOLICITUD RENOVACION

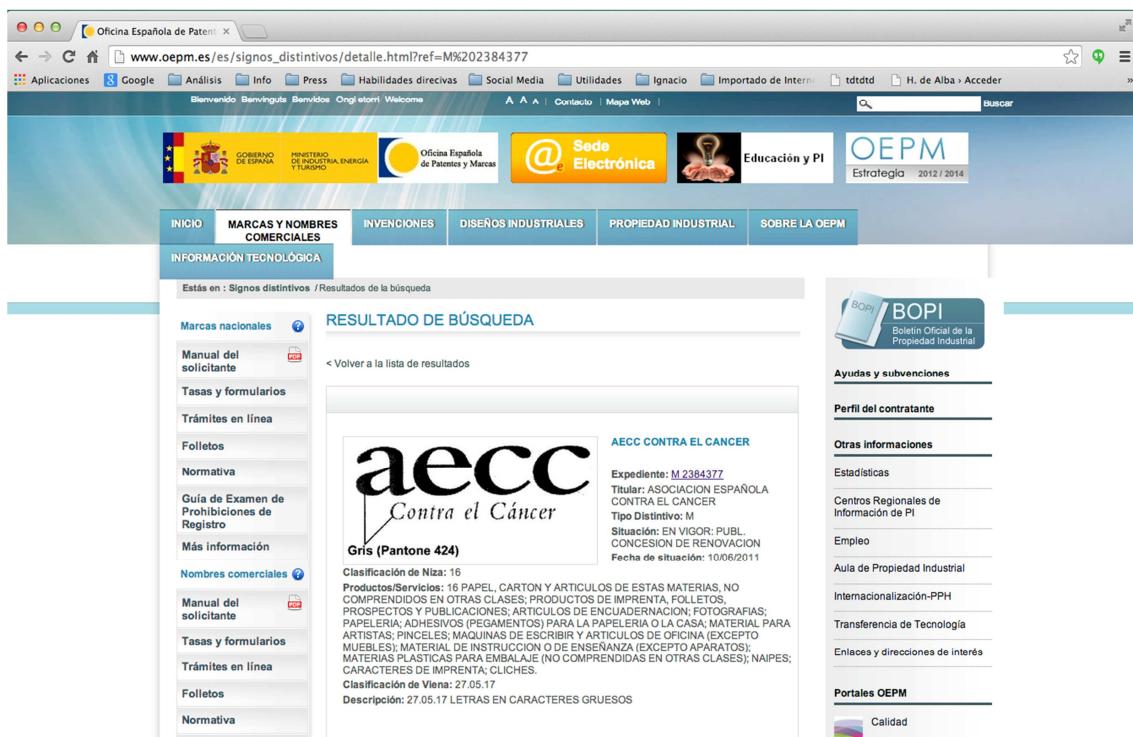
10/06/2011 PUBL.CONCES.RENOV. DE F.RESOL. 31/05/2011

----- ANOTACIONES DE PAGOS -----

15/03/2002 PAGO DE TASA DE REGISTRO



Aportamos la captura de pantalla de la web de la Oficina Española de Patentes y Marcas de donde procede la información del expediente anterior:



The screenshot shows the OEPM website interface. The top navigation bar includes links for 'Aplicaciones', 'Google', 'Análisis', 'Info', 'Press', 'Habilidades directivas', 'Social Media', 'Utilidades', 'Ignacio', 'Importado de Interno', 'tdtdt', 'H. de Alba', and 'Acceder'. The main menu has options for 'INICIO', 'MARCAS Y NOMBRES COMERCIALES', 'INVENTIONES', 'DISEÑOS INDUSTRIALES', 'PROPIEDAD INDUSTRIAL', and 'SOBRE LA OEPM'. A sidebar on the left provides links for 'Marcas nacionales' (Manual del solicitante, Tasas y formularios, Trámites en línea, Folletos, Normativa, Guía de Examen de Prohibiciones de Registro, Más información) and 'Nombres comerciales' (Manual del solicitante, Tasas y formularios, Trámites en línea, Folletos, Normativa). The central content area displays the search results for 'AECC CONTRA EL CANCER' with details such as Expediente: M 2384377, Titular: ASOCIACION ESPAÑOLA CONTRA EL CANCER, Tipo Distintivo: M, Situación: EN VIGOR: PUBL., CONCESIÓN DE RENOVACIÓN, Fecha de situación: 10/05/2011, and Productos/Servicios: 16 PAPEL, CARTON Y ARTICULOS DE ESTAS MATERIAS, NO COMPRENDIDOS EN OTRAS CLASES; PRODUCTOS DE IMPRENTA, FOLLETOS, PUBLICACIONES Y OTROS DOCUMENTOS; PAPEL, CARTON Y ARTICULOS DE OFICINA; PAPERIAS; PAPELERIA; ADHESIVOS (PEGAMENTOS) PARA LA PAPELERIA O LA CASA; MATERIAL PARA ARTISTAS; PINCELES; MAQUINAS DE ESCRIBIR Y ARTICULOS DE OFICINA (EXCEPTO MUEBLES); MATERIAL DE INSTRUCCION O DE ENSEÑANZA (EXCEPTO APARATOS); MATERIAS PLASTICAS PARA EMBALAJE (NO COMPRENDIDAS EN OTRAS CLASES); NAIPES; CARACTERES DE IMPRENTA; CLICHES. Clasificación de Viena: 27.05.17 LETRAS EN CARACTERES GRUESOS. Descripción: 27.05.17 LETRAS EN CARACTERES GRUESOS. The right sidebar includes links for 'BOPI' (Boletín Oficial de la Propiedad Industrial), 'Ayudas y subvenciones', 'Perfil del contratante', 'Otras informaciones' (Estadísticas, Centros Regionales de Información de PI, Empleo, Aula de Propiedad Industrial, Internacionalización-PPH, Transferencia de Tecnología, Enlaces y direcciones de interés), and 'Portales OEPM' (Calidad).

Se constata una relación directa y contundente entre el concepto lucha contra el cáncer y la Asociación Española Contra el Cáncer. Se aportan, las siguientes noticias o referencias web que apoyan esta argumentación:

El siguiente enlace es una campaña que la AECC denomina: “60 años luchando contra el cáncer”

<http://www.youtube.com/watch?v=T7uTgeUhLPY&feature=share&list=PLvTLmBkC8MwApvPG1LIRgDF0cSS9t-QyH>



#### **60 años de la aecc. (+lista de reproducción)**

Lista de reproducción de Asociación Española Contra el Cáncer

60 años de la lucha contra el cáncer en España. La historia de la aecc es la historia de la lucha contra el cáncer en España. La aecc fue abriendo paso para que otras entidades públicas y privadas se sumaran a la lucha contra el cáncer y, entre todos, vencer la enfermedad. En el futuro, la aecc centrará sus esfuerzos en programas de atención ...



- Suscríbete en Youtube

El sustantivo “lucha” o el verbo “luchar” son consustanciales a la AECC pues siempre lo utilizan en sus comunicaciones, campañas de cuestación... Por tanto, no es difícil confundir la denominación de esta asociación e introducir tal concepto en su nombre erróneo. Otra campaña publicitaria de la AECC que utiliza el verbo “luchar”:

**LUCHAMOS  
PARA PERDER  
EL MIEDO AL  
CÁNCER\***



[www.tvbenavente.es](http://www.tvbenavente.es)

8 DE MAYO. COLABORA.

\* Este material está destinado a la difusión de información médica por parte de profesionales de la salud, porque no es apto para su difusión a través de los medios de comunicación de masas.

Asociación Española Contra el Cáncer

[www.aecc.es](http://www.aecc.es)

[www.aecc.es](http://www.aecc.es)

Por otra parte, tenemos delegaciones provinciales de la AECC, como por ejemplo la de Lugo, que se encuentran en los directorios gallegos como “Asociación de la lucha contra el cáncer”, véase la siguiente página:

[http://www.paxinasgalegas.es/asociacion-espa%C3%B1ola-de-la-lucha-contra-el-cancer-180735em\\_122ay\\_2341ep.html#Nombre](http://www.paxinasgalegas.es/asociacion-espa%C3%B1ola-de-la-lucha-contra-el-cancer-180735em_122ay_2341ep.html#Nombre)

Hemos de destacar la “Carrera de la mujer” que se corre en numerosas ciudades españolas a beneficio de la AECC. Miles de mujeres inundan anualmente las calles de las principales ciudades españolas en beneficio de nuestra representada.

Por último, sería muy recomendable indagar en el entorno de la finada sobre su voluntad de instituir heredera a la AECC.

**4.- PREPARACIÓN DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PERETENSIÓN DE LA AECC:  
BÚSQUEDA DE JURISPRUDENCIA SOBRE EL LEGADO A FAVOR DE PERSONA INCERTA.  
SENTENCIAS FAVORABLES A LA POSIBILIDAD DE QUE, AUN NO ESPECIFICÁNDOSE CON  
PRECISIÓN LA DENOMINACIÓN EXACTA DE LA PERSONA O ENTIDAD, ÉSTA SE IDENTIFIQUE  
CLARAMENTE.**

Lo primero que habrá que hacer es interpretar las palabras de la finada en el testamento ológrafo y para ello acudiremos a los criterios que la jurisprudencia ha establecido en base a lo dispuesto en el artículo 675 CC: *"Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento..."*

Tales criterios son:

- **Gramatical.**- La interpretación debe limitarse al sentido literal cuando con éste, y por las palabras empleadas, aparezca clara e indudable la intención del testador. En este caso, “lucha contra el cáncer”, es la función fundamental de la AECC pero también es como se denominan las campañas anuales de recolecta de donaciones que se realizan por las calles de nuestras ciudades. Es, por tanto, muy normal que la causante confunda el nombre de las campañas de recolecta de la AECC con el propio nombre de la asociación.
- **Interpretación subjetiva.**- Por esta interpretación se quiebra el criterio gramatical anterior, a favor, como dice el artículo 675 CC, *“a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador”*, lo que es lógico y se corresponde al criterio análogo en la interpretación del negocio jurídico inter vivos (artículo 1281.2º CC).
- **Interpretación tercera:** *“En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento”*. Vemos que la interpretación válida ha de ser la subjetiva: *“[...] más conforme a la intención del testador”*; y añade: *“según el tenor del mismo testamento”*. Esto plantea el problema de la prueba intrínseca o extrínseca. La prueba intrínseca se reduce a los elementos que se encuentran en el propio testamento, sin poder acudir a elementos fuera de él; es el criterio que parece aceptar el texto del artículo 675 CC. Por tanto, no deberíamos aceptar como prueba un certificado del Ministerio del Interior que nos dice que con

ese nombre exacto no existe asociación alguna registrada. Es más importante y definitiva la intención de la causante expresada en su última voluntad.

Avalan estos criterios la siguiente jurisprudencia: STS de 6 de marzo de 1944, RJ 1944/303, STS de 1 de marzo 1995, RJ 1995/1769.

La persona incierta en derecho sucesorio se define en los artículos 772 y 773 del CC. Sin embargo, también dichos artículos pueden establecer la existencia real y positiva de una persona cierta y no ignorada, pues como establece la sentencia del Tribunal Supremo del 3 de junio de 1942 o la de 6 de febrero de 1958, a las palabras del testador habrá de darles el sentido más conforme con su situación, ideas, hábitos, lenguaje propio y contexto personal. Así servirá la designación de heredero o legatario realizada mediante alias del mismo, seudónimo, forma en que normalmente era identificado por este o incluso con equivocación en el nombre o denominación de la persona física o jurídica de que se trate. La Sentencia del Tribunal Supremo nº 24/1996, de 30 de enero, RJ 1997/159, dictaminó que prevalecía la interpretación del juez de instancia al determinar la identidad del heredero al que testador había equivocado los apellidos.

EL artículo 773 CC en su primer párrafo, establece que “*el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero no vician la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cual sea la persona nombrada*”; por ello, tal y como afirma la Sentencia de la A.P de A Coruña 262/2003, de 17 de noviembre AC 2004/213, además de los medios o pruebas intrínsecas que fluyan del propio testamento serán factibles otras extrínsecas o circunstancias exteriores a el que resulten de utilidad (STS de 8 de julio de 1940, RJ 1940/689 ó la de 29 de enero de 1985, RJ 1985/206), siempre que estas sean claramente apreciables y tengan una expresión “cuando menos incompleta” en el documento o puedan reconocerse dentro del mismo de algún modo STS 8 de julio de 1940 y 10 de febrero de 1986); voluntad “expresa” o “deducida”, pues el interprete no puede ir más allá inventando, suplantando o cambiando las disposiciones testamentarias dejadas por el testador.

También establece la jurisprudencia que la interpretación de cualquier cláusula testamentaria debe hacerse a favor de la eficacia de disposición siempre que sea posible (STS 30 de enero de 1997, LA LEY 1566/1997)

#### **5.- INTEGRACIÓN DE LOS PUNTOS 3 Y 4 Y REDACCIÓN DE LA OPOSICIÓN A LA ACCIÓN DE NULIDAD DE DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA POR DESIGNACIÓN SOBRE PERSONA INCIERTA:**

**(I) DEFENSA DE LA VALIDEZ DEL LEGADO QUE CONTIENE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO A FAVOR DE LA AECC; ARGUMENTOS DE HECHO QUE SE PUEDEN UTILIZAR Y SU FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA; (II) IMPROCEDENCIA DEL ACRECIMIENTO DE DERECHOS HEREDITARIOS DEL DEMANDANTE; (III) SOLICITUD Y JUSTIFICACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS AL DEMANDANTE.**

La respuesta a este epígrafe solicitado es la siguiente:

**PRIMERO.-** No puede prosperar la acción de nulidad de disposición testamentaria por designación sobre persona incierta en tanto que la causante Doña XXXXXXXX (la causante) al redactar su testamento ológrafo dejó constancia de donar parte de su herencia a favor de la Asociación Española Contra el Cáncer, aunque ella la denominara en dicho texto como “Asociación de la Lucha contra el Cáncer”, denominación “vulgar” o “coloquial” por la que se conoce a la primera.

La interpretación de un testamento, sobre todo en los ológrafos, debe buscar la voluntad que realmente quería expresar el causante al redactarlo. A diferencia de lo que acontece en los actos jurídicos “inter vivos”, en los que al interpretarlos no se hace otra cosa que resolver el conflicto que existe entre las partes, en los testamentos sólo podemos intentar interpretar la voluntad del causante, pues es imposible imaginar un conflicto presente entre éste y sus herederos.

Así pues, el intérprete de un testamento debe indagar, como señala abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, la voluntad real del causante no sólo analizando, según la primera regla del artículo 675 CC, la literalidad de lo dispuesto en dicha disposición, sino analizando el resto del testamento, empleando las reglas de la hermenéutica, e incluso utilizando otros medios extrínsecos o circunstancias externas a éste. Es decir, la impropiedad o lo inadecuado de lo escrito por el causante en su última voluntad deberá ser objeto de un análisis, no sólo literal, sino lógico, teleológico y sistemático y sin olvidar, si existieran, aquellas circunstancias externas que pudieran aclarar (SSTS de 8 de julio de 1940, RJ 1940/689; de 20 de abril de 1965, RJ 1966/800 y 9 de junio de 1971, RJ 1971/3158).

También es jurisprudencia muy reiterada el hecho de que corresponde al juzgador de instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo

prevalecer su interpretación en tanto no quede patente de un modo claro y manifiesto que es equivocada (STS de 6 de marzo de 1944, RJ 1944/1359).

La Audiencia Provincial de Castellón en sentencia de 19 de mayo de 2004, nº 124, revoca la sentencia de instancia y declara que la errónea designación del heredero no vicia la institución “cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada [...]” Esta sentencia declara que cuando exista duda del sentido literal de las palabras del testador, se deberán utilizar, conjunta y combinadamente, todos los instrumentos de la interpretación jurídica. Doctrina reproducida en otras muchas sentencias (SSTS 3 de noviembre de 1961 y de 9 de marzo de 1984, RJ 1984/1206).

Es coherente con el mandato legal de atender más a la voluntad del testador que a las palabras empleadas, cuando claramente aparece que aquélla no se corresponde con éstas (artículo 675 CC), el intentar superar el error en el nombre o designación del llamado para saber cuál es la persona nombrada. En ese sentido, el artículo 773 CC utiliza el término “cualidades” para establecer que además del nombre del llamado existirán otros elementos de identificación que nos ayuden a determinarlo en el caso de error o ausencia, incluso, de denominación. La función de este artículo es posibilitar la identificación del instituido, como ya se recogía en Las Partidas. Pretende este artículo hacer eficaz la institución cuando, como dice “por alguna otra circunstancia pueda conocerse al instituido”. Así, debemos entender el artículo 773 CC como norma favorable a la admisión de las pruebas extrínsecas al testamento.

Ha sido pues labor de esta defensa buscar dichas cualidades definitorias de la AECC más allá de su correcta denominación, como pruebas extrínsecas al propio testamento. Veamos algunas notas características a destacar como “cualidades” de la Asociación Española Contra el Cáncer que conectan con la voluntad implícita en la redacción de la disposición testamentaria cuestionada en la demanda.

- 1) La AECC es la entidad benéfica con más antigüedad de España. Más de 60 años de trabajo avalan a la única Asociación de lucha contra el cáncer que tiene implantación nacional con delegaciones en cada una de las 52 provincias españolas.
- 2) Es precisamente en algunas de esas provincias donde la AECC actúa con la denominación que condujo al error en la designación a la causante. Se acompaña

guía o directorio de empresas e instituciones gallegas donde aparece la delegación provincial de la AECC en Lugo como “Asociación Española de la lucha contra el cáncer”.

- 3) Ha sido y es una constante de la AECC en sus campañas de comunicación la utilización del concepto “lucha contra el cáncer”. Se acompaña a este escrito de oposición abundantes muestras de dichas campañas, pero permítasenos que citemos una muy reciente: “60 años luchando contra el cáncer”.
- 4) Es tal el íntimo maridaje de la AECC con la expresión o concepto “lucha contra el cáncer” que lo encontramos también en el texto oficial que define la función social de dicha ONG: “La lucha contra el cáncer en todas las modalidades conocidas, o que en el futuro se conozcan, mediante el desarrollo de actividades de información, formación, prevención, investigación y las dirigidas a la prestación de determinados servicios asistenciales al enfermo y su familia”.
- 5) Uno de los actos sociales o eventos más importantes que cada año protagoniza esta asociación benéfica declarada de interés público es la campaña de cuestación por las calles de todas las ciudades de nuestra geografía nacional. Son actos de importantísimo valor social que convierten a la AECC en una de las ONG's de mayor proyección y notoriedad en España, junto con alguna otra como “Cruz Roja” o “Cáritas”. Esos actos de cuestación se han conocido tradicional y popularmente como “lucha contra el cáncer”.
- 6) Es cierto que en el registro de asociaciones del Ministerio del Interior no aparece ninguna con el nombre por el que la causante instituía heredero en la disposición testamentaria cuestionada, pero también es cierto que de todas las que tal registro aporta como similares la que más se acerca a la errónea denominación es, precisamente, la AECC.
- 7) La marca registrada por la AECC en el Registro de Patentes y Marcas (se acompaña en anexo al presente escrito) presenta la denominación en siglas y el único texto que aparece más abajo es “contra el cáncer”. No es difícil asimilar dos palabras que se nos antojan muy complementarias, estas son:
  - LUCHA
  - CONTRA

8) Finalmente, es sintomático que la propia congregación religiosa de los Carmelitas haya considerado a la AECC como la posible instituida por la causante en la mencionada disposición.

Es claro pues que existen dos aspectos importantísimos, a valorar por este tribunal, a la hora de interpretar la disposición sobre la que se solicita nulidad:

- Que la AECC es la asociación española más antigua, de mayor dimensión, más prestigiada en su función... en la lucha contra el cáncer.
- Que la AECC siempre ha utilizado el concepto de “lucha contra el cáncer” en sus comunicaciones, marca, campañas de cuestación... por lo que resulta del todo normal que su denominación vulgar sea “Asociación de la Lucha contra el Cáncer” más que la realmente registrada oficialmente que, además, casi siempre aparece expresada en siglas.

Lo fundamental en este caso es interpretar la voluntad de la causante con el fin de determinar que la persona instituida no sea “incierta”. Nadie más que ella deseaba que así fuese. Para ello debemos encontrar, como dice el artículo 750 CC, algún “evento” que permita determinar la certeza de la persona del instituido. La causante denominó al instituido por el nombre que ella conocía al designado y en la búsqueda del “evento” nos debemos aplicar en este procedimiento pues lo realmente importante era la voluntad de la testadora (ley en la sucesión). Sin dejar de lado la regla de oro a tener en cuenta en la interpretación de las disposiciones testamentarias: “a favor de su eficacia” (“*favor testamenti*”).

En parecidos derroteros de eficacia testamentaria se expresa contundentemente el Tribunal Supremo en su sentencia (Sala de lo Civil) número 24/1996 de 30 enero (RJ 1997\159): *“Este Tribunal Supremo tiene declarado que merece tanto respeto la voluntad del que ordena la distribución de los bienes para después de su muerte, que constituiría grave transgresión a esa ley tan sagrada torcerla por fútiles motivos cuando éstos no afectan a la esencia ni originan los casos de nulidad previstos por el legislador, a los que no debe darse más extensión que la por el mismo señalada, entre los cuales no se halla, por cierto, el error en los apellidos del favorecido cuando pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada, como así lo expresa claramente el artículo 773 del CC, que en su*

*relación con el 675 CC, tampoco anula la voluntad del testador por la disconformidad que pueda haber a veces entre el sentido literal de sus palabras y la verdadera intención, lo que da margen a la función interpretativa, que ha de ejercitarse, en buena regla de hermenéutica, a favor de la eficacia de la disposición siempre que sea posible [...]"*

Nuestra jurisprudencia refrenda pues que la designación puede completarse también por “circunstancias”, es decir, por el “evento”. De forma tal que no son personas inciertas las que por algún evento puedan ser conocidas, ya que tales personas no son indeterminadas y, por tanto, inciertas, sino susceptibles de identificar con certeza.

En cuanto a la eficacia del testamento y el respeto a la voluntad de la causante, hay otra posible interpretación que sería la que resulta de aplicación de los artículos 797 y 798 CC que definen el legado modal o “sub-modo”. En concreto el artículo 797 nos dice: “*La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad. Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación*”. En este sentido podría interpretarse que la causante realizó un legado modal para la lucha contra el cáncer y si así hubiera sido la AECC es, por todo lo expuesto, la asociación española que mejor puede cumplir esa condición modal del legado.

**SEGUNDO.-** En lo referente a la improcedencia del acrecimiento de derechos hereditarios del demandante, es claro que al demostrar que la disposición testamentaria que designaba a la AECC como legatario no es nula no se producirá la infracción del artículo 982 CC y, por tanto, no procederá el derecho de acrecer del resto de herederos o legatarios.

**TERCERO.-** De acuerdo con el artículo 394 de la LEC solicitaremos también la condena en costas a la parte demandante. Y ello porque, según el artículo mencionado, en los juicios

declarativos celebrados en primera instancia, esa condena será preceptiva para la parte que vea rechazada todas sus pretensiones.

En este caso así se presume por:

1. La acción “principal” ex artículo 1005.- Opondríamos en el escrito de contestación de demanda una excepción procesal por considerar esta parte que tal acción debería de haberse tramitado con anterioridad en expediente independiente, de forma autónoma, en jurisdicción voluntaria y no como parte del presente procedimiento declarativo.
2. La acción subsidiaria de nulidad de disposición testamentaria.- Quedaría sin efecto en función de la favorable interpretación de la voluntad del causante.
3. La acción subsidiaria de acrecimiento de derechos hereditarios.- Al rechazarse la pretensión anterior, ésta quedaría también sin efecto.

#### **6.- REDACCIÓN DEL SUPLICO DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.**

La redacción del SUPLICO de la contestación a la demanda, en opinión de quien suscribe quedaría como sigue:

En su virtud,

**SUPLICO AL JUZGADO** Que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que le acompañan, lo admita y tenga por contestada en tiempo y forma la demanda y opuesto a la misma; y previos los trámites que corresponden, dicte en su día sentencia por la que se **desestime la demanda** presentada por La Orden de Nuestra Señora del Monte Carmelo (también llamada Orden de los Carmelitas), **declare a la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA CONTRA EL CÁNCER como heredera instituida** en el testamento de Doña XXXXXXXXXXXX (la causante) absolviendo de la misma a mi mandante, con expresa imposición de costas a la actora.

Todo es de hacerse en Justicia, que reitero en lugar y fecha que constan.

---

Nombre del Abogado

Nº colegiado ICAXXX: ¿?¿?

---

Nombre del Procurador

Nº colegiado ICPXXX: ¿?¿?

## INFORME DEL CASO

<b>Denominación del caso:</b>  DISCRIMINACIÓN SOCIAL. APOROFobia. LA FOBIA AL POBRE	<b>Profesor clínico:</b>  <b>CRISTINA PUIGDENGOLAS</b>
<b>Empresa beneficiaria FFP:</b>  <b>RAIS FUNDACIÓN</b>	<b>Nivel de Clínica:</b> 5  <b>Grupo nº:</b> 1

<b>Alumnos que firman el trabajo y rol desempeñado en el grupo:</b>		<b>Fecha de envío del informe del caso:</b>  4 de julio de 2014
<b>Coordinador:</b>	VICENTE HERNÁNDEZ DE ALBA MIR	
<b>Investigador:</b>	RAFAEL PARDO GABALDÓN; BLANCA PITARCH ALCÓN	
<b>Comunicador:</b>	ESMERALDA IRANZO SÁNCHEZ	
<b>Redactor:</b>	LORENZO GALIANA GALLACH	

**SOLUCIÓN DE LA CONSULTA PLANTEADA:** (respuesta al caso planteado por el beneficiario de Fundación Fernando Pombo).

**E) Hechos planteados en la consulta:**

RAIS Fundación ([www.raisfundacion.org](http://www.raisfundacion.org)), que se ocupa de dar asistencia a personas sin hogar a través de distintos programas de acción social, es la entidad beneficiaria de la primera edición del Proyecto EXEQUO de la Fundación Fernando Pombo, cuyo objetivo principal es “promover los derechos de las personas sin hogar, para favorecer su inclusión social” (<http://www.fundacionpombo.org/que-hacemos/proyecto-exequo/>). Dentro de los objetivos específicos que se pretenden alcanzar en el Proyecto EXEQUO, hay uno que consiste en la elaboración de un informe jurídico que analice los delitos de APOROFobia (“aporos”: pobres, sin recursos, “fobia”: rechazo), situaciones de violencia que se están cometiendo contra personas en situación de calle.

Para contribuir a la elaboración de dicho informe, se presenta a estudio este caso que consiste en analizar jurídicamente y partiendo del derecho fundamental de igualdad y no

discriminación de nuestra Constitución Española, qué tratamiento penal y procesal penal reciben este tipo de delitos en la Legislación Penal vigente.

**F) Respuesta a la consulta:**

La respuesta a la consulta se encuentra redactada en el **Anexo I** del presente documento.

Como parte integrante del presente documento, los que suscriben hemos considerado importante la inclusión de los siguientes anexos:

- ✓ **Anexo II:** Artículo publicado el 7 de marzo de 2000 en el Diario El País por la Catedrática de Ética y Filosofía Política de la Universitat de València Dª. Adela Cortina

**G) Conclusiones: (breve resumen de los principales aspectos que debe tener en cuenta el beneficiario de la Fundación Fernando Pombo, en relación con la consulta formulada).**

Las conclusiones del presente documento se encuentran en el **epígrafe 4 del Anexo I**.

**H) Bibliografía y webgrafía empleada:**

Para la realización del presente dictamen se ha utilizado la siguiente bibliografía, así como información recogida de las siguientes páginas web;

**Bibliografía**

**Libros publicados y códigos**

- ✓ Álvarez Vélez, M.I. (2010) "Lecciones de Derecho Constitucional". Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia
- ✓ Código Penal, 14ª Edición, 2014. Madrid. Colex.

**Tesis doctorales inéditas**

- ✓ Díaz López, J.A. (2012) "El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal". Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica Leída el 8 de noviembre de 2012

### Revistas jurídicas

- ✓ Landa Gorostiza, J-M. "Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995 – 2011) del art. 510 CP y propuesta de Lege Data". Revista de Derecho Penal y Criminología 7 (2012), pp. 301 -350

### Webgrafía

- ✓ Aranzadi (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.aranzadi.es](http://www.aranzadi.es)
- ✓ Consejo General del Poder Judicial (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)
- ✓ Fundación Fernando Pombo (2014). Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.fundacionpombo.org/quehacemos/proyecto-exequo](http://www.fundacionpombo.org/quehacemos/proyecto-exequo)
- ✓ Google, Inc. (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.google.es](http://www.google.es)
- ✓ Ministerio de Justicia (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)
- ✓ RAIS Fundación (2014). Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.raisfundacion.org](http://www.raisfundacion.org)
- ✓ Universidad Internacional de La Rioja (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de [www.unir.net](http://www.unir.net)

### Enlaces de descarga

- ✓ [Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito](#)
- ✓ [Informe al Pleno del Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito](#)

## A N E X O I

### DICTAMEN JURÍDICO

#### APOROFOBIA

#### 1.- Análisis del punto de partida del caso: el derecho fundamental de igualdad y no discriminación en el marco de la Constitución Española. Concepto y alcance del artículo 14.

##### Análisis de los derechos fundamentales

Uno de los principales problemas con lo que nos enfrentamos en el estudio de los derechos fundamentales es el de delimitar su concepto, es decir, establecer qué se entiende por derecho fundamental y cuáles recoge la Constitución Española. Puede considerarse que son derechos fundamentales aquellos que desprenden una eficacia directa desde el reconocimiento constitucional y vinculan a los poderes públicos, están sujetos a la reserva de ley que recoge el artículo 81 CE respetando su contenido esencial y son objeto de la protección recogida en el artículo 53 CE<sup>53</sup>.

Como ocurre en otros campos de la investigación, una de las posibilidades que nos ofrece el conjunto de los derechos constitucionales es la de establecer una clasificación de los mismos en tres bloques: por la garantía, por la naturaleza y por el contenido.

---

<sup>53</sup> Artículo 53 CE.

*"1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).*

*2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.*

*3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen."*

En la elaboración del presente dictamen jurídico nos centraremos en los siguientes principios fundamentales: dignidad, igualdad, no discriminación y tutela judicial efectiva.

#### El principio de dignidad

El artículo 10 de la Constitución Española recoge la dignidad humana en los siguientes términos:

*"1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

*2. 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 principio de igualdad

Se encuentra consagrado en el primer sintagma del artículo 14 CE *"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."*

Contiene el derecho subjetivo de los españoles a recibir un trato igual ante las leyes a la vez que impone límites a la potestad legislativa. De esto se desprende que las leyes deben considerar iguales a los españoles sin hacer distinciones no justificadas entre ellas. No obstante, éste no se configura como un derecho autónomo, sino relacional, pues para que una persona pueda constatar el haber sufrido una desigualdad, es necesario que ésta se encuentre en una situación de desventaja con respecto a una anterior, lo que hace necesario según la doctrina del Tribunal Constitucional un *tertium comparationis*. Es decir, un aforismo jurídico latino de comparación, en función del cual, se determinará el elemento relevante para concluir si la diferencia establecida en la norma está justificada o, por el contrario, conculta el principio de igualdad. De este modo, según lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional, este carácter relacional del juicio de igualdad requiere, en primer lugar, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre personas y en segundo lugar, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término

de comparación no resulte caprichoso o arbitrario (Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2002).

Pero la igualdad ante la ley no se agota con el contenido del primer sintagma del artículo 14 CE, sino que hemos de tener en cuenta el segundo precepto “*(...) sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*”

#### El principio de no discriminación

RUIZ MIGUEL, propone la siguiente definición de discriminación como una desigualdad especialmente caracterizada por la “*naturaleza odiosa del perjuicio social descalificadorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o quasi físico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores del rasgo.*”

#### El principio de tutela judicial efectiva

Este principio constitucional está debidamente recogido en el artículo 24 CE cuya redacción es la siguiente:

“1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

*La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”*

Estamos, probablemente, ante el artículo más completo de nuestra Carta Magna. Dicha afirmación viene refrendada porque el derecho de tutela judicial efectiva es el que más demandas de recurso de amparo constitucional genera.

La tutela judicial efectiva protege, antes que nada, a los individuos, personas físicas, nacionales o extranjeras, titulares de derecho e intereses legítimos, y frente a los poderes públicos. No obstante, el Tribunal Constitucional ha reconocido también la titularidad de este derecho a las personas jurídicas (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1983, de 14 de marzo), y excepcionalmente a las personas jurídico-públicas, exigiendo en este caso que la situación procesal de éstas sea análoga a la de los particulares, es decir, que la persona pública no goce de privilegios procesales (Sentencia del Tribunal Constitucional 91/1991, de 25 de abril; Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2000, de 10 de abril; Sentencia del Tribunal Constitucional 175/2001, de 26 de julio y Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2008 de 11 de febrero, Recurso de Amparo nº 9316/2006).

#### **Concepto de *aporofobia***

El naturalista sueco Karl Von Linné, considerado como el padre de la taxonomía moderna, afirmó que "si ignoras el nombre de las cosas, desaparece también lo que sabes de ellas". Es posible que por esta razón, hayan numerosos estudiosos que propugnan que la Real Academia Española reconozca el uso del término *aporofobia*, para de esta manera darle nombre a todos aquellos comportamientos que se dan por temor a la pobreza o a los pobres.

A priori, es extraño para quienes suscribimos que el término *aporofobia* no figure en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española tal y como de desprende de la búsqueda realizada en su sitio web cuya justificación se incluye a continuación:



La Institución   Obras académicas   Biblioteca y Archivo   Consultas lingüísticas   Boletines

Inicio » Recursos » Diccionarios » Diccionario de la lengua española

**Diccionario de la lengua española**

El *Diccionario de la lengua española* (DRAE) es la obra de referencia de la Academia. La edición actual —la 22.<sup>a</sup>, publicada en 2001— incluye más de 88 000 entradas.

á é í ó ú ñ

Ayuda

La palabra *aporfobia* no está registrada en el Diccionario. Las que se muestran a continuación tienen formas con una escritura cercana.

- [acrofobia.](#)
- [aerofobia.](#)
- [agorafobia.](#)
- [androfobia.](#)

Real Academia Española © Todos los derechos reservados

Este vocablo fue acuñado en 1996 por Adela Cortina, profesora española que publicó un artículo periodístico refiriéndose a uno de los males de esta época: el rechazo y el odio hacia las personas pobres<sup>54</sup>. La etimología de la palabra, tal como lo explicó el docente español Emilio Martínez Navarro en el Centro Cultural de España, proviene de los términos griegos “aporos” (sin medios ni recursos) y “fobeo” (aversión, odio, rechazo)

<sup>54</sup> Véase Anexo II del presente documento.

**2.-Análisis del tratamiento jurídico de la discriminación delictiva a través de situaciones de violencia contra personas sin hogar en el marco del vigente Código Penal: artículos 22.1, 22.4, 170.1, 173, 174, 197, 314, 510, 511 y 512.**

**Especial referencia al artículo 22.1. Circunstancia agravante: alevosía**

Resulta necesario comenzar este estudio de los artículos del Código Penal relativos a la discriminación (CP, en adelante), haciendo referencia a una circunstancia agravante muy especial: la alevosía. Así en artículo 22.1, en su literalidad establece:

*“1º Ejecutar el hecho con alevosía.*

*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.*

Si buscamos el significado de la palabra alevosía en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, observaremos que su definición poco dista de lo que contempla el derecho penal. Así, la RAE, entiende por alevosía, “*la cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente*”. Por su parte el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 25 de abril de 1985, establece que se entenderá por alevosía aquella “*cobardía, ínsita en quien elimina cualquier posibilidad de riesgo en la ejecución material del acto*”.

Como modalidades de alevosía, la jurisprudencia ha distinguido tres, así aparece recogido en la Sentencia del Alto Tribunal núm. 1166/2003, de 26 de Septiembre de 2003, en la que se recogen las siguientes: “*a) La denominada con anticuado adjetivo “proditoria”, que incluye la traición..., equiparable a la asechanza, insidia, emboscada, celada o lazo...; b) la súbita o inopinada, en la que la agravante consiste en el ataque imprevisto, fulgurante y repentino (...); y c) la consistente en el “aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento”, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o víctimas en la fase letárgica o comatoso”.*

Las cuestiones más polémicas que se han planteado entorno a esta agravante, guardan relación con el elemento instrumental, es decir, con los medios o formas, y con el elemento teleológico, que supone la tendencia al aseguramiento. Ambos presentes tanto en el asesinato alevoso como en la agresión que revista la mencionada circunstancia. Pasamos a realizar un

análisis de aquellas cuestiones más polémicas, circunscribiéndonos exclusivamente, a las circunstancias que puedan vivir las personas en situación de calle, y a los delitos que estas puedan padecer y que se cometan con alevosía.

Entre ellas, en primer lugar, cabe plantearse esta circunstancia agravante en el caso de muerte de seres indefensos, ya que entendemos que las personas en situación de calle, se encuentran en la mayoría de los casos en esta situación. Observamos, que en la definición de alevosía, que aporta el artículo 22.1, no se distingue la posibilidad de defensa de la víctima, por lo que entendemos que debe resultar indiferente cuál sea la causa de indefensión frente al ataque recibido. Así, el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 657/2008 de 24 de octubre, estableció que esta agravante “*es apreciable cuando el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosas, dormidas o privadas de conocimiento*”. Esta sentencia del Alto Tribunal, aunque viene a determinar una catálogo de circunstancias, este no queda cerrado, ya que lo realmente importante es la situación de absoluto desamparo de la víctima, por lo que una vez más, y como iremos viendo más adelante resultará fundamental, en el momento de la prueba probar, la situación de la víctima.

Respecto a la defensa que ha de valorarse para definir el grado de desvalimiento del agredido u ofendido, debemos considerar que esta no habrá de ser meramente pasiva, como pudiera ser correr u ocultarse, sino que deberá ser activa, y esta deberá referirse a los medios defensivos con los que cuente la víctima, así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1063/2009, de 19 de octubre.

Resulta en este momento, bien interesante analizar en el delito, el momento del uso o empleo de alevosía. No resultará imprescindible que aquel que agrede a otro busque, y a su vez encuentre el momento más idóneo. Para el Tribunal Supremo, es suficiente, que se aproveche, de forma consciente de la “situación de indefensión de la víctima, así como de la facilidad que ello supone”, según Sentencia núm. 2389/2001, de 14 de diciembre.

Por todo lo expuesto, esta circunstancia agravante podrá ser de aplicación en todos aquellos delitos cometidos contra personas en situación de calle, cuando esencialmente concurra un medio o forma que tienda a asegurar la agresión, y que por tanto evite, la reacción y defensa del agredido. Pero a la hora de la prueba, que veremos resulta relevante, deberemos, sin duda,

poner de relieve y de manifiesto, la situación de indefensión, que en el caso de personas de situación de calle resultará relevante por numerosos motivos. En ello resultará fundamental, la labor de investigación que lleven a cabo tanto, la policía judicial como el Ministerio Fiscal, así como nuestra capacidad de demostrar la vulnerabilidad de la víctima en el momento del ataque.

#### **Agravante de discriminación en el marco del vigente código penal: artículo 22.4**

Para realizar un análisis del contenido del artículo 22.4 del CP, comenzaremos citando el mencionado artículo, para continuar con una lectura exhaustiva de los términos y circunstancias que recoge. Así, entre las circunstancias agravantes del delito el artículo 22.4 CP contempla las siguientes:

*"4º. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad".*

De la lectura del precepto, lo primero que podemos concluir es que el mismo acude a una lista *numerus clausus*; la discriminación que debe sufrir la víctima para la aplicación de esta circunstancia agravante, debe centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca. Estos dos últimos conceptos fueron introducidos por la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

No observamos entre la lista de circunstancias que han de producirse para la aplicación de esta agravante, la discriminación por circunstancias socioeconómicas. Sobre la aplicación de la agravante contemplada en el artículo 22.4 CP, a delitos de aporofobia, se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 1160/2006, de 9 de noviembre, RJ 2007\299, que en su fundamento jurídico vigésimo tercero se pronuncia en los siguientes términos, refiriéndose a la aplicación que debe realizarse del artículo 22.4 CP en la circunstancia expresada:

*"En el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa fórmula*

abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo. En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en números clausus; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia, casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad.

**Y no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.**

Deja claro en esta sentencia el Alto Tribunal, que la agravante del delito contemplada en el artículo 22.4 CP, no puede aplicarse a los delitos cometidos contra las personas en situación de calle, sin que se acrediten otras circunstancias contempladas en la lista *numerus clausus* que recoge el CP. Para que resulte aplicable la mencionada agravante debe concurrir alguna de las circunstancias previstas en el artículo 22.4, y este no contempla como agravante, como decíamos anteriormente, la discriminación por circunstancias socioeconómicas.

Esta es la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la consideración de la discriminación por circunstancias socioeconómicas, y la línea seguida por los tribunales de nuestro país, cabe citar que en los mismos términos se expresa, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 7ª, 34/20013, de 19 de marzo de 2013.

Añadir que, para la aplicación de la circunstancia agravante contemplada en el artículo 22.4 CP, es necesario probar no sólo el hecho delictivo, también habrá que demostrar la participación del acusado, y como hemos venido viendo la condición de la víctima. Esto unido a la intencionalidad, injerencia que, sin duda, debe ser motivada conforme a lo dispuesto en el artículo 120.3 CE. Estamos ante un elemento subjetivo referido al ánimo o móvil de actuar por alguna de las circunstancias citadas en el catálogo del artículo 22.4, excluyendo, por tanto, supuestos en los que las citadas circunstancias carezcan de relieve o no existan.

Cuestión que deberá abordarse en el futuro, es la adición en el listado de circunstancias agravantes del delito que hace el artículo 22.4 CP, de *condiciones personales o sociales*, características que no se encuentran enumeradas en el artículo 14 de la CE, pero si constan en el artículo 21 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, el cual citamos de modo literal:

***“No discriminación”***

1. *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.*
2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”.*

Por tanto, en función de lo establecido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el legislador en la próxima reforma del CP debería hacer un planteamiento que incluya circunstancias agravantes por razón de la edad y del patrimonio o condición social.

El legislador, al abordar la modificación de un listado de *numerus clausus* sobre circunstancias agravantes contemplado en el artículo 22 CP, no cabe duda, que deberá hacerlo con el mayor tino y acierto posible, y fruto de un debate democrático, pero sin obviar que, por imperativo legal del artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deberá incluirse la *aporofobia* como circunstancia agravante del delito.

Así, el tribunal de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia dictada el 5 de noviembre de 2008 por los delitos de asesinato con alevosía de una indigente que dormía en un cajero bancario, echa a faltar una agravante en tal sentido, una agravante por aporofobia. Los acusados después de maltratar físicamente a la indigente, la rociaron con líquido disolvente y le prendieron fuego mientras dormía. Murió a consecuencia de las graves quemaduras sufridas. El tribunal al hacer recuento de las diferentes agravantes a aplicar a ese asesinato comenta en el fundamento de derecho sexto: “No concurriendo tampoco la agravante impetrada por la acusación particular (...) en cuanto a móvil subsumible en el **apartado 4º del artículo 22 CP**, dado que no existe prueba que funde tal aserto, que por otro lado ni siquiera se

ha concretado en qué supuesto versaría, significándose que **la marginalidad o desocialización y situación de exclusión social no resulta contemplada en el elenco previsto en el mencionado apartado** cuya interpretación debe ser restrictiva en cuanto son circunstancias agravantes (...)".

#### **Contenido y alcance de los delitos tipificados en los siguientes artículos del código penal**

Resulta necesario continuar analizando diferentes artículos del CP que recogen tipos que, sin duda, se dan en los delitos de *aporofobia* y, por ende, contra personas en situación de calle. Comenzaremos viendo el alcance y transcendencia del **artículo 170 del CP**, concretamente, su primer inciso, el cual establece:

*"1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior".*

Observamos que este artículo del Código Penal amplía la lista de víctimas objeto de amenazas respecto a lo analizado en el artículo 22.4 CP, referido a las circunstancias agravantes del delito. Se incluye en el catálogo que contempla este artículo, "*colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas*", por lo que, a nuestro entender, las amenazas graves dirigidas a atemorizar al colectivo de personas en situación de calle cabría incluirlas en el tipo recogido en este artículo, siempre que se den los requisitos que la jurisprudencia viene requiriendo para la aplicación de este artículo. Estos vienen recogidos en la **Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal), núm. 149/2007, de 26 de febrero**, que viene a establecer cuatro elementos fundamentales, que son:

- a) amenazar, que supone, atemorizar, intimidar, amedrentar a otros a la vista de lo que se les anuncia;
- b) el mal, con el que se amenaza, ha de constituir un delito, y este puede ser de cualquier clase;
- c) la amenaza, ha de dirigirse de modo inexcusable a "los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas", lo que implica que el sujeto pasivo siempre

será un colectivo, es decir, miembros integrantes de un grupo y no una persona individual;

- d) por último, las amenazas tengan aptitud de atemorizar, que sean graves y se realicen con seriedad, firmeza y determinación.

Por tanto, este artículo podrá resultar de aplicación en los supuestos de amenazas realizadas a un colectivo de personas en situación de calle, y será necesario que el mal anunciado constituya delito y que las amenazas resulten graves, serias y firmes.

Para clarificar, a modo de ejemplo, qué se sanciona como amenaza de este tipo delictivo, podemos recurrir a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 259/2006, de 6 de marzo, que estima que una pintada en un edificio con expresiones y frases como “*ha llegado tu hora*”, es constitutiva de un delito de amenazas del artículo 170.1 CP. Así, el Alto Tribunal se expresa en los siguientes términos:

*“María Consuelo ha llegado tu hora”, son incardinables en alguno de los tipos comprendidos en el art. 169 CP. (especialmente homicidio o contra la libertad), pues se trata de una influencia lógica y racional para el hombre medio, teniendo en cuenta los hechos notorios y conocidos y la concreción del mal amenazado es lo suficientemente explícita para integrar el tipo de amenazas, no siendo atendibles las alegaciones del recurrente en relación a no haberse producido perturbación en la paz y tranquilidad de los amenazados, pues con independencia de que ello no es cierto, al menos en relación al concejal Sr. Fermín, el delito de amenazas es de mera actividad y se consuma con la llegada del anuncio a los destinatarios. Descansa efectivamente, en la comunicación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, pero sin la exigencia de que se haya producido la perturbación anímica perseguida por su autor”.*

Por lo que se refiere al artículo 173 del CP, centraremos nuestra atención en su punto 1, ya que el segundo apartado del mencionado artículo está dedicado a la violencia física o psíquica realizada sobre aquella persona que es o hubiera sido cónyuge, o en el pasado se hubiera vinculado habitualmente a alguien con el que ha mantenido análoga relación. Así, el artículo 173.1. del CP, de modo literal expresa:

*“1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

*Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.*

*Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”.*

Dado que se trata de realizar un informe jurídico, sobre personas en situación de calle, basaremos el análisis de este artículo en su primer párrafo. No cabe duda, de que el bien jurídico protegido por este artículo, es la integridad moral de las personas. El derecho a la integridad moral, aparece recogido en el artículo 15 CE, que proscribe, con carácter general, los tratos degradantes y que se conecta directa e inevitablemente con la dignidad de la persona, fundamento del orden político y de la paz social contemplado en el artículo 10 CE. Se trata, en definitiva, tal y como ha expresado el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en su sentencia núm. 213/2005, de 22 de febrero, de que “*el concepto de integridad moral debe definirse desde el art. 15 CE que reconoce el derecho «a la vida y a la integridad física y moral».* La jurisprudencia constitucional interpreta el concepto de integridad moral desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, del derecho a ser tratado como persona y no como cosa”.

Una de las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional, que reflejan el concepto que acabamos de expresar, es la número 120/1990, del Pleno, de 27 de junio. Así la mencionada Sentencia del Tribunal núm. 213/2005, de 22 de febrero, resume de modo perfecto los elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral del siguiente modo:

- d) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo;
- e) La concurrencia de un padecimiento físico ó psíquico; y
- f) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona – víctima.

Fue la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Tyrer contra Reino Unido), de 25 de abril de 1978, la primera que vino a marcar la diferencia entre tortura y trato inhumano. Nuestro Tribunal Constitucional, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo

de los Derechos Humanos, en su Sentencia del Pleno núm. 120/1990, citada anteriormente, ha declarado que las tres nociones que se recogen en el artículo 15 CE, torturas, penas o tratos “inhumanos” y penas o tratos “degradantes” son, en su significado jurídico, “*nociones graduadas de una misma escala*” que en todos sus tramos entraña, sean cuales fueran sus fines, “*padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente*”.

Entiende también la doctrina, que los “tratos degradantes” consisten esencialmente en “*infligir un sufrimiento físico o psíquico tendente a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma*”, según Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 233/2009, de 3 de marzo.

El artículo 173.1 CP viene a castigar los ataques a la integridad moral de las personas, llevados a cabo por medio de tratos degradantes que reproduzcan menoscabo grave en la dignidad e integridad moral de la persona. Para observar si las personas en situación de calle reciben este trato al igual que en otro tipo de colectivo, el trato degradante requiere la concurrencia de un elemento medial, formado por “*infligir a una persona un trato degradante*” y un resultado, representado por menoscabar “*gravemente su integridad moral*”. Según la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1122/1998, de 29 de septiembre, deberemos entender por trato degradante, “*aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral*”.

Tendremos que tener presente que el núcleo de la descripción típica de la expresión “*trato degradante*”, parece presuponer cierta permanencia, al menos repetición del comportamiento degradante, ya que en otro caso no habría “trato”, sino simplemente nos encontraríamos ante un ataque. Esta afirmación no debe entenderse como un obstáculo a la hora de estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en esta pueda apreciarse una intensidad lesiva para la dignidad humana que resulte suficiente para su encuadre en el precepto; esto quiere decir que, un sólo acto si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante, si tuviera intensidad suficiente para ello.

Por último, tal y como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 824/2003, de 5 de junio, el atentado contra la integridad moral deberá ser grave, ya que

cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante una falta tipificada en el artículo 620.2º CP.

Continuando con el análisis de los siguientes artículos del CP, resulta interesante traer a colación, por el tema que nos ocupa, el artículo 174 CP, y ver las diferencias respecto a la aplicación en lo que a la definición del tipo se refiere. Citamos el mencionado precepto en su literalidad para proceder a su análisis:

*"1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.*

*2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior".*

Resulta interesante destacar que nuestro Código Penal creó un título que encuadra expresamente las torturas y otros delitos contra la integridad moral, por lo que define a la tortura como una forma específica de actos contrarios a lo que se denomina integridad moral, protegida ya como bien jurídico protegido. Según la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 589/1998: "Parece que hay que entender, en ausencia de una clara definición, que ha sido el propósito del legislador que se entienda que se atenta contra la integridad moral de una persona cuando se veja su dignidad de ser humano recurriendo a formas de presión sobre su voluntad que puede tal vez ser necesarias para seres que carezcan de razón pero no utilizables sin humillar la dignidad del hombre cuando para él se emplean. En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando ha definido como torturas «los padecimientos físicos o psíquicos ilícitos inflingidos de modo vejatorio para quien los padece y con intención de doblegar la voluntad del sujeto paciente»".

Podemos observar que en la estructura típica concurren los siguientes elementos:

- a) El elemento material que queda constituido por una conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que identificamos con sufrimientos físicos ó mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento decisión, o cualquier otro modo de atentado contra la integridad moral.
- b) La cualificación del sujeto activo: este debe ser una autoridad o funcionario público, que actúe con abuso de su cargo, aprovechando una situación de dependencia en la que se encuentra el sujeto pasivo.
- c) Por último, el elemento teleológico, ya que sólo existirá delito de tortura si lo que se persigue es obtener una confesión de persona o castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que pudiera haberlo hecho.

Como podemos ver se requiere dolo, y según sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 726/2001, de 25 de abril, este dolo consistirá en el conocimiento de la arbitrariedad del proceder y en la voluntad de ejecutar la acción típica.

El artículo 174 CP, establece una diferencia entre tortura grave y no grave, lo que determina una diferente duración de la pena de prisión a imponer. Para medir la gravedad deberemos atender al resultado lesivo y a las circunstancias de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral, que pudiera llegar a ser extremo aunque no dejase huella visible o produjese lesión, para lo cual deberemos atender a las circunstancias concurrentes en cada caso, tal y como manifiestan diferentes Sentencias del Tribunal Supremo, entre las que cabe destacar, la núm. 1644/2002, de 9 de octubre.

Finalmente concretar, que el delito de torturas no admite continuidad delictiva, pues viola bienes personales que admiten “suma” de infracciones. Por lo que cada actuación es un delito y no una etapa del mismo.

Prosiguiendo con el análisis que estamos realizando del Código Penal, en sintonía con su pretensión última, fruto de distintas reclamaciones europeas, y que no es otra que la lucha eficaz contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo, la intolerancia, la violencia y la discriminación, además de las medidas que hemos estudiado hasta ahora adoptadas por el CP, el artículo 197 incluye otras referidas a la revelación de secretos y vulneración de la intimidad.

Es evidente que este tipo delictivo recogido en este artículo, entraña en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE, y como establecen *la STC (Sala 1ª) núm. 134/1999, de 15 de julio, RTC 1999|134 y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 358/2007, de 30 de abril*, “*lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio*”. Lo que implica la posibilidad de imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibir su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 694/2003, de 20 de junio, describe la conducta típica del art. 197, en ella pueden distinguirse dos modalidades:

- a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y
- b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna.

Para finalizar el estudio jurisprudencial de este precepto, añadiremos que la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2684/1992, de 2 de diciembre, recoge que: “*Se trata en definitiva, de un delito que sólo admite la forma dolosa, aunque, obviamente, cabe el error de prohibición, vencible o invencible*”.

Especialmente interesante resulta la referencia que hace este artículo en su punto quinto, que de modo literal establece:

“*5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior*”.

En este punto 5º, observamos una agravación de la pena, si los hechos afectasen a datos de carácter personal que revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial, vida sexual, o si la víctima fuere menor o incapaz. De nuevo, sucede en este artículo y en este apartado, lo mismo que hemos observado en el artículo 22.4 CP, y es la ausencia de agravante en los supuestos de discriminación por razones socioeconómicas, es cierto, que este artículo amplia la pena agravada a la edad, pero no lo hace con las discriminaciones económicas, en conclusión, difícilmente podrá ser aplicado este tipo a las personas en situación de calle.

Por su parte, el artículo 314 CP aborda otro tipo de discriminación, y es aquella que se lleva acabo en el empleo en los siguientes términos:

*"Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses".*

Por lo que respecta a este artículo simplemente añadir, que difícilmente podrá aplicarse el tipo contemplado a las personas en situación de calle, ya que quienes se encuentran en esta situación no suelen disponer de un empleo y mucho menos de empleos regulares.

Finalizaremos este análisis de los artículos del CP, haciendo alusión al artículo 510 CP, en nuestra opinión artículo fundamental a la hora de analizar la relación del CP con la discriminación y en el caso que nos ocupa con las personas en situación de calle.

Lo recogemos en su literalidad, la cual se expresa en los siguientes términos:

*"1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*

*2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.*

Tras la lectura de este precepto, lo primero que debemos establecer con claridad es qué entender por provocación. Siguiendo a una parte de los autores de la doctrina, encabezada por Jon Landa Gorostiza<sup>55</sup>, concretamos que la provocación contenida en este artículo del CP, no puede entenderse como una provocación en sentido técnico, es decir, de la contemplada en el artículo 18 CP, si no que estamos ante una de las modalidades de incitación al odio, que en cuanto sentimiento privado de la persona o emoción humana nunca puede considerarse delictivo.

Según la doctrina señalada debe realizarse una interpretación restrictiva de este precepto penal, resultando únicamente de aplicación en los casos en que los destinatarios de la provocación carezcan de autonomía suficiente, como por ejemplo los menores, o si se tratara de una situación de crisis extrema de un grupo especialmente vulnerable como el de las personas en situación de calle.

Para observar el alcance de este precepto penal resulta fundamental recurrir a la jurisprudencia, de la que podremos extraer los requisitos que debe reunir la provocación mencionada en este artículo. Así resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), caso absolución para los responsables de la librería que vendía material de ideología nazi. Sentencia núm. 1172/2010, de 23 de julio. Así el Alto Tribunal se pronuncia en los siguientes términos:

*“El artículo 510, por su parte, sanciona a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los distintos motivos recogidos en el precepto. La utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción*

<sup>55</sup> 27. LANDA GOROSTIZA, JON – MIRENA, “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007”. Revista de Derecho Penal y Criminología 7 (2012), pp. 301 -350

*cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo. Aún podría añadirse como argumento concurrente que, en la interpretación constitucional del artículo 607.2 a la que luego se aludirá, el Tribunal ha considerado como una de las modalidades de la conducta típica la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio cuando impliquen una incitación indirecta a su comisión. De lo que resultaría que la incitación indirecta a la comisión del genocidio resultaría más levemente penada que la incitación, igualmente indirecta, a la ejecución de actos presididos por el odio, discriminatorios o violentos".*

Por el extracto que acabamos de reflejar de la sentencia del Supremo, concluimos que la provocación deberá ser:

- a) Directa.
- b) Ante un colectivo de personas o procedimiento que facilite su publicidad.
- c) Y que incite a la comisión de un delito, lo que quiere decir, que suponga la realización de un acto discriminatorio o violento constitutivo de delito.

La sentencia analizada concluye, por lo que se refiere al artículo 510 del siguiente modo:

*"Por lo tanto, aunque la conducta descrita en los hechos probados desarrollada por los cuatro acusados constituya una difusión de ideas favorables al régimen nazi, que en ocasiones incluyen justificaciones del genocidio, y de contenido discriminatorio y excluyente para grupos raciales, étnicos o religiosos; aunque en atención a los valores constitucionales tales ideas o doctrinas, al igual que cualesquiera otras no respetuosas con la dignidad humana, nos merezcan el más claro rechazo, y aunque desde los poderes públicos no deba favorecerse la difusión de tales ideas contrarias a las bases de la convivencia basada en los valores de la Constitución vigente, los hechos probados no alcanzan el nivel de acciones delictivas previsto en el artículo 607.2 del Código Penal, según la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, al no poder identificarse como una provocación o incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los motivos expresados en el artículo 510 del Código Penal; y al no poder afirmarse tampoco, que mediante la difusión de ideas o doctrinas justificadoras el genocidio a través de la edición, distribución o venta genérica de libros o revistas, constituyan una incitación indirecta a la comisión de actos*

*constitutivos de tal delito, o una conducta creadora de un clima de hostilidad contra los mencionados grupos susceptible, por sus características, de concretarse en actos específicos de violencia contra aquellos. Por todo ello, los motivos se estiman y se dictará segunda sentencia en la que se acordará la absolución de los acusados por los delitos previstos en los artículos 510 y 607.2 del Código Penal".*

**3.- Informar sobre los cauces procedimentales existentes en la legislación penal española para la denuncia y persecución de este tipo de delitos de aporofobia, denominados también delitos de odio: denuncia, querella, persecución de oficio por parte de las Fiscalías españolas.**

El término “aporofobia” fue acuñado por la catedrática valenciana de ética y filosofía política, Adela Cortina, para recoger un sentimiento humano deleznable: “el odio, repugnancia y hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el desamparado”. Así pues, se entiende por delito de *aporofobia* aquel que se comete contra los excluidos sociales, los indigentes, personas en situación de calle.

El delito de *aporofobia*, como uno de los considerados delitos de odio, debe de integrarse en nuestra legislación criminal, bien como delito sustantivo o, al menos, como agravante de las penas. Las cosas tienen que empezar a cambiar.

No obstante, veamos en este punto qué aspectos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr), en su redacción actual, nos pueden ayudar a perseguir este tipo de delitos.

En nuestro sistema jurídico de todo delito o falta nacen dos posibles acciones: la penal, encaminada al castigo del culpable, y la civil, dirigida al resarcimiento del daño e indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible (artículo 100 LECr).

Ahora bien, ¿quién puede ejercer la acción penal? Cualquier ciudadano. En España la acción penal es pública y, por tanto, cualquiera la podrá ejercitar aunque no sea la persona perjudicada por el delito o falta (artículo 101 LECr).

Y, ¿por qué medios?

### **Denuncia**

Los artículos 259 a 269 LECr regulan la denuncia penal. Así el artículo 259 dice: “*El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas*”.

El artículo 262 LECr establece la misma obligación del denunciante, pero agravada cuando éste llega a conocer del delito público por razón de su cargo, profesión u oficio.

Las denuncias pueden formalizarse por escrito o verbalmente, personalmente o por medio de mandatario (265 LECr)

Por otro lado, el ciudadano que tuviere conocimiento de la perpetración de un delito de los que se deben perseguir de oficio, deberá denunciarlo ante el Ministerio Fiscal, Tribunal competente, Juez de instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se sienta obligado a demostrar los hechos, ni a formalizar querella y, además, sin contraer responsabilidad alguna (264 LECr).

El Juez, Tribunal, autoridad o funcionario que recibieren una denuncia, harán constar siempre la identidad del denunciador (268 LECr).

Queda claro pues que mediante la denuncia cualquier ciudadano puede poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial o policial y que lo puede hacer sea o no sea la víctima y habiéndose enterado de cualquier modo:

- ✓ Por motivo de su profesión u oficio.
- ✓ Por haber presenciado el hecho.
- ✓ Por cualquier otro motivo diferente.

Así pues, la denuncia es un medio magnífico para que el ciudadano pueda poner en conocimiento de la autoridad judicial o policial competente la comisión de delitos de odio y, específicamente, los de *aporofobia*. Es cuestión del todo necesaria la de concienciar al público, en general, de que estos delitos suelen quedar, en la mayoría de los casos, sin castigo al no ser denunciados por sus víctimas y que, por tanto, la ciudadanía tiene que mostrarse en actitud vigilante y proactiva en su persecución. No sólo por el deber de ayuda humanitaria que debemos a las personas marginadas y desocializadas, sino también porque dañan la construcción social y fragmentan las comunidades. Es decir, ponen en grave peligro la estabilidad social de cualquier comunidad.

### **Querella**

Se regula en los artículos 270 a 281 del LECr. Así el 270 dice: “*Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley. También pueden querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados (...)*”.

Su operativa es más restrictiva pues sólo se puede interponer ante el juez de instrucción competente, quedando sometido el querellante, para todos los efectos del juicio por él promovido, al Juez de instrucción o Tribunal competente para conocer del delito objeto de la querella.

La querella se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado. Debiendo el particular querellante prestar fianza de la clase y en la cuantía que fije el Juez o Tribunal, salvo el ofendido y sus herederos o representantes legales.

Así pues, el querellante solicita la apertura a de una causa criminal en la que se investigará un presunto delito en el que se constituirá como parte acusadora. El juez o tribunal decidirá si admite o no a trámite la querella interpuesta.

Este instrumento parece el más apropiado para que el ofendido por un delito lo ponga en conocimiento de la jurisdicción penal. Y ello, principalmente, porque su principal diferencia con la denuncia radica en que el querellante puede intervenir personalmente como parte acusadora en el desarrollo del proceso penal. Hay otra diferencia importante entre querella y denuncia: *"la querella siempre progresá, en cambio la denuncia a veces no"*. Esta es una frase que se utiliza mucho, ya que la mayoría de las querellas progresan y son admitidas por el juez con el subsiguiente inicio de la investigación y del proceso en sí. Y ello porque al formar el querellante, automáticamente, parte de la acusación, no se requerirá el burocrático y complejo procedimiento de esperar la aceptación del caso por parte del fiscal.

No obstante, si una denuncia progresá, el propio denunciante podrá solicitar formar parte de la acusación, por lo que, desde ese momento, la denuncia y la querella dejarán de tener diferencias.

### **Persecución de oficio por la Fiscalía**

El papel del Ministerio Fiscal en cuanto a la persecución de los delitos queda clara en el artículo 105 de la LECr: *"Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada. También deberán ejercitárlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse"*

*previamente por los interesados o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad".*

Vemos como la ley le está imponiendo al Ministerio Fiscal una obligación genérica de persecución de oficio de los delitos, pero a su vez también una obligación concreta cuando dice: “*(...) por recaer sobre personas desvalidas*”.

### **La policía judicial**

El artículo 126 de la Constitución Española establece que la Policía Judicial depende de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca.

Su actuación en el terreno procesal se regula en los artículos 282 a 298 de la LECr. Así en el 282 se dice: *“La Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial. Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial”*.

El documento base de plasmación de hechos y diligencias de la actuación policial es el atestado que se regula en el artículo 292 de la LECr: *“Los funcionarios de Policía judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito. La Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos”*.

Es un instrumento oficial en el que los funcionarios de policía judicial hacen constar las diligencias que se practican para averiguar y comprobar un hecho delictivo, especificando en él

los hechos averiguados, las declaraciones e informes recibidos y todas las circunstancias que hubiesen observado y que pudiesen constituir indicio de delito.

El atestado se levantará bien directamente por la policía al tener conocimiento directo de unos hechos que puedan ser constitutivos de delito, por denuncia de un ciudadano o bien a consecuencia de las diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal.

#### **Anteproyecto de Ley orgánica de Estatuto de la Víctima del Delito**

En su disposición final tercera, plantea unas modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Vamos, a continuación, a comentar aquellas modificaciones propuestas que puedan afectar a la materia objeto de este dictamen:

**6. Modificación del artículo 109.-** El texto del segundo párrafo del artículo que dice: “*Si no tuviese capacidad legal, se practicará igual diligencia con su representante*”; se plantea su sustitución por: “*Si fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente completada, se practicará igual diligencia con su representante o la persona que le asista*”. Con esta pequeña modificación se incorpora la terminología prevista en la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad, al regular expresamente las medidas a adoptar en relación con los hijos con la capacidad completada judicialmente, que hasta ahora se llamaban, simplemente, incapacitados.

No contempla, sin embargo, esta modificación dos cuestiones importantes de cara la protección de la víctima y que, desde la perspectiva de los delitos objeto de este dictamen, deberían incluirse en este precepto. Nos referimos a:

- ✓ La información de los derechos a que tiene la víctima y que se recogen en el artículo 5 del anteproyecto:
  - “Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales. También la posibilidad de obtener un alojamiento alternativo.

- Derecho a denunciar.
  - Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en los que pueda obtenerse gratuitamente.
  - Posibilidad de solicitar medidas de protección y, en su caso, procedimiento para hacerlo.
  - Indemnizaciones a las que pueda tener derecho.
  - Servicios de interpretación y traducción (...)".
- ✓ El derecho a recibir información del artículo 7: "Toda víctima tendrá derecho a ser notificada de las siguientes resoluciones judiciales, si así lo solicita:
- La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal.
  - Los autos de sobreseimiento y archivo.
  - La sentencia que ponga fin al procedimiento.
  - Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo.
  - Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima.
  - Las resoluciones referentes a la clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, la concesión al penado de la libertad condicional en algunos supuestos concretos (...)

**7. Introducción de un nuevo artículo 109 bis**, con la siguiente redacción: "*1.- Las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes de la apertura del juicio oral, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación.*

*En el caso de que la víctima hubiera fallecido o hubiera quedado incapacitada para ejercer este derecho a consecuencia del delito, la acción penal podrá ser ejercida por su cónyuge, por la persona que hubiera mantenido con él una relación estable y análoga de convivencia y por sus hijos. A falta de los anteriores, la acción penal podrá ser ejercida por sus herederos.*

*2.- El ejercicio de la acción penal por alguna de las personas legitimadas conforme a este artículo no impide su ejercicio posterior por cualquier otro de los legitimados. Cuando exista una pluralidad de víctimas, todas ellas podrán personarse independientemente con su propia representación. Sin embargo, en estos casos, cuando pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el Juez o Tribunal, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses.*

*3.- La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito.*

*Cuando el delito o falta cometida tenga por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales el ejercicio de sus funciones públicas, podrá también personarse en la causa la Administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible".*

Como cuestiones nuevas, este nuevo artículo regula:

- ✓ La legitimación por fallecimiento de la víctima.
- ✓ El supuesto de pluralidad de víctimas.
- ✓ El ejercicio de las acciones penales por las asociaciones de víctimas y personas jurídicas legitimadas para la defensa de ciertos derechos de las víctimas.

Pero lo que más nos interesa destacar a los autores del presente dictamen es la tercera novedad, la que se establece en el apartado 3º de este artículo, pues entendemos que

**activa la actuación de las organizaciones en defensa de los derechos de las víctimas de delitos de odio.**

Así es, en el número 3 de este nuevo artículo se legitiman las acciones penales ejercidas por las asociaciones de víctimas y aquellas personas jurídicas legitimadas para la defensa de determinados derechos de las víctimas. El legislador recoge así una dilatada doctrina constitucional en ese sentido. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2011, de 16 de mayo, donde el alto tribunal reconoce la titularidad del derecho de acceso a la jurisdicción, como vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, a las personas jurídico-públicas. Esta sentencia, recoge en el inciso 2º de sus fundamentos jurídicos un texto de otra anterior (Sentencia del Tribunal Constitucional 175/2001, de 26 de julio) que, a su vez, expresaba: “*las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso. El artículo 24.1 CE no exige de la Ley la articulación, en todo caso, de instrumentos procesales con los que las personas públicas puedan hacer valer los intereses generales cuya satisfacción les atribuye el Ordenamiento. Dicho de otro modo, según viene declarando este Tribunal, esta vertiente del artículo 24.1 CE sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador. Corresponde a la ley procesal determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercitarse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso (...) Así que la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas, por el principio <>pro actione<> o por el canon constitucional de interdicción de la arbitrariedad, la irrazonabilidad y el error patente, cuando se trate del acceso a los recursos legales*”.

8. **Se modifica el artículo 281.-** Añadiendo un tercer supuesto de exención de fianza: cuando el querellante sea una asociación de víctimas o una persona jurídica a la que la Ley hubiere reconocido legitimidad para defender los derechos de las víctimas y siempre que el ejercicio de la acción penal se realice con autorización expresa de la propia víctima.

Con esta modificación se facilita la actuación como querellante a las organizaciones en defensa de los derechos de las víctimas de delitos de odio, incluyendo como entidades beneficiarias de la exención de fianza para presentar querella a las asociaciones de víctimas y a las personas jurídicas que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de éstas.

9. **Se modifica el párrafo primero del artículo 282**, añadiendo a la Policía Judicial una obligación más: *"Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal"*.

Este tipo de víctimas presentan una peculiaridad con respecto a cualquier otra víctima de delito como es su alto nivel de desprotección social de partida, por lo que es importante, y así lo quiere prever el legislador al introducir esta modificación al texto del artículo donde se establecen las funciones y obligaciones de la Policía Judicial, obligar a ésta a realizar una valoración preliminar (luego ya decidirá el Juez) de las circunstancias particulares de las víctimas para, en caso de ser necesarias, se determinen provisionalmente medidas de protección añadidas a las que serían normales en todo caso.

Esta evaluación y valoración de las circunstancias particulares de las víctimas se debe de referenciar al artículo 23 del anteproyecto que se titula como *"evaluación individual"* y que tienen por objetivo determinar qué medidas de protección precisa la víctima. En ese artículo, sin embargo, se olvida el legislador de incluir una referencia concreta a los delitos de *aporofobia* o, por lo menos, de odio, cosa que sí realiza la Directiva 2012/29/UE cuando en su artículo 22.3 especifica: *"En el contexto de la evaluación individual, se prestará especial atención a las víctimas que hayan sufrido un daño considerable debido a la gravedad del delito; las víctimas afectadas por un delito motivado por perjuicios o por motivos de discriminación, relacionado en particular con sus características personales (...) y delitos por motivos de odio (...)"*.

El artículo 24 del anteproyecto establece que la competencia para esta valoración corresponderá al Juez de instrucción sin perjuicio de la evaluación y resolución provisional que deba hacer el Fiscal en las diligencias de investigación, o los

funcionarios de policía en la fase inicial de sus investigaciones (modificación del artículo 282 LECr). Finalmente, en la fase enjuiciamiento, al Juez o Tribunal que conozca de la causa.

Las medidas de protección a la víctima pueden ser de diversa consideración y el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito comenta las siguientes:

- ✓ La protección de la intimidad de la víctima y sus familiares (artículo 22 del anteproyecto). A tal efecto, se modifican los artículos 681, 682 y 707 de la LECr, regulando medidas que como:
  - La celebración del juicio o de algunos de sus actos o sesiones a puerta cerrada.
  - La prohibición de la divulgación de información relativa a su identidad.
  - La prohibición de la grabación de la imagen y/o sonidos en determinadas pruebas.
  - La evitación de la confrontación visual de la víctima con el imputado.
  - La protección de la víctima durante la investigación penal evitando que se produzca una victimización secundaria (artículo 21 del anteproyecto). Por ejemplo:
    - Que se le reciba declaración solo cuando resulte necesario, sin dilaciones injustificadas.
    - Que su reconocimiento médico se lleve a cabo cuando resulte imprescindible para los fines del proceso.
    - Que la víctimas puedan estar acompañadas, además de por sus representantes procesales y legales, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir.

**10. Modificación del artículo 284**, al que se le añaden los siguientes párrafos: “*Si hubieran (la Policía Judicial) recogido armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida, extenderán diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, e incluirá una descripción minuciosa para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, que podrá ser sustituida por un reportaje gráfico. La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados.*

*La incautación de efectos que pudieran pertenecer a una víctima del delito será comunicada a la misma.*

*La persona afectada por la incautación podrá recurrir en cualquier momento la medida ante el Juez de Instrucción de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 334”.*

Finalmente, es importante precisar que en el número 2 del artículo 23 del anteproyecto se establece el catálogo de delitos en los que se exige una especial valoración de la víctima y sorprende la falta de inclusión expresa de algunos delitos:

- ✓ Los delitos de odio en general y, como ya hemos mencionado más arriba, de manera más concreta los delitos de aporofobia. Es decir, delitos que, partiendo de una discriminación previa de la víctima, por su marginalidad y situación de exclusión social, inducen al autor del delito a su comisión con más saña y falso sentimiento de impunidad.
- ✓ Los delitos de homicidio, lesiones graves de los artículos 149 y 150 del CP y detenciones ilegales y secuestros.

#### **4.- Conclusiones del dictamen jurídico**

En el presente epígrafe quienes suscriben presentan las conclusiones del análisis realizado de los diferentes artículos del Código Penal, así como de los cauces procedimentales en la legislación penal española en relación con los delitos de odio.

##### **Conclusiones del análisis realizado a los diferentes artículos del código penal**

Como **primera conclusión**, cabe destacar, que esta circunstancia agravante, podrá aplicarse a aquellos delitos cometidos contra personas en situación de calle, cuando esencialmente concurra un medio o forma que tienda a asegurar la agresión, y que por tanto evite, la reacción y defensa del agredido.

Resultará fundamental, demostrar la situación de indefensión, que en el caso de personas de situación de calle resultará fundamental para la aplicación de esta circunstancia agravante a aquella persona que comete el delito. Habrá que concentrarse en la labor de investigación que lleven a cabo tanto, la policía judicial como el Ministerio Fiscal, y tener presente que será fundamental nuestra capacidad de demostrar la vulnerabilidad de la víctima en el momento del ataque.

La **segunda conclusión** a la que hemos llegado, una vez analizado el contenido del artículo 22.4 del Código Penal, es la necesidad de introducir, en el catálogo de circunstancias agravantes del delito que este contempla, la discriminación por circunstancias socioeconómicas.

El motivo por el que el legislador deberá abordar esta cuestión, radica en que las “*condiciones personales o sociales*”, como circunstancias agravantes del delito, aunque no se encuentren enumeradas en el artículo 14 de la Constitución Española, si se recogen el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y por tanto, vinculan al Estado español.

Si desde aquí pudiéramos hacer llegar una recomendación al poder legislativo, le sugeriríamos, que llevase a cabo esta incorporación con el mayor acierto, fruto de un debate parlamentario serio en el que se tengan muy presentes las circunstancias en que viven y se desarrollan las personas en situación de calle, su especial vulnerabilidad, y la conciencia, de que es necesaria la inclusión de esta agravante por las diversas situaciones de riesgo a las que se ven sometidas estas personas.

La **tercera conclusión** extraída en el análisis realizado a los diversos artículos del Código Penal, gira entorno al delito de amenazas contemplado en el artículo 170 del Código Penal. Podemos concluir que éste artículo, amplía la lista de víctimas objeto de amenazas respecto al catálogo que hemos analizado del artículo 22.4 del Código Penal. Se incluye en este artículo, un “*colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas*”. Cabría, por tanto, la aplicación del tipo recogido en este artículo, a las amenazas graves, dirigidas a atemorizar al colectivo de personas en situación de calle, siempre que se den los requisitos que la jurisprudencia viene requiriendo para la aplicación de este artículo, y por tanto, el mal anunciado, constituya delito y que las amenazas resulte graves, serias y firmes.

La **cuarta conclusión** viene referida al artículo 173 del Código Penal, concretamente a su punto primero, el cual contempla el delito de trato degradante a los demás cuando esto suponga un grave menoscabo de la integridad moral. No tenemos duda alguna en lo que se refiere al bien jurídico protegido, que no es otro que la integridad moral, derecho recogido en el artículo 15 de la Constitución Española. Sin duda, el delito tipificado en este artículo está íntimamente relacionado con las personas en situación de calle, ya que todo aquel atentado contra su integridad moral, que contemple los elementos integrantes del mismo, y que contempla el Tribunal Supremo, podrá ser castigado con la pena contemplada en él. Así el Alto Tribunal exige: un acto claro de contenido vejatorio, que concurra un padecimiento físico o psíquico y que el comportamiento sea degradante o humillante. Este atentado contra la integridad moral deberá ser grave, sino estaremos ante una falta del artículo 620.2º del Código Penal.

La **quinta conclusión** extraída está referida al artículo 174 del Código Penal, el cual contempla el delito de la tortura cometida por una autoridad o funcionario público, con abuso de su cargo, siempre que se pretenda con la referida tortura la obtención de una información o castigarla en base a algún tipo de discriminación. La pena contemplada en este artículo, sólo podrá aplicarse cuando, concurra la cualificación del sujeto activo, el elemento material constituido por la acción con la que se manifiesta la tortura y el elemento teleológico, que consiste en la obtención de información. Si estos elementos se dan en una actuación por parte de una autoridad o funcionario y el sujeto pasivo fuera una persona en situación de aquella, podría aplicarse la pena contemplada en el mismo al sujeto activo expresado.

Como **sexta conclusión**, nos referimos a lo analizado en el artículo 197 del Código Penal, el cual tipifica la revelación de secretos y vulneración de la intimidad. Admite dos modalidades: el apoderamiento de papeles y la interceptación de telecomunicaciones. Solo se admite su comisión de forma dolosa. Llama la atención, que el punto quinto de este artículo contempla agravación de la pena, si los hechos revelan ideología, religión, creencias, salud, origen racial, vida sexual, o si la víctima fuere menor o incapaz, de nuevo no se contempla las circunstancias socioeconómicas del individuo.

Continuando con el análisis de los artículos solicitados, entramos a realizar nuestra **séptima conclusión** del artículo 314 del Código Penal. Este artículo, tipifica la discriminación grave en el empleo por razón de etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, etc. La aplicación del tipo contemplado en este artículo, a quien lleve a cabo este tipo de conductas contra personas en situación de calle, es compleja y difícil, ya que las mencionadas personas, no suelen tener empleo y el artículo tampoco observa al discriminación por circunstancias socioeconómicas, por lo que debería contemplarse en el listado que ofrece este artículo, para que una discriminación contra una persona en situación de calle que pretenda acceder a un empleo pueda ser castigada, la mencionada circunstancia socioeconómica.

Finalmente, abordamos en este apartado de conclusiones, lo estimado respecto al artículo 510 del Código Penal como **conclusión octava**. Este artículo condena al que provoca a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referidos a la ideología, las creencias o la situación familiar, también la referida al sexo, origen, orientación sexual etc. De nuevo en este listado no se recogen discriminaciones socioeconómicas, pero si es cierto que podría abrirse camino al contemplarse la situación familiar entre el listado que refleja el artículo. En todo caso, debemos tener presente que la provocación habrá de ser: directa, realizada ante un colectivo de personas o con publicidad y que incite a la comisión de un delito.

#### **Conclusiones del aspecto procesal del análisis**

Desde el punto de vista procesal entendemos que la actual LECr dota, tanto a las víctimas como a la ciudadanía en general, de suficientes instrumentos de persecución del delito. La denuncia o la querella, la especial función de protección de las víctimas por parte del Ministerio Fiscal o, por último, la definitiva participación de la Policía Judicial en el

descubrimiento, la averiguación y la denuncia del delito, así como el descubrimiento y aseguramiento del delincuente, son cauces procedimentales idóneos para poder perseguir los delitos de aporofobia o de odio si queremos enmarcar los primeros en una categoría más amplia.

No obstante, algunas lagunas o imprecisiones de nuestro marco procesal penal pueden ser corregidas con el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito que se encuentra en elaboración. De esta forma, en las páginas anteriores hemos desmenuzado algunas cuestiones que pueden mejorar la actual redacción reguladora de la LECr o mejorar el marco legal de protección a través del texto de la propia Ley Orgánica. Por ejemplo:

- ✓ El ejercicio de las acciones penales por las asociaciones de víctimas y personas jurídicas legitimadas para la defensa de ciertos derechos de las víctimas.
- ✓ La regulación y establecimiento de efectivas medidas de protección a la víctima. Y ello en dos líneas de actuación: la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares y la protección de la víctima durante la investigación penal evitando que se produzca una victimización secundaria.
- ✓ Para establecer tales medidas de protección a la víctima se dictamina como necesaria una evaluación y valoración individual de las circunstancias particulares de las víctimas. La competencia para esta valoración corresponderá al Juez de instrucción sin perjuicio de la evaluación y resolución provisional que deba hacer el Fiscal en las diligencias de investigación, o los funcionarios de policía en la fase inicial de sus investigaciones.
- ✓ Se incluyen como entidades beneficiarias de la exención de fianza para presentar querella, a las asociaciones de víctimas y a las personas jurídicas que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de éstas.
- ✓ Se introduce en el ordenamiento jurídico penal una dilatada doctrina constitucional en el sentido de legitimar las acciones penales ejercidas por las asociaciones de víctimas y aquellas personas jurídicas legitimadas para la defensa de determinados derechos de éstas.

A pesar de todo ello, el Anteproyecto adolece de algunos defectos y de algunas ausencias que ya han sido comentadas tanto en este dictamen como en el informe emitido por el Pleno del

Consejo del Poder Judicial que se adjunta como Anexo IV. Pero debemos destacar lo que a nuestro juicio sería necesario y urgente conseguir que se incluyera en el Estatuto de la Víctima del Delito. Y nos referimos a que en ese futuro texto legal aparezca perfectamente referenciada, como una especialidad de los delitos de odio, el conocido como delito de *aporofobia* o delito contra la integridad personal y moral de las personas socialmente excluidas.

Estos delitos deben ser tratados de manera específica en nuestra legislación penal porque el infractor, al cometerlos, está emitiendo un doble mensaje. Uno directo sobre la víctima y otro, más genérico, al resto de la sociedad, que se traduce en el juicio que realiza sobre el derecho de la víctima a pertenecer o no a su mismo grupo social. Lo cual nos conduce a la necesidad de distinguir este delito de otros, aplicando un tratamiento diferenciado.

Por tanto, nos encontramos ante una oportunidad estupenda para intentar forzar mecanismos políticos y sociales e intentar convencer al legislativo para que introduzca referencias concretas al delito de *aporofobia* en la futura Ley Orgánica del Estatuto de la Víctimas del Delito. Y ello en dos vías:

- ✓ En su tipificación como delito sustantivo o agravante específica.
- ✓ En su tratamiento procesal diferenciado.

Sería especialmente negativo no conseguir esto ya que España se encuentra en estos momentos, tras seis años de profunda crisis, en un grave proceso de crecimiento de la pobreza y la exclusión social.

Son alarmantes las noticias de cada día, que nos hacen testigos de desahucios, acciones desesperadas de recogida y entrega de alimentos a familias necesitadas, comedores sociales desbordados... Pero más alarmante es lo que podríamos denominar “la otra cara de la moneda”:

- ✓ La proliferación de movimientos racistas o neofascistas nada tolerantes con lo distinto.
- ✓ La consolidación económica de una clase social alta elitista y poco tolerante.

- ✓ La desaparición de una clase media protagonista política durante la transición y consolidación democrática.

España, según las cuentas de Eurostat, presenta una de las mayores tasas de riesgo de exclusión social entre personas con trabajo asalariado, solo superada por Rumania y Grecia. Tenemos un 12,3% de trabajadores con unos ingresos por debajo del umbral de la pobreza.

Finalmente, es importante también **definir la motivación** en este tipo de delitos en aras a intentar encontrar soluciones procesales que ayuden a penalizarlos adecuadamente. La motivación más clara y definible es aquella en la que el infractor actúa impulsado por el odio u hostilidad hacia la víctima, por su pobreza, su marginalidad o, en definitiva, su situación de exclusión social. Pero cabe otro móvil, la selección discriminada de estas personas desprotegidas socialmente por, precisamente, su característica protegida, sin que el odio o la hostilidad formen parte de la motivación.

Pensando en desarrollos legislativos futuros, caben cualquiera de estas dos categorías de motivación:

- ✓ Una **emocional**: odio u hostilidad a la víctima por su condición social de marginación.
- ✓ Otra **causal**: existe una selección discriminatoria por su propia característica particular. El ejemplo más utilizado es el del delincuente que ataca a su víctima inmigrante, por considerar que este tipo de personas no suelen denunciar a la policía los ataques sufridos.

No cabe duda de que en cualquiera de las dos versiones el dolo preside la conducta del agresor, la tipifica como delito y, por tanto, debe ser perseguida.

Consecuentemente en esa persecución del delito es definitiva **la obtención de la evidencia de esa motivación**, la emocional o la causal. Y llegamos al aspecto clave dentro del terreno procesal: ¿cómo dispondremos de la prueba?

Como en cualquier otro delito se presentará acusación o no en función de que exista una evidencia suficiente. En este caso, que exista o no una evidencia suficiente que pruebe una motivación prejuiciosa en relación con las personas en situación de calle.

Por ello, es muy importante conseguir que en las próximas modificaciones de las leyes procesales o, ahora mismo, incluyéndolas en el futuro Estatuto de la Víctima, se implique y obligue mucho más al Ministerio Fiscal y a la propia Policía Judicial a la hora de obtener las evidencias, sobre todo en los primeros momentos de las diligencias investigadoras. Es muy frecuente que los delincuentes actores de este tipo de delitos realicen declaraciones, bien durante o bien inmediatamente después de la agresión, que revelen su motivación. En el caso de la indigente quemada en un cajero bancario de Barcelona, las escenas quedaron gravadas en el vídeo de seguridad de la propia entidad y en él se pudo constatar las risas, los comentarios despectivos hacia la víctima... Evidencias necesarias para tipificar el delito.

Son importantes las campañas de concienciación ciudadana sobre la existencia de este tipo de delitos, su alarmante crecimiento y su necesaria tipificación individualizada para su persecución más eficaz. Y son importantes por la influencia necesaria que pueden ejercer sobre el Ministerio Fiscal y la policía y su implicación cada día mayor. Sin embargo, es también imprescindible que el ordenamiento recoja estos aspectos procesales, pues **la naturaleza de este delito necesita de la calidad de la investigación de las fuerzas de seguridad y del apoyo de la fiscalía.**

Insistimos en que este aspecto procesal es fundamental, pues sin evidencias, sin pruebas de la específica motivación, no tendremos delito de aporofobia.

## ANEXO II

### ARTÍCULO SOBRE APOROFOBIA DE ADELA CORTINA

Catedrática de Ética y Filosofía Política de la Universitat de València.



La Real Academia Española introduce de tanto en tanto en el Diccionario de la lengua nuevos términos por razones diversas. Son algunas de las más comunes que la expresión correspondiente venga usándose en la calle de forma habitual, o que proceda de una lengua extranjera y sirva para designar algún objeto o acción en un campo del saber. Pero existe una razón poderosa, tal vez la más poderosa, para acoger una nueva palabra en el seno de una lengua, y es que designe una realidad tan efectiva en la vida social que esa vida no pueda entenderse sin contar con ella. Es importa ponerle un nombre, porque mientras es indecible actúa como hacen las ideologías: distorsionando, confundiendo para ocultar la verdad de las cosas. Poner nombre a las personas es imprescindible para darles carta de naturaleza ("te llamarás Eva", "te llamarás Viernes"), tanto más a las realidades sociales, de las que falta clara conciencia mientras son inefables.

Es en este orden de cosas en el que quisiera brindar a la Real Academia un nombre, después de rebuscar afanosamente en mi viejo diccionario de griego, tan usado el pobre en los años del bachillerato: el nombre "aporofobia". "Dícese -podría constar en la caracterización, por analogía con otras- del odio, repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el desamparado". Y en ese ilustrativo paréntesis que sigue al término diría algo así como: "(Del gr. á-poros, pobre, y fobeo, espantarse) f.". Es, ciertamente, una expresión que no existe en otras lenguas, e ignoro si es la mejor forma de construirla. Pero lo indudable es que la repugnancia ante el pobre, ante el desamparado, tiene una fuerza en la vida social que todavía es mayor precisamente porque actúa desde un deleznable anonimato.

No figura en las relaciones de lo "éticamente correcto", en esas moralinas burocráticas que repudian acciones casi sin pensarlo y las gentes repiten ya de un tirón, como los viejos catecismos. Cuentan en ellas el repudio de la xenofobia y el racismo, de la hostilidad hacia el "xénos", hacia el extranjero, o hacia el que es de otra raza; nunca la repugnancia ante el "áporos", ante el sin recursos, ante el que parece que no puede ofrecer nada interesante a cambio. Y, sin embargo, ése es el que molesta, es la fobia hacia el pobre la que lleva a rechazar a las personas, razas y etnias habitualmente sin recursos.

No repugnan los árabes de la Costa del Sol, ni los alemanes y británicos dueños ya de la mitad del Mediterráneo; tampoco los gitanos enrolados en una tranquilizadora forma de vida paya, ni los niños extranjeros adoptados por padres deseosos de un hijo que no puede ser biológico. No repugnan,

afortunadamente y por muchos años, porque el odio al de otra raza o al de otra etnia, por serlo, no sólo demuestra una innegable falta de sensibilidad moral, sino una igualmente palmaria estupidez. Sólo los imbéciles se permiten el lujo de profesar este tipo de odios.

Sin embargo, sí que son objeto de casi universal rechazo los gitanos apegados a su forma de vida tradicional, tan alejada de ese febril afán de producir riqueza que nos consume; los inmigrantes del norte de África, que no tienen que perder más que sus cadenas; los inmigrantes de la Europa Central y del Este, dueños, más o menos, de la misma riqueza; siguiendo en la lista los latinoamericanos escasos de recursos. El problema no es de raza ni de extranjería: es de pobreza. Por eso hay algunos racistas y xenófobos, pero aporófobos, casi todos.

La razón es bien simple, descubrirla no precisa grandes especulaciones. En sociedades, como las nuestras, organizadas en torno a la idea de contrato en cualquiera de las esferas sociales, el pobre, el verdaderamente diferente en cada una de ellas, es el que no tiene nada interesante que ofrecer a cambio y, por lo tanto, no tiene capacidad real de contratar.

Esto sucede en el ámbito de la economía, en el que buena parte de la humanidad queda excluida de consumir productos básicos para la supervivencia sencillamente porque no interesa lo que podrían ofrecer a cambio. "El libre mercado", dice la teoría clásica, "garantiza mayor soberanía al consumidor". Lo que no aclara a renglón seguido es que merece el título de consumidor quien puede pagarse el consumo, quien presenta una demanda solvente, porque es éste un juego de toma y daca, en el que ejerce su libertad no el que quiere, sino el que puede.

Si tuviéramos agallas para universalizar la ciudadanía social a través de un cierto keynesianismo universal profundamente reformulado en términos de justicia en vez de retirarlo de los lugares en los que se ha encarnado, si aumentáramos la capacidad adquisitiva de cada una de las personas y las protegiéramos frente a las contingencias del mercado, aunque sólo fuera por aumentar el consumo, y con él la producción, podríamos empezar a hablar de soberanía del consumidor. "Es imposible", replican los interesados en que lo sea. Y, sin embargo, es preciso replicar que es de justicia.

Como es doctrina bien sabida desde hace décadas, pero magistralmente expuesta por Michael Walzer en Esferas de la justicia (1983), los bienes socialmente producidos son bienes sociales y tienen que ser socialmente distribuidos con justicia. Como la globalización -añadimos por nuestra cuenta- muestra, entre otras cosas, que la producción es global, global debería ser también la justa distribución de la riqueza, y un buen comienzo en el proceso sería universalizar la ciudadanía social.

Sin embargo, los bienes no son sólo económicos, no sólo hay áporoi en la esfera de la riqueza material. Las sociedades distribuyen también otros bienes, que componen distintas esferas de justicia: la pertenencia a una comunidad política, la seguridad en tiempos de vulnerabilidad (asistencia sanitaria, jubilación, desempleo), los cargos que determinan el ingreso, la estima social y las oportunidades vitales, la educación, el poder político, la igualdad, por la que nadie debería poseer un bien de estas esferas con el que pudiera comprar todos los demás, el reconocimiento y los honores que condicionan la autoestima y el autorrespeto.

En cada una de estas esferas hay áporoi, justamente aquellos que en ellas no parecen tener nada interesante que ofrecer a cambio. Por eso en el mundo político, amén de los extranjeros, inmigrantes, asilados, con sus dificultades para pactar, reciben los ciudadanos distintas contraprestaciones, según lo que ofrecen a quien ostenta el poder. Y así sucede igualmente en la universidad y en el hospital, en el taller y en el banco, en la vecindad y en la empresa, que hay quienes tienen algo interesante que

ofrecer a los poderosos y quienes bien poca cosa. Y éstos son en cada una de las esferas los débiles, los excluidos. Los áporoi.

Mientras no se les nombra se confunden los perfiles, que es lo que gusta a los poderosos: esa difuminación del lenguaje, en virtud de la cual ya ignoramos de qué estamos hablando. Y en manifiestos contra el terrorismo se dice: "Estamos en contra de los intolerantes", confundiendo el tocino con la velocidad, porque la intolerancia es una actitud del carácter, y el que mata es un asesino. Los atentados contra las personas no son atentados contra la democracia, sino contra la vida concreta de las personas concretas, a quienes a partir de ese momento sus gentes ya no verán más. Excluidos, totalmente excluidos de la vida, supremamente marginados.

Ante una situación semejante cabe responder desde tres tipos de ética, encarnados en tres tipos ideales: la ética de los demonios estúpidos, la de los demonios inteligentes y la de las personas, amén de inteligentes, justas y solidarias. La sugerencia viene de Kant, quien en *La paz perpetua* aseguraba que hasta un pueblo de demonios, de seres sin sensibilidad moral, sacrificaría parte de su libertad y entraría a formar parte de un Estado de derecho, aunque tuvieran que someterse a la ley, "con tal de que", añadía, "tengan inteligencia". Podríamos decir, por analogía, que hasta un pueblo de demonios, sin sensibilidad moral, preferiría la paz a la guerra, la cooperación al conflicto, la colaboración a la exclusión, con tal de que tengan inteligencia.

Los demonios estúpidos excluyen a otros en cada esfera social, creyendo que no tienen nada interesante que ofrecer. Y en realidad sucede que los inmigrantes, tan vapuleados, asumen los trabajos que nadie quiere y traen sangre joven a una Europa avejentada. Los demonios inteligentes se aperciben de este tipo de cosas y tratan de averiguar con quiénes interesa sellar pactos, porque hasta el más débil te puede quitar la vida. Las personas con sentido de la justicia y la solidaridad van más allá del contrato: hacia el reconocimiento del valor en sí de cada ser humano, que es la divisa de la Ilustración.

## INFORME DEL CASO

<b>Denominación del caso:</b> INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	<b>Profesor clínico:</b> <b>CONCEPCIÓN RAYÓN BALLESTEROS</b>
<b>Empresa beneficiaria FFP:</b> <b>FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ENFERMEDADES RARAS (FEDER)</b>	<b>Nivel de Clínica:</b> 5 <b>Grupo nº:</b> 1

<b>Alumnos que firman el trabajo y rol desempeñado en el grupo:</b>		<b>Fecha de envío del informe del caso:</b>  25 de julio de 2014	
<b>Coordinador:</b> VICENTE HERNÁNDEZ DE ALBA MIR			
<b>Investigador:</b> RAFAEL PARDO GABALDÓN; BLANCA PITARCH ALCÓN			
<b>Comunicador:</b> ESMERALDA IRANZO SÁNZCHEZ			
<b>Redactor:</b> LORENZO GALIANA GALLACH			

**SOLUCIÓN DE LA CONSULTA PLANTEADA:** (respuesta al caso planteado por el beneficiario de Fundación Fernando Pombo).

**I) Hechos planteados en la consulta:**

Cada día, más de 3 millones de familias sufren el aislamiento y la soledad por sufrir una enfermedad poco frecuente. Se encuentran solas, sin recursos y no saben a dónde acudir. Reciben el dramático impacto del diagnóstico y la impotencia de sentir que nadie conoce su enfermedad. Desde FEDER (<http://www.enfermedades-raras.org/>) se ayuda a que estas familias puedan recobrar la esperanza.

Compuesta por más de 200 asociaciones, FEDER trabaja de forma integral con las familias con enfermedades raras a través de proyectos y servicios destinados a mejorar su calidad de vida a corto, medio y largo plazo.

FEDER trabaja por un mundo en el que las personas que padecen una enfermedad poco frecuentes tengan las mismas oportunidades en la vida que el resto de la sociedad, sin importar la rareza de su enfermedad. FEDER es la voz de las familias, representando sus derechos y defendiendo su voz.

En este contexto, FEDER solicita la **elaboración de un informe jurídico** en materia de “**inclusión laboral de las personas con discapacidad**”.

Para contribuir a la elaboración de dicho informe, los alumnos deben:

1. Analizar cómo está recogida la inclusión laboral de las personas con discapacidad en la legislación nacional y autonómica así como a nivel europeo y de qué forma vincula a España.

2. Elaborar una conclusión constructiva y argumentada sobre las posibles carencias o deficiencias de la legislación vigente en esta materia, con una propuesta de cómo podría subsanarse.

El análisis realizado por los alumnos contribuirá a **abrir una nueva línea de apoyo desde FEDER para las personas con discapacidad.**

**J) Respuesta a la consulta:**

La respuesta a la consulta se encuentra redactada en el **Anexo I** del presente documento.

Como parte integrante del presente documento, los que suscriben hemos considerado importante la inclusión de los siguientes anexos:

- ✓ **Anexo II:** “Valoración de las situaciones de minusvalía e incapacidad”.
- ✓ **Anexo III:** “Modalidades de empleo”
- ✓ **Anexo IV:** “Protección económica de la discapacidad por incapacidad temporal y por incapacidad permanente”

**K) Conclusiones:** (breve resumen de los principales aspectos que debe tener en cuenta el beneficiario de la Fundación Fernando Pombo, en relación con la consulta formulada).

Las conclusiones del presente documento se encuentran en el **Anexo I**. No obstante, expresamos los títulos a continuación:

- 1.- Obligación de los tres poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva en la inserción laboral de las personas con discapacidad.**
- 2.- Cumplimiento de la cuota de reserva.**
- 3.- Insuficiente creación de empleo para las personas con discapacidad.**
- 4.- Baja actividad entre los discapacitados.**

**5.- Éxito de los centros especiales de empleo.**

**6.- La insuficiente calidad del empleo de las personas con discapacidad.**

**7.- Barreras legales.**

**L) Bibliografía y webgrafía empleada:**

Para la realización del presente dictamen se ha utilizado la siguiente bibliografía, así como información recogida de las siguientes páginas web;

**Bibliografía**

- ✓ Álvarez Vélez, M.I. (2010) "Lecciones de Derecho Constitucional". Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia
- ✓ Ministerio de Trabajo e Inmigración (Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones) y Ministerio de Sanidad y Política Social (Subdirección General de Recursos y Publicaciones). *"Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad, 2008-2012"*. Madrid (2008).
- ✓ Instituto Nacional de Estadística. *"El empleo de las personas con Discapacidad. Explotación de la Encuesta de Población Activa y de la Base Estatal de Personas con discapacidad"* (2012)

**Webgrafía**

- ✓ Aranzadi (2014). Principal. Recuperado el 22 de julio de 2014 de [www.aranzadi.es](http://www.aranzadi.es)
- ✓ Congreso de los diputados (2014). Principal. Recuperado el 22 de julio de 2014 de [www.congreso.es](http://www.congreso.es)
- ✓ Consejo General del Poder Judicial (2014). Principal. Recuperado el 22 de julio de 2014 de [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)
- ✓ Fundación Fernando Pombo (2014). Recuperado el 22 de julio de 2014 de [www.fundacionpombo.org](http://www.fundacionpombo.org)
- ✓ Federación Española de Enfermedades Raras, FEDER. (2014). Recuperado el 22 de julio de 2014 de [www.enfermedades-raras.org](http://www.enfermedades-raras.org)
- ✓ Google, Inc. (2014). Principal. Recuperado el 22 de julio de 2014 de [www.google.es](http://www.google.es)

- ✓ Instituto Nacional de Estadística (2014). Recuperado el 22 de julio de 2014 de [www.ine.es](http://www.ine.es)
- ✓ Ministerio de Justicia (2014). Principal. Recuperado el 22 de julio de 2014 de [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)
- ✓ Tesorería General de la Seguridad Social. (2014). Recuperado el 22 de julio de 2014 de [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)
- ✓ Universidad Internacional de La Rioja (2014). Principal. Recuperado el 22 de julio de 2014 de [www.unir.net](http://www.unir.net)

## A N E X O I

### DICTAMEN JURÍDICO

#### **“INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”**

**Análisis de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en la legislación nacional y autonómica así como a nivel europeo. Vinculación de la legislación europea con el Reino de España.**

#### **Legislación Nacional**

A la hora de abordar la inclusión laboral de las personas con discapacidad en la legislación española, resulta imprescindible hacer una primera referencia a la cúspide de la pirámide de nuestra legislación. Así, la Constitución Española (CE, en adelante), establece en su artículo 1.1 que la igualdad es uno de los valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, del Estado Social y Democrático de Derecho que los españoles hemos ido construyendo. De modo más concreto, es el artículo 49 de la Carta Magna el que impone a los poderes públicos la obligación de realizar una política de integración social que permita a las personas discapacitadas disfrutar de modo pleno de los derechos fundamentales y, de modo concreto, los derechos laborales del artículo 35.1 del citado texto, y que son: el deber de trabajar, el derecho al trabajo, la libre elección de profesión, la promoción en el trabajo y la remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia.

Para finalizar el análisis que realiza el texto constitucional, haremos referencia al contenido de dos artículos fundamentales: el primero, el artículo 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones *“para que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas, así como 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”*; y el segundo, el artículo 14, que reconoce la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, *“sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Analizado el contenido de la CE que afecta de modo directo al tema que estamos abordando, llega el momento de analizar los diferentes textos legales que dan o pretender dar cuerpo a los preceptos contenidos en la Carta Magna.

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

Sin duda, esta Convención supuso un cambio definitivo en el enfoque de las políticas sobre discapacidad que superó la perspectiva asistencial de la discapacidad para pasar a abordar una fundamentada en los derechos humanos. El mayor logro de esta Convención es que se pasa a considerar a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos, no como objetos de tratamiento y protección social.

La ley establece como principios generales: el respeto a la dignidad inherente a la persona, el respeto a la autonomía individual, el principio de independencia de cada ser humano, principio de no discriminación, de participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, principio de igualdad de oportunidades y respeto por la diferencia y aceptación de las personas con discapacidad.

La proclamación de estos principios, supuso la reforma de un buen número de textos legales en España, concretamente 19, entre los que destacan en materia de inclusión laboral de personas con discapacidad los siguientes: la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Resulta necesario, antes de continuar, observar quienes considera la ley que son personas con discapacidad. Así, el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad establece que: "*Son personas con discapacidad aquellas que presenten 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 los demás*".

La modificación más relevante realizada por la Ley 26/2011, es la modificación que lleva a cabo del artículo 59.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Con la mencionada modificación, se impone que en las ofertas de empleo público deberá reservarse un cupo no inferior al 7% de las vacantes para que puedan ser cubiertas por personas con discapacidad, estableciendo como condiciones las siguientes: que superen los procesos selectivos y que acrediten

su discapacidad y compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que pueda llegar a alcanzarse el 2% de los efectivos totales en cada Administración Pública.

Respecto al modo en que deberá realizarse esta reserva del mínimo del 7%, la Ley de modo literal establece que: *“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”*.

Otra de las Leyes que se modifican, y a la cual se añade un nuevo artículo 70 bis, es la 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En ella se establece que los órganos de contratación deberán ponderar, que los licitadores cumplan lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, fundamentalmente en lo referido a la obligación de contar con un 2% de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas que correspondan. Esta exigencia trae como consecuencia que los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden incorporar, en la cláusula relativa a la documentación, la obligación de los licitadores *“certificado de empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma o, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas”*.

Observamos cómo la Ley 26/2011 impone obligaciones claras a los poderes públicos para la inclusión laboral de las personas con discapacidad, tanto en la reserva de puestos de trabajo, siempre que se superen los procesos selectivos, como en la adjudicación de diferentes contratos a empresas que vayan a trabajar para la Administración Pública, estableciendo criterios preferenciales para aquellas que cuenten en su plantilla al menos con un 2% de empleados con discapacidad. Baste decir que, con esta Ley, se reformaron 17 leyes más con el objetivo único de favorecer la igualdad de condiciones de las personas con discapacidad.

**Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.**

Esta importante Ley parte, en su preámbulo, del reconocimiento de que existen variados impedimentos que privan a las personas con discapacidad del pleno ejercicio de sus derechos y, a la vez, reconoce que esos obstáculos se materializan en una exclusión social de las personas

discapacitadas, que resulta intolerable por parte de los poderes públicos y que debe ser abordada de modo inexcusable por ellos.

Empezábamos este punto del dictamen haciendo referencia a la CE, a los artículos de la misma referidos a la inclusión social, laboral y al derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad. Bien, esta ley pretende dar respuesta a esas exigencias constitucionales, pretendiendo, por un lado, garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas; y, por otro, pretende el establecimiento de un régimen de sanciones e infracciones que garanticen las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Así se refunden, regularizan y armonizan tres leyes por mandato de la Ley 26/2011. Estas son: la Ley 13/1992, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, que fue la primera ley aprobada en España para regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que supuso un impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad centrándose en la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal; y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establecía el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad.

Por otro lado, aunque no es objeto de refundición, resulta necesario destacar 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 sordo-ciegas, que reconoce el derecho de libre opción de estas personas al aprendizaje, conocimiento y uso de las lenguas de signos, así como a los diferentes medios de apoyo a la comunicación oral, lo que sin duda constituye un factor esencial para su inclusión social.

Al abordar el estudio del Texto Refundido de la Ley General de Personas con Discapacidad, en lo que se refiere a la inclusión laboral de personas con discapacidad, resulta fundamental hacer referencia a una serie de definiciones que establece esta Ley y que consideramos importantes. Concretamente, nos referimos a lo que la ley entiende por discriminación en su artículo 2, diferenciando entre:

- ✓ Discriminación directa, que en función de lo establecido en el artículo 2.c) “*es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad*”.
- ✓ Discriminación indirecta, sobre la cual el artículo 2.d) establece que, “*existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios*”.
- ✓ Y, finalmente, qué debemos entender por discriminación por asociación, definida en el artículo 2.d), el cual asevera que ésta “*existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad*”.

Este Texto Refundido, en su artículo 4.1 y 2, contempla quiénes son los titulares de derechos, estableciendo en su punto primero, qué personas con discapacidad son 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*”. En su punto segundo, el artículo cuatro, entiende que, a todos los efectos tendrán consideración de personas con discapacidad: “*... aquellas a las que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*”.

Hechas estas definiciones, las cuales consideramos importantes para identificar los destinatarios de la ley, así como qué tipos de discriminación pueden llevarse a cabo, pasamos a realizar un análisis del contenido del Capítulo VI, del Título I del Texto Refundido, relativo al derecho del trabajo. Así el artículo 35, que es el que recoge todas las definiciones anteriormente vistas, en su punto 1º se recoge con rotundidad que: “*Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación*”. Por su parte,

los puntos 3º y 4º recogen cuándo estaremos ante una discriminación directa o indirecta. Estableciendo también que en todo caso se entenderá como un acto discriminatorio el acoso o la discriminación de personas por razón de su discapacidad.

Exige este Texto Refundido igualdad de trato en su artículo 36, entendiendo que: "*Se entiende por igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo o por razón de discapacidad, en el empleo, en la formación y la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo*".

En el ámbito del empleo, las personas con discapacidad, según establece el artículo 37 del Texto Refundido, pueden ejercer su derecho al trabajo a través de diferentes tipos de empleo, recogidos en el punto segundo del artículo y que son los siguientes:

- ✓ **Empleo ordinario**, en las empresas y en administraciones públicas, incluidos los servicios de empleo con apoyo.

Tal y como decíamos anteriormente, las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores estarán obligados a que, de entre ellos, al menos el 2% sean trabajadores con discapacidad. De modo excepcional, las empresas referidas podrán quedar exentas de esta obligación de contratación del 2% de trabajadores con discapacidad, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.2 y 3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen medidas alternativas establecidas reglamentariamente.

Reiteramos que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia.

- ✓ **Empleo protegido**, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales.

Así, el artículo 43.1 establece que: "*Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas en el régimen de empleo ordinario*".

*Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente”.*

Estos centros, deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias. Destacar que el artículo 43.2, establece lo que debe entenderse por servicios de ajuste personal y social, que son aquellos que permiten ayudar a superar barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad en centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. La plantilla de los centros especiales de empleo se constituirá por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70% de aquélla. La relación laboral de los trabajadores con discapacidad en los centros especiales de empleo es de carácter especial, tal y como se recoge en el artículo 2.1.g) del Estatuto de los Trabajadores, y se rige por su normativa específica.

Regula el artículo 44, que las administraciones públicas podrán establecer compensaciones económicas destinadas a los centros para ayudar a la viabilidad de los mismos.

Finalmente, el artículo 46 recoge que para facilitar la transición al empleo considerado ordinario de las personas con discapacidad, se podrán constituir enclaves, cuyas características y condiciones se establecerán reglamentariamente.

- ✓ **Empleo autónomo:** Regulado en el artículo 47, se entiende como aquel que nace de las políticas de fomento del trabajo autónomo de personas con discapacidad que lleven a cabo los poderes públicos. Dirigidas las mencionadas políticas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia o a través de entidades de la economía social.

En el artículo 38.2 se establece que, a efectos de aplicación de los beneficios que la ley y sus normas de desarrollo reconozcan tanto a los trabajadores con discapacidad como a las empresas que los empleen, se confeccionará, por parte de los servicios públicos de empleo y con el consentimiento previo de dichos trabajadores, un registro de trabajadores con discapacidad mediante el establecimiento de ayudas que facilite su inclusión laboral.

Este Real Decreto fue modificado por el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modificó a su vez, el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. El objeto de esta modificación estribó en que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, en su disposición adicional octava, estableció que *"las referencias que en los textos normativos se efectúen a minusválidos y a las personas con minusvalía, se entenderán realizadas a personas con discapacidad"*.

La última actualización llevada a cabo en este Real Decreto se produjo en fecha 4 de diciembre de 2013<sup>56</sup>, realizándose nuevas actualizaciones terminológicas.

En lo que se refiere al procedimiento que ha de seguirse para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, del estudio del Real Decreto anunciado podemos concluir que es el siguiente:

1. Que, según lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto objeto de estudio, las situaciones de discapacidad se califican en grados según el alcance de las mismas.
2. Que esa calificación de grado responde siempre a criterios técnicos unificados que se fijan por los baremos descritos en este Real Decreto. Estos baremos tendrán en cuenta, tanto las discapacidades que presenta la propia persona, como los factores sociales complementarios, entendiendo por tales, el entorno familiar, la situación laboral, la educativa y la cultural, en definitiva, todos aquellos que dificulten la integración social, según lo establecido en el artículo 4. Asimismo, el grado de discapacidad se expresa siempre en porcentaje.
3. La valoración de las limitaciones de actividad y de factores sociales se encuentra regulada en el artículo 5.

Por lo que se refiere a la valoración de las limitaciones en la actividad, así como la valoración de los factores sociales, se lleva a cabo aplicando los citados baremos recogidos en el Real Decreto. Para determinar el grado de discapacidad, el porcentaje obtenido de la valoración de las limitaciones en la actividad, se modificará, si resulta pertinente, con la adición de la puntuación que se obtenga en el baremo de factores sociales complementarios, sin que esta pueda sobrepasar los 15 puntos. El porcentaje mínimo de la valoración de las limitaciones de actividad no puede ser inferior al 25%.

---

<sup>56</sup> [http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Normativa/097360](http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/097360)

Se regula también en este artículo 5, cómo deberán evaluarse situaciones específicas de discapacidad. Fundamentalmente aquellas relativas a la necesidad de concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida y el sistema de prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad que deban ser beneficiarias del subsidio de compensación por gastos de transporte. Estas dos situaciones especiales se evaluarán del siguiente modo:

- a) La determinación del concurso de tercera persona por el órgano técnico competente estará sujeta a la aplicación del baremo recogido en el artículo 27.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Se entiende necesaria la concurrencia de tercera persona si de la aplicación del baremo se obtiene una puntuación que dé lugar a cualquiera de los grados de dependencia establecidos en la mencionada ley.
- b) Para determinar si existen dificultades de movilidad para utilizar transportes colectivos, deberá existir una relación entre el grado de discapacidad y las mencionadas dificultades, que también se fijará por la aplicación de un baremo contenido en el Real Decreto. Se considerará que tal dificultad existe siempre que el beneficiario se encuentre en las situaciones descritas en el anexo que figura en el Real Decreto o, no esténdolo, cuando obtenga como mínimo 7 puntos por encontrarse en las situaciones recogidas en el citado baremo

Se crea una Comisión Estatal compuesta por representantes del Ministerio de Sanidad y Política Social y de las Comunidades Autónomas para garantizar la uniformidad en los criterios de aplicación de los baremos en todo el territorio Español. También formará parte de esta Comisión, un representante de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

4. Según el artículo 6, los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas tendrán las siguientes competencias en materia de calificación de grado de las limitaciones en la actividad y discapacidad:
  - a) Reconocimiento de grado de discapacidad.

- b) Reconocimiento de la necesidad de concurso de tercera persona para realización de actos esenciales de la vida diaria así como la dificultad de utilizar transportes colectivos.
  - c) Otras funciones relativas al diagnóstico, valoración y orientación de situaciones de discapacidad atribuidas por la legislación estatal o autonómica.
5. El artículo 8 del Real Decreto hace referencia a los dictámenes técnico-facultativos para el reconocimiento de grado, que serán emitidos por los órganos competentes de cada Comunidad Autónoma y por los equipos de valoración y orientación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, en su ámbito competencial. De estos órganos y equipos de valoración deberán formar parte como mínimo: un médico, un psicólogo y un trabajador social. Sus funciones:
- a) Efectuar la valoración de situaciones de discapacidad y determinar su grado, así como la revisión de éste por agravación, mejora o error, y determinar la necesidad de concurso de otra persona y las dificultades de utilización de transporte público.
  - b) Determinar el plazo a partir del que se puede instar la revisión del grado de discapacidad.
  - c) Otras funciones atribuidas legal o reglamentariamente para establecer prestaciones y servicios determinados.
6. Finalmente, el artículo 9 se refiere a la valoración de situaciones de discapacidad y a la calificación de su grado. En el que se establece que los órganos técnicos también podrán recabar informes de otros organismos médicos, psicológicos o sociales para formular sus dictámenes. El órgano técnico emite propuesta de dictamen que deberá incluir: diagnóstico, tipo y grado de discapacidad, así como las puntuaciones de los baremos para determinar concurso de tercera persona y existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos.
7. El órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma a quien se le hubiera transferido la competencia dictará resolución expresa sobre el reconocimiento de grado, así como de la puntuación obtenida en los baremos, para las dos situaciones especiales que venimos mencionando. El grado de reconocimiento de discapacidad se entiende producido desde la

fecha de solicitud. Si hubiese lugar a una revisión, en esta resolución deberá reflejarse la fecha en que ésta habrá de producirse, según dispone el artículo 10 del Real Decreto.

8. Finalmente, tal y como dispone el artículo 11, el grado de discapacidad podrá ser objeto de revisión siempre que se prevea una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento, fijándose el plazo en que debe efectuarse esa revisión. Este artículo establece que no puede instarse la revisión de grado por agravamiento o mejoría hasta que no transcurra un plazo mínimo de 2 años desde que se dictó la resolución, salvo que se acredite error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento, en cuyo caso, no será necesario agotar el plazo mínimo.

## Legislación Autonómica

El marco legal que impulsa el desarrollo del empleo para personas con discapacidad en el ámbito de las Comunidades Autónomas españolas utiliza similares instrumentos que la Administración General del Estado: leyes específicas, planes de empleabilidad, resoluciones *ad hoc*, decretos, programas operativos y planes estratégicos. En las siguientes páginas, hemos intentado aportar al presente dictamen una relación exhaustiva y mínimamente comentada de todos estos instrumentos legales.

### **ANDALUCIA:**

#### **Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía.**

- El Título IV “De la integración laboral” (artículos de 19 al 27). En el presente Título se trata la necesidad de adecuar la Formación Profesional Ocupacional a las necesidades de las personas discapacitadas. Asimismo, se pretende incentivar las medidas de fomento de empleo en el mercado ordinario de trabajo, sobre todo las que significan una primera inserción laboral. En lo referido a la acceso a la Función Pública, se reserva un cupo no inferior al 3% del conjunto de las plazas vacantes de las ofertas de empleo público para las personas con discapacidad, con objeto de que progresivamente se alcance el 2% de los efectivos reales de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades locales.
- Título V “De los servicios sociales a las personas con discapacidad” (artículos 28 al 43). El presente Título, referente a los servicios sociales, hace alusión a los diferentes niveles de atención que este sistema presta a las personas con discapacidad, los servicios sociales comunitarios y los servicios sociales especializados, integrando en éstos la red de centros extendida por toda Andalucía y regulando expresamente los derechos y deberes de sus usuarios. La Administración de la Junta de Andalucía queda comprometida, entre otras, a impulsar la creación de entidades tutelares, así como a promover programas sociales hacia personas con minusvalía psíquica. En materia de protección económica se configuran las prestaciones de derecho no periódicas del carácter individual que cubren necesidades específicas a las personas con discapacidad.

**Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía 2007-2013 («B.O.J.A.» 10 enero 2008).**

El plan se creó con una vocación integradora e integral y con el objetivo de regular las acciones dirigidas a corregir la desigualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y de posibilitar su integración laboral. Para dar cumplimiento a ese objetivo, el Plan contempla una estructura programática compuesta por 6 áreas de actuación (Área 1: Coordinación, movilización y participación de los agentes.; Área 2: Acceso y permanencia en el empleo; Área 3: Apoyo a la iniciativa empresarial; Área 4: Adecuación del entorno laboral; Área 5: Educación; Área 6: Apoyo específico), 35 objetivos operativos y 131 medidas.

El presupuesto total para cada una de las áreas y para los 7 años es de 414.413.913 euros

La legislación aplicable al Plan:

- Decreto 322/2009, de 1 de septiembre, por el que se crea la Comisión Permanente de Seguimiento del Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía 2007-2013.
- DECRETO 30/2006, de 7 de febrero, por el que se acuerda la elaboración del Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía;
- ACUERDO de 20 de noviembre de 2007, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía 2007-2013.

## **ARAGÓN:**

**Resolución de 12 de mayo de 2010, de la Dirección Gerencia del Instituto Aragonés de Empleo, por la que, con carácter transitorio, se amplía el importe de las ayudas para subvencionar el coste salarial correspondiente a puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.**

El objeto de esta resolución es conceder a los Centros especiales de empleo las correspondientes subvenciones, dentro del programa de integración laboral de personas con discapacidad en centros especiales de empleo, regulado por Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 16 de octubre de 1998, y modificado transitoriamente a través del artículo 8 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre de 2009, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

**Decreto 85/2014, de 27 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban medidas destinadas a fomentar la contratación de las personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo (BOA de 5 de junio de 2014).**

El presente decreto se estructura en cuatro Capítulos; cinco disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

El Capítulo I determina el objeto de la norma, la financiación de las subvenciones recogidas en la misma.

El Capítulo II regula un conjunto de medidas para el fomento de la contratación y de la estabilidad en el empleo de las personas con discapacidad.

El Capítulo III aborda la regulación del procedimiento de concesión de las subvenciones, estructurándose a su vez en dos secciones.

Por último, el Capítulo IV contiene un conjunto de disposiciones relativas a las obligaciones de los beneficiarios, a las acciones de seguimiento y control de las subvenciones otorgadas y al régimen de las posibles incompatibilidades de las mismas.

## **ASTURIAS:**

La Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (COCEMFE) de Asturias reclama a los ministerios de Empleo, Sanidad y de Servicios Sociales e Igualdad el diseño de un Plan Integral de Empleabilidad para las personas con Discapacidad.

Actualmente, cuentan con determinadas resoluciones que regulan las subvenciones destinadas a la inserción laboral de los discapacitados, tales como:

**Resolución de 19 de octubre de 2006 (BOPA 9/11/2006) del Servicio Público de Empleo, de aprobación de bases reguladoras de concesión de subvenciones a la contratación indefinida y adaptación del puesto de trabajo de trabajadores discapacitados. (BASES).**

Las presentes bases tienen por objeto regular la concesión de las siguientes subvenciones:

### **Subvenciones a la contratación**

Tienen por objeto subvencionar la contratación indefinida de personas desempleadas con discapacidad o la transformación en indefinidos de contratos temporales de fomento de empleo para personas con discapacidad.

### **Subvenciones a la adaptación de puestos de trabajo**

Tienen por objeto subvencionar la adaptación de puestos de trabajo, eliminación de barreras o dotación de medios de protección personal de los trabajadores discapacitados que hubieran sido contratados.

La cuantía de ambas subvenciones se determinará cada año en la Convocatoria de concesión de dichas subvenciones. En todo caso, cuando el contrato se concierte a tiempo parcial, la subvención se reducirá en proporción a la jornada.

**Resolución de 25 de septiembre de 2007 (BOPA 16/10/2007) del Servicio Público de Empleo, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a los promotores de empleo con apoyo. (BASES)**

Se entiende por empleo con apoyo el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que

tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral, en empresas del mercado ordinario de trabajo y en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes.

**Resolución del Servicio Público de Empleo, de 26 de Agosto de 2013, donde se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a la inserción laboral de las personas con discapacidad en los centros especiales de empleo del Principado de Asturias.**

El objeto de las presentes Bases es regular la concesión de subvenciones a la inserción laboral de las personas con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo del Principado de Asturias.

Podrán ser beneficiarios de estas subvenciones los empleadores calificados y registrados como Centros Especiales de Empleo para su plantilla de personas con discapacidad de los centros de trabajo radicados en Asturias.

Con respecto a la cuantía de las subvenciones, por cada contrato laboral, con independencia del tipo del mismo (indefinido o temporal, a tiempo completo o parcial), se devenga mensualmente una subvención de hasta el 50% del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, tomado éste en cómputo mensual. Con el mismo límite del 50% del salario mínimo interprofesional, serán subvencionables igualmente dos extras anuales, coincidiendo con los meses de junio y diciembre para cuyo cálculo se tomara como referencia los días que previamente se hayan subvencionado a cada trabajador con discapacidad de Centros Especiales de Empleo durante el período de tiempo en que genere dicha extra.

En caso de incapacidad temporal por contingencias comunes, serán subvencionables hasta los 15 primeros días de baja, siempre y cuando dichos días sean abonados por el Centro Especial de Empleo, y en una cantidad igual o superior a la establecida como salario base.

**BALEARES**

**Orden de 22 agosto 2002, modifica la Orden del Consejero de Trabajo y Formación de 20-3-2002 (LIB 2002\124), por las que se establecen y regulan ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo.**

Con el objetivo de que los Centros Especiales de Empleo creen puestos de trabajo estables para discapacitados, la Orden del Consejero de Trabajo y Formación de 20 de marzo de 2002 que regula

dicho tipo de subvenciones tiene prevista la concesión de ayudas que oscilan entre los 9.015,18 y los 12.020,24 euros.

Esta orden de modificación va dirigida a reforzar la estabilidad en el empleo de los trabajadores discapacitados contratados, y establece expresamente que los Centros Especiales de Empleo beneficiarios de las ayudas, tienen la obligación de “mantener durante un período mínimo de tres años a los trabajadores discapacitados que contraten indefinidamente”.

### **CANARIAS:**

#### **Orden de 2 de junio de 2004 (BOC nº 113, de 14.06.2004)**

Por la que se revoca la delegación de la resolución del procedimiento de concesión de subvenciones institucionales en materia de inmigración, efectuada a favor del titular de la Dirección General de Servicios Sociales, y se delega dicha competencia en el titular de la Viceconsejería de Asuntos Sociales e Inmigración.

#### **Orden de 10 de febrero de 2005**

Por la que se efectúa la convocatoria de la concesión de ayudas y subvenciones, en el área de servicios sociales, para el año 2005, se fija el plazo de presentación de solicitudes, aplicación presupuestaria e importe de la misma.

#### **Orden de 16 de abril de 2003 ( BOC nº 87, de 8.5.2003)**

Por la que se establecen las bases generales y específicas para la concesión de ayudas y subvenciones en el área de servicios sociales, de vigencia indefinida y se efectúa su convocatoria para el año 2003

#### **Decreto 227/1997, de 18 de septiembre**

Por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 8/1995, de 6 de abril, de accesibilidad y supresión de barreras físicas y de la comunicación (B.O.C. 150, de 21.11.97)

#### **Orden de 5 de octubre de 1998**

De la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales, por la que se regula el otorgamiento y utilización del Símbolo Internacional de Accesibilidad (B.O.C. 140, de 6.11.98)

**Decreto 148/2001, de 9 de julio**

Por el que se modifica el Decreto 227/1997, de 18 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley 8/1995, de 6 de abril, de accesibilidad y supresión de barreras físicas y de la comunicación. (B.O.C. 88, de 18.07.2001)

**Decreto 159/1997, de 11 de julio**

Transferencias de competencias de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias a los Cabildos Insulares en materia de prestación de servicios especializados en cuestiones de prevención ( B.O C 110, de 22.8.1997)

**Decreto 287/1997, de 10 de diciembre**

Por el que se establecen los criterios de distribución de las dotaciones presupuestarias destinadas a cofinanciar las Prestaciones Básicas de Servicios Sociales a gestionar por los Ayuntamientos de Canarias.

**Decreto 113/1988, de 8 de julio**

Se regulan los Centros Ocupacionales para Discapacitados (B.O.C. 93, de 22.7.1988)

**Decreto 160/1997, de 11 de julio**

Por el que se delegan competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias a los Cabildos Insulares en materia de gestión de Centros de Atención a Discapacitados y Tercera Edad de titularidad de la Comunidad Autónoma de Canarias y de administración de fondos públicos para la subvención de Servicios Sociales Especializados de cualquier otra titularidad ( B.O C 110, de 22.8.1997)

**Ley 9/1987, de 28 de abril**

Servicios Sociales (B.O.C. 56, de 4.5.1987)

**Decreto 5/1995, de 27 de enero**

Sobre composición, organización y funcionamiento del Consejo General de Servicios Sociales de Canarias ( B O C .23, de 22.2.95)

**Ley 1/1993, de 26 de marzo**

De creación y regulación de la Escuela de Servicios Sanitarios y Sociales de Canarias (B.O.C. 41, de 2.4.93)

**Decreto 5/1994, de 14 de enero**

Por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Escuela de Servicios Sanitarios y Sociales de Canarias (B.O.C. 15, de 4.2.94)

**Orden de 16 de enero de 1997**

Por la que se regula el reconocimiento de oficialidad de los cursos que en materia de sanidad y asuntos sociales se celebren en la Comunidad Autónoma de Canarias.

**Orden de 5 de marzo de 2003**

Por la que se aprueban las bases y se efectúa convocatoria para la concesión de subvenciones, para el año 2003, destinadas a programas de accesibilidad y supresión de barreras físicas y de la comunicación

**Orden de 3 de abril de 2003**

Por la que se modifica la Orden de 5 de marzo de 2003, que aprueba las bases y efectúa convocatoria para la concesión de subvenciones destinadas a programas de accesibilidad y supresión de barreras físicas y de la comunicación, para el año 2003.

**Orden de 14 de febrero de 2005**

Por la que se aprueban las bases que han de regir en la concesión de subvenciones, destinadas a programas de accesibilidad y supresión de barreras físicas y de la comunicación y se efectúa convocatoria, para el 2005.

**Programa Socio Sanitario de Atención a la Discapacidad de Canarias**

Acuerdo de Gobierno de 29 de julio de 2004.

**Ley 3/1996, de 11 de julio**

De participación de las personas mayores y de la solidaridad entre generaciones.

**Decreto 63/1986 de 4 de abril**

Por el que se constituye y regula el Registro Regional de Entidades Colaboradoras en la prestación de Servicios Sociales

**Decreto 164/1994, de 29 de julio**

Por el que se adaptan los procedimientos administrativos de la Comunidad Autónoma a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.C. 102, 19.8.94; c.e. B.O.C. 125, de 12.10.94)

**Orden de 9 de abril de 2007 (BOC Nº 80, de 23.04.2007)**

Por la que se efectúa la convocatoria para la concesión de subvenciones en las áreas de personas mayores, con discapacidad, voluntariado y promoción de la inclusión social, para el año 2007.

**Decreto 337/1997, de 19 de diciembre (BOC Nº 170, de 31.12.1997)**

Por el que se establece el régimen general de ayudas y subvenciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

**Decreto 174/1998, de 8 de octubre (BOC Nº 132, de 19.10.1998)**

Por el que se modifica el Decreto 337/1997, de 19 de diciembre, por el que se establece el régimen general de ayudas y subvenciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias

**Decreto 103/2000, de 12 de junio (BOC Nº 77, de 23.6.2000)**

Por el que se modifica parcialmente el Decreto 337/1997, de 19 de diciembre, por el que se establece el régimen general de ayudas y subvenciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

**Decreto 12/2000, de 31 de enero, por el que se adaptan los procedimientos de concesión de subvenciones por el Instituto Canario de Formación y Empleo, para el desarrollo de programas de economía social, de integración laboral de minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo, y de promoción del empleo autónomo.**

Este Decreto del Gobierno Canario es posiblemente la legislación más importante en relación a la integración laboral de las personas discapacitadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias. Mediante el Real Decreto 250/1985, de 23 de enero, se traspasaron a esta Comunidad Autónoma las funciones y servicios del Estado en materia de la extinta Unidad Administradora del Fondo Nacional de Protección al Trabajo y, entre ellas, la gestión de cualesquiera de los distintos tipos de ayudas, subvenciones y préstamos que venía realizando la Unidad Administradora del Fondo Nacional de Protección al Trabajo, respecto a aquellas materias que hubieran sido objeto del correspondiente Real Decreto de transferencias, en lo que concierne al ámbito territorial de la propia Comunidad y, específicamente, las referidas al apoyo al empleo en cooperativas, sociedades laborales y trabajo autónomo e integración laboral del discapacitado.

Con este decreto se produce la adaptación definitiva de la legislación nacional en esta materia a la de la Comunidad Autónoma Canaria y a sus instituciones específicas. Sobre todo debemos destacar la adaptación de los desarrollos de los programas de economía social, de integración laboral de personas discapacitadas en os Centros Especiales de Empleo y de promoción del empleo autónomo.

**Resolución de 18 de junio de 2014, de la Presidenta, por la que se aprueba la convocatoria de concesión de subvenciones para la puesta en práctica de Programas Experimentales en materia de empleo.**

Esta Resolución tiene por objeto aprobar la convocatoria de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva para la puesta en práctica de Programas Experimentales en materia de empleo, en el ámbito exclusivo de gestión del Servicio Canario de Empleo.

**CANTABRIA:**

**Orden HAC/32/2011, de 22 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para el año 2012 de subvenciones del programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.**

En esta norma se establecen las normas base para la concesión de ayudas y subvenciones directas a programas de empleo con apoyo para la integración laboral en mercado ordinario de personas discapacitadas.

**Decreto 27/2008, de 13 de marzo, por el que se regula el procedimiento de concesión directa de subvenciones destinadas a facilitar la integración laboral de discapacitados en Centros Especiales de Empleo.**

Este Decreto tiene por objeto regular el procedimiento de concesión directa de subvenciones destinadas a fomentar la integración laboral de discapacitados en Centros Especiales de Empleo de Cantabria.

Las actuaciones subvencionables consistirán en proyectos generadores de empleo para trabajadores discapacitados, bien mediante la contratación indefinida de desempleados por los Centros Especiales de Empleo de nueva creación, bien mediante la contratación indefinida o transformación de contratos temporales en indefinidos en el caso de Centros ya en funcionamiento.

Las modalidades de subvención son:

- Asistencia técnica, que podrá ser solicitada a instancia de parte. Estudios de viabilidad, organización, comercialización, diagnosis y otros de naturaleza análoga; auditorías e informes económicos; asesoramiento en las diversas áreas de gestión empresarial.
- Inversión fija en proyectos de interés social. La aportación del beneficiario a la financiación de la inversión debe ser como mínimo del 25 por ciento, de forma que únicamente se subvencionará hasta el 75 por ciento de la inversión, debiendo justificarse, no obstante, la inversión en su totalidad.
- Subvención parcial de intereses de los préstamos que obtengan de entidades de crédito, públicas o privadas.

**Decreto 33/2008, de 3 de abril, por el que se regula el procedimiento de concesión directa de subvenciones destinada al fomento del empleo de las personas con discapacidad.**

Este Decreto tiene por objeto regular el procedimiento de concesión directa de subvenciones destinadas al fomento del empleo de las personas con discapacidad, destinadas a incentivar, en la Comunidad Autónoma de Cantabria, la integración laboral de las personas con discapacidad mediante la contratación indefinida por cuenta ajena de desempleados, fomentar la estabilidad en el empleo, estimulando la transformación de contratos temporales en indefinidos, así como facilitar el tránsito desde el empleo protegido al empleo ordinario mediante los enclaves laborales, a través de los siguientes programas de ayudas:

- Programa I.- Ayudas para la contratación indefinida y transformación de contratos de trabajadores con discapacidad.
- Programa II.- Ayudas para la adaptación a puestos de trabajo de trabajadores con discapacidad.
- Programa III.- Ayudas para el tránsito del empleo protegido al mercado de trabajo ordinario (Enclaves Laborales)

**Orden HAC/33/2011, de 22 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para el año 2012 de subvenciones destinadas a financiar los costes laborales y de Seguridad Social derivados de la contratación indefinida de trabajadoras y trabajadores de las unidades de apoyo a la actividad profesional en los centros especiales de empleo.**

Esta orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras y aprobar la convocatoria para el año 2012 de subvenciones destinadas a financiar costes laborales y de Seguridad Social derivados de la contratación indefinida de personas trabajadoras de las unidades de apoyo a la actividad profesional en los centros especiales de empleo, reguladas en el Real Decreto 469/2006, de 21 de abril.

Las unidades de apoyo a la actividad profesional en los centros especiales de empleo deberán estar ubicadas en la Comunidad Autónoma de Cantabria y desarrollar las funciones descritas para las mismas en esta orden.

Las ayudas contempladas en la presente orden se extenderán a todas las acciones subvencionables realizadas desde el 1 de septiembre de 2011 hasta el 31 de agosto de 2012.

**Decreto 149/2007, de 15 de noviembre, por el que se regula el otorgamiento de una subvención a Centros Especiales de Empleo a través del procedimiento de concesión directa.**

Es objeto de este Decreto regular la concesión de una subvención a los Centros Especiales de Empleo relacionados en su artículo tres, que permita la subvención parcial de los costes salariales correspondientes a los puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad, por un importe del 50 por 100 del salario mínimo interprofesional, correspondiente a las mensualidades de octubre y noviembre de 2007, mensualidades no comprendidas en el ámbito de aplicación de la convocatoria regulada en la Orden IND/34/2007, de 6 de junio, por la que establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria de subvención destinadas a facilitar la integración laboral de discapacitados en Centros Especiales de Empleo.

**Orden HAC/10/2014, de 6 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para el año 2014 de subvenciones destinadas a incentivar la estabilidad en el empleo y la contratación indefinida de personas en situación de desempleo en la Comunidad Autónoma de Cantabria.**

Esta Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras y aprobar la convocatoria de subvenciones destinadas a fomentar la contratación indefinida, a través de los siguientes programas:

- Programa I: Fomento de la contratación indefinida por pequeñas y medianas empresas y entidades privadas sin ánimo de lucro.
- Programa II: Fomento de la contratación indefinida a través de la conversión de contratos de duración determinada o temporales en indefinidos.

**Orden HAC/13/2014, de 20 de marzo de 2014, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para el año 2014 de subvenciones del programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.**

Esta Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras y aprobar la convocatoria para el año 2014 de subvenciones destinadas a la financiación de programas de empleo con apoyo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, definidos en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

**Bases reguladoras y convocatoria de subvenciones del año 2014 de un programa específico para promover el mantenimiento del empleo autónomo.**

Esta Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras y aprobar la convocatoria de subvenciones de un programa específico para promover el mantenimiento del empleo autónomo, subvencionando cuotas de la Seguridad Social de personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas.

**Orden HAC/23/2014, de 22 de abril de 2014, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para la concesión de las subvenciones para la puesta en marcha de proyectos integrados de empleo con intermediación laboral para los ejercicios económicos 2014 y 2015.**

Esta Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la puesta en marcha de proyectos integrados de empleo con intermediación laboral, así como aprobar, para los años 2014 y 2015, en régimen de concurrencia competitiva, la convocatoria de subvenciones a entidades que deseen colaborar con el Servicio Cántabro de Empleo en la realización de las acciones indicadas.

Estos proyectos tienen por objeto el desarrollo de planes integrales de empleo que combinen acciones de diferente naturaleza encaminadas a dotar a las personas en situación de desempleo de recursos y herramientas que mejoren su empleabilidad, les active laboralmente y les proporcione competencias trasversales que aumenten sus posibilidades de inserción laboral.

**Orden EYE/1096/2012, de 18 de diciembre, por la que se convocan subvenciones destinadas a la financiación de los costes salariales de los trabajadores con discapacidad en Centros Especiales de Empleo para el año 2013.**

Las subvenciones que se convocan a través de esta orden tienen por objeto financiar parcialmente los costes salariales correspondientes al puesto de trabajo ocupado por personas con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo.

La cuantía de la subvención consistirá en el 50 por cien del Salario Mínimo Interprofesional correspondiente al puesto de trabajo por cuenta ajena ocupado por trabajadores con discapacidad que realice una jornada laboral completa y que esté en alta en la Seguridad Social. En el supuesto de contrato de trabajo a tiempo parcial, la subvención experimentará una reducción proporcional a la jornada laboral realizada.

**Orden EYE /1371/2010, de 30 de septiembre, por la que se establecen la bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la financiación de la contratación de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social, así como desempleados en general, en Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción.**

En la presente Orden se establecen las bases del Programa de subvenciones a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción para la contratación de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social, así como de desempleados en general, durante un mínimo de 6 meses, por importe de 1.000.000.

**Programa Operativo Fondo Social Europeo de Castilla y León 2007 - 2013.**

La ayuda prevista para el programa asciende a la cuantía de 125.276.907. El programa está integrado por 5 ejes, siendo el eje 2, el destinado fomentar la integración socio – laboral para personas con discapacidad.

**Decreto 83/2008, de 23 de diciembre, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad al empleo público, a la provisión de puestos de trabajo y a la formación en la Administración de Castilla y León.**

Este decreto tiene como objeto promover las medidas necesarias para que las personas con discapacidad física, psíquica o sensorial puedan acceder a los puestos de trabajo y a la formación de la Administración de la Comunidad de Castilla y León en igualdad de condiciones con el resto de los aspirantes.

**CASTILLA LA MANCHA:**

**LEY 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad. (BOCyL 24/05/2013).**

La ley consta de 75 artículos, agrupados en seis Títulos. Asimismo, consta de 5 disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y 4 disposiciones finales. En su artículo 1, se establece que el objeto de la presente ley es garantizar la igualdad de oportunidades y la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y deberes de las personas con discapacidad, orientando la actuación de los poderes públicos de Castilla La Mancha en la atención y promoción de su bienestar, calidad de vida, autonomía personal y pleno desarrollo.

**Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.**

En los artículo 41 al 45 se recogen las medidas específicas de promoción de acceso al empleo público de las personas con discapacidad. Destacar el incremento del 5% al 7% en la cuota de reserva de empleo público para personas con discapacidad.

**Plan por el Crecimiento, la Consolidación y la Calidad del Empleo en Castilla-La Mancha (2008-2013)**

Los dos objetivos generales del Plan son: aumentar las tasas de actividad y de ocupación, así como la inserción laboral de las personas con discapacidad y mejorar la calidad del empleo y dignificar las

condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, combatiendo activamente su discriminación.”

### **CATALUÑA:**

#### **Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales.**

La presente ley regula y ordena el sistema de servicios sociales con el fin de garantizar el acceso universal al mismo para hacer efectiva la justicia social y promover el bienestar del conjunto de la población.

También es objeto de esta ley conseguir que los servicios sociales se presten con los requisitos y estándares de calidad óptimos necesarios para garantizar la dignidad y la calidad de vida de las personas.

El artículo 17, cita entre las funciones de los servicios sociales básicos, en apartado I, la de “Promover medidas de inserción social, laboral y educativa”

#### **Estrategia para la inserción laboral de las personas con discapacidad o enfermedad mental en Cataluña 2008-2010**

El Gobierno de la Generalitat considera la igualdad de oportunidades un eje fundamental de su política para asegurar la cohesión y la justicia social. Para dar un nuevo impulso a las estrategias y dispositivos que facilitan la inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, el Departamento de Empresa y Empleo ha promovido con la participación de las principales federaciones y entidades del sector la Estrategia para la inserción laboral de las personas con discapacidad en Cataluña 2008-2010, donde se establecen las líneas de trabajo y los objetivos que el Departamento se ha marcado en este ámbito.

La Estrategia, aprobada en marzo de 2008 en el marco del Consejo de Relaciones Laborales, se diseñó a partir de un diagnóstico de la situación de las personas con discapacidad en Cataluña y se estructura entorno a tres ejes fundamentales:

- ✓ Fomento y mantenimiento de la actividad laboral de calidad.
- ✓ Compromiso y corresponsabilidad social del tejido empresarial.
- ✓ Concertación entre administraciones, entidades prestadoras de servicios y agentes sociales en cada territorio.

Por otra parte, es importante reseñar que en Cataluña año a año se prevén subvenciones para financiar los costes laborales y de Seguridad Social derivados de la contratación de técnicos de acompañamiento y apoyo a la inserción que pueden alcanzar hasta un máximo de 25.000 €. La última orden e la EMO 95/2013, de 7 de Mayo por la que se modifica la Orden EMO/357/2012, de 5 de noviembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización del Programa de orientación y acompañamiento a la inserción de las personas con discapacidad y/o enfermedad mental de la Red de orientación para el empleo.

## **EXTREMADURA**

En esta Comunidad Autónoma, todavía se encuentra en vigor la Ley 5/1987 de Servicios Sociales de Extremadura, aunque el actual Gobierno Regional entiende que ha quedado “desfasada” tras 26 años de vigencia y ha anunciado la inminente aprobación de una nueva ley de servicios sociales de Extremadura

La idea es que los servicios sociales pasen a ser coordinados con el resto de herramientas de protección social, como por ejemplo la Ley de Renta Básica de Inserción o la Ley de la Dependencia.

El artículo 12 de la citada ley, estipula que el Servicio Social especializado de atención a Minusválidos, tendrá como funciones “la prevención, rehabilitación e integración social de los minusválidos físicos, psíquicos y sensoriales desarrollando sus capacidades en los ámbitos educativos, sociales y laborales”. Asimismo “Este Servicio promoverá toda serie de medidas encaminadas a eliminar obstáculos en la vida del minusválido”.

## **GALICIA**

**ORDEN de 19 de agosto de 2013, de la Consellería de Trabajo y Bienestar, por la que se establecen las bases reguladoras del Programa de promoción de la integración laboral de las personas con discapacidad en la empresa ordinaria y del Programa de empleo con apoyo, como medida de fomento del empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, cofinanciado por el Fondo Social Europeo, y se procede a su convocatoria para el año 2013.**

En esta orden se agrupan los programas que tienen por objeto establecer los diferentes incentivos para la creación de empleo de las personas con discapacidad en la empresa.

Este Programa incrementa los importes de las ayudas por la contratación indefinida, previstas en el Real decreto 1451/1983, de 11 de mayo, con la finalidad de favorecer especialmente el empleo de las mujeres con discapacidad, de las personas con discapacidad con mayores dificultades de inserción laboral, y el empleo de las personas con discapacidad en las pequeñas empresas y en aquellas con centros de trabajo en el rural gallego.

Además mejora en Galicia mediante la subvención por la contratación temporal de personas con discapacidad, siempre que la duración del contrato sea de al menos doce meses, y con la subvención para la contratación de personas con discapacidad en el marco del Programa de empleo con apoyo como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, siempre que sean proyectos subvencionados por la Consellería de Trabajo y Bienestar.

Una de las medidas que puede favorecer de modo más importante a la inserción de las personas con discapacidad grave en el mercado de trabajo ordinario es el empleo con apoyo. Éste consiste en un conjunto de actividades de orientación y acompañamiento individualizado que prestan, en el propio puesto de trabajo, preparadores laborales especializados a las personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral que realizan su actividad en empresas normalizadas, del mercado ordinario de trabajo, en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos similares. En los resultados del programa resulta fundamental el papel de las entidades promotoras que ponen en marcha estos proyectos de empleo con apoyo y de las empresas del mercado ordinario que realizan la contratación de las personas con discapacidad grave gracias a esta nueva fórmula de apoyo a través de los preparadores laborales.

## **COMUNIDAD DE MADRID**

**Orden 345/2009, de 13 de febrero, de la Consejería de Empleo y Mujer, por la que se regula el procedimiento de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo.**

La presente Orden tiene por objeto regular el procedimiento para la concesión de subvenciones a otorgar por la Consejería de Empleo y Mujer destinadas a fomentar la integración laboral de las personas con discapacidad en las empresas ordinarias.

Este programa contiene las siguientes líneas de ayudas:

1. Subvenciones para el fomento de la contratación de personas con discapacidad en la empresa ordinaria:

- 1.1. Ayudas por la contratación indefinida y la transformación en indefinido de un contrato temporal de trabajadores con discapacidad.
- 1.2. Ayudas para la adaptación de los puestos de trabajo, dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales al trabajador con discapacidad contratado, o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los trabajadores con discapacidad.
2. Subvenciones para la contratación de trabajadores con discapacidad procedentes de enclaves laborales.

### **III Plan de Acción para personas con Discapacidad 2012-2015**

Este plan establece un amplio número de objetivos y actuaciones en seis áreas de acción general: Atención Social a la Dependencia y Promoción de la Autonomía Personal; Salud; Educación; Empleo; Participación Social y Atención Temprana; y un área específica para personas con Trastorno del Espectro Autista.

En el área laboral, la Comunidad de Madrid afronta varios retos, entre los que se encuentran el facilitar la inserción de personas con discapacidad en las pymes comerciales y fomentar el emprendimiento dentro de este colectivo a través del trabajo autónomo. También otro de los objetivos consiste en ayudar a la transición hacia el empleo ordinario de aquellos trabajadores que se encuentran en los Centros Especiales de Empleo.

### **LA RIOJA**

#### **III Plan Integral de Promoción de la Autonomía Personal y Personas con Discapacidad 2007-2010 de La Rioja**

Este plan se distribuye en siete grandes áreas de actuación: salud, educación, empleo, vivienda, servicios sociales y juventud y deporte. El II Plan Integral de Personas con Discapacidad plantea cumplir 52 objetivos a través de 215 medidas concretas.

Los objetivos previstos en el área de empleo son la prevención de riesgos laborales; el desarrollo de la inserción y promoción laboral, mediante la creación de itinerarios de inserción, ampliación de puestos de trabajo en empleo protegido o el apoyo a los centros especiales de empleo, así como la formación para la inserción o reinserción laboral.

## **PAÍS VASCO**

### **Plan de Apoyo para el mantenimiento y creación de empleo en los Centros Especiales de Empleo en la Comunidad Autónoma del País Vasco.**

Este Plan se centra en aunar esfuerzos principalmente en la gestión de recursos humanos, formación del personal con discapacidad, creación de empleo protegido y ordinario, investigación y desarrollo comercial y, en definitiva, todo lo que suponga colaborar en la tarea de integrar tanto laboral como socialmente a las personas con discapacidad. Como ejemplo del desarrollo de este plan, citamos la:

### **ORDEN de 22 de septiembre de 2010, de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, por la que se convocan ayudas al mantenimiento del empleo en los centros especiales de empleo de la Comunidad Autónoma del País Vasco.**

El objeto de la Orden es la regulación de la convocatoria de ayudas de apoyo al mantenimiento del empleo, de las personas con discapacidad en los centros especiales de empleo radicados en la CAPV.

Se subvencionará el mantenimiento de los puestos de trabajo de los centros especiales de empleo ocupados por personas con parálisis cerebral, enfermedad mental, discapacidad intelectual o física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%.

Cada puesto de trabajo ocupado por persona contratada a tiempo completo podrá ser subvencionado con un importe máximo de 425 euros.

## **Legislación europea y vinculación con el Reino de España**

Es diversa la legislación europea relativa a la inserción laboral de los discapacitados la que vamos a tratar en el presente dictamen. No obstante, no toda la normativa europea tiene vinculación automática con el Reino de España. Por lo tanto, en primer lugar, comenzaremos por explicar cuáles de las normas europeas tienen vinculación con el Estado español, así como su proceso desde la publicación de la citada norma hasta que tiene plenos efectos en España.

En la web del Congreso de los Diputados ([www.congreso.es](http://www.congreso.es)) encontramos una sinopsis del artículo 94 de la Constitución Española que ilustra de una muy buena manera la vinculación de la normativa europea con el Reino de España.

### **Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 de la Organización de Naciones Unidas**

La Convención se concibió como un instrumento de derechos humanos con una dimensión explícita de desarrollo social. En ella se adopta una amplia clasificación de las personas con discapacidad y se reafirma que todas las personas con todos los tipos de discapacidad deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Se aclara y precisa cómo se aplican a las personas con discapacidad todas las categorías de derechos y se indican las esferas en las que es necesario introducir adaptaciones para que las personas con discapacidad puedan ejercer en forma efectiva sus derechos y las esferas en las que se han vulnerado esos derechos y en las que debe reforzarse tal protección.

Con posterioridad a la firma del convenio, el 21 de abril de 2008, se publica en el Boletín Oficial del Estado el instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La entrada en vigor de la citada norma se produjo el 3 de mayo de 2008.

Cabe destacar del Convenio su artículo 27, relativo al Trabajo y empleo de las personas con discapacidad, que tiene la siguiente redacción:

*“1.- Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. 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 ellas:*

- a) *Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;*
- b) *Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;*
- c) *Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;*
- d) *Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;*
- e) *Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;*
- f) *Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;*
- g) *Emplear a personas con discapacidad en el sector público;*
- h) *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;*
- i) *Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;*
- j) *Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;*
- k) *Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.*

*2.- Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio."*

#### **Artículo 10 del Tratado de la Unión Europea**

El Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en la ciudad neerlandesa de Maastricht el 1 de enero de 1992, entró en vigor el 10 de octubre de 1993, fue concebido como la culminación política de un conjunto normativo formado por los tratados preexistentes (los entonces vigentes eran tres, con los nombres de las respectivas Comunidades Europeas a que daban lugar: el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, y el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea), denominados pilar comunitario, al que el TUE venía a añadir otros dos pilares político-jurídicos de nuevo cuño, que él mismo regulaba: la política exterior y de seguridad común (o segundo pilar, PESC) y los asuntos de justicia e interior (JAI) o tercer pilar. Se concebía así el conjunto como un templo griego, conformado sobre tres grandes pilares de integración y funcionamiento que levantaban un friso superior, la nueva Unión Europea, que presidía todo el paisaje comunitario y lo integraba en una supraestructura armónica.

Descendiendo en el análisis en relación con la inserción laboral de los discapacitados, debemos hacer referencia al artículo 10 que tiene la siguiente redacción:

*"1. El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa.*

*2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo.*

*Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos.*

*3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos.*

*4. Los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión."*

**Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (número 159 de la OIT), adoptado en Ginebra el 20 de junio de 1983**

Realizamos un pequeño análisis de la norma distinguiendo los datos generales y unos pequeños comentarios:

**Datos generales:**

Instrumento de Ratificación de fecha 14 de julio de 1990, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 23 de noviembre de ese mismo año, cuya entrada en vigor data, de forma general del 20 de junio de 1985 y para España el 2 de agosto de 1991.

**Comentarios:**

El instrumento de ratificación se divide en cuatro partes:

En la primera parte se define el concepto de persona inválida así como el campo de aplicación. En esta parte se recoge que *“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.”*

En la segunda parte del mismo se establecen los Principios de Política de Readaptación Profesional y de Empleo para Personas Inválidas. El principio básico sobre el que pivota el instrumento es el principio de igualdad.

En la tercera parte del mismo se establecen las Medidas a nivel nacional para el desarrollo de servicios de readaptación profesional y empleo para personas inválidas que se pueden resumir en la adaptación de la legislación nacional para la aplicación del articulado del convenio.

Finalmente, en las disposiciones finales, que constituyen la cuarta parte de la norma cabría destacar la ratificación del convenio por los Estados Miembros.

## Conclusiones

Tras el análisis de la legislación relativa a la inserción laboral de los discapacitados, finalizamos el presente dictamen con las conclusiones a las que han llegado los redactores del mismo y que se exponen a continuación:

### **1.- Obligación de los tres poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva en la inserción laboral de las personas con discapacidad.**

A nivel internacional el artículo 10 del TUE y la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 de la Organización de Naciones Unidas, ambos ratificados por el estado español, reafirman que todas las personas con cualquiera de los tipos de discapacidad deben poder gozar de la totalidad de los derechos humanos y libertades. Por otro lado, el artículo 49 CE impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo una política de integración social una política que permita a las personas con discapacidad disfrutar de modo pleno de los derechos fundamentales. Ambas normativas, la internacional y la Carta Magna, obligan a los tres poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) a garantizar la igualdad y la integración de aquellas personas que encuentran mayores trabas para su incorporación sociolaboral. Si bien es cierto que se han dado pasos en esta integración, falta mucho camino por recorrer para conseguir la integración que pregonan el mencionado artículo 49 CE. Por tanto, será necesario remover las conciencias de los integrantes de los tres poderes. Así como desarrollar una política real de concienciación dirigida a toda la Sociedad, con especial hincapié en los Agentes Económicos y Sociales ya que las cifras de actividad y de empleo que contiene este capítulo de conclusiones nos hacen pensar que la integración laboral de este colectivo sufre una persistente discriminación laboral.

### **2.- Cumplimiento de la cuota de reserva.**

El artículo 42 de la Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad (recogida en texto refundido por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre) obliga a las entidades empleadoras, tanto públicas como privadas, con más de 50 trabajadores asalariados, a que al menos un 2% de su plantilla esté ocupado por personas discapacitadas. Esta obligación ya se recogía en similares términos en el artículo 38 la Ley 13/1985, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), aunque en este caso para computar el límite de 50 trabajadores sólo contaban los fijos en la plantilla.

Sin embargo, casi treinta años de la puesta en marcha de esta cuota de reserva para el empleo de discapacitados, su mandato legal no se cumple plenamente por la totalidad de las empresas obligadas y sólo nos asiste un dato positivo como es el incremento en los últimos años del número de actuaciones sancionadoras de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Menos mal, porque en las décadas de los 80 y 90 éste era un asunto que apenas contemplaba la Inspección de Trabajo en sus planes estratégicos de actuación.

No obstante, a pesar del incumplimiento histórico de esta cuota de reserva por parte de las empresas privadas, el porcentaje de asalariados del sector privado sobre el total nacional en 2012, fue, precisamente, del 2%, es decir, un total de 80 mil personas discapacitadas estaban empleadas en empresas de más de 50 trabajadores en plantilla, frente a un total de 4 millones. Muy lejos del 1,4% del año 2008. No cabe duda que la crisis y la aceleración en el crecimiento de las cifras de desempleo ha afectado positivamente a este ratio, pues ha bajado más rápidamente la cifra de asalariados totales en el sector privado que la de la parte asalariada aquejada con una determinada discapacidad.

También han propiciado esta mejoría los desarrollos legislativos de protección de la discapacidad promulgados en esta última década y la cada vez menor dificultad para las empresas que quieren cumplir la legalidad a la hora de hallar trabajadores con discapacidad empleables.

Otra importante cuestión que ha jugado a favor de la mejora de estas cifras es la aparición del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad. Este precepto viene a establecer, en su artículo 2, las medidas alternativas que las empresas podrán aplicar para cumplir con la obligación de reserva de empleo a favor de las personas con discapacidad y que se basan principalmente en orientar, desde las empresas excepcionadas, ayudas a los centros especiales de empleo de discapacitados.

Para finalizar este análisis de la cuota de reserva que establece la Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad, debemos dejar constancia de que la estructura de las empresas españolas por tamaños concentra una proporción muy baja de éstas en las de más de 50 trabajadores con relación al empleo total. Así, los datos del Directorio central de empresas (DIRCE) del INE nos dicen que el total de empresas en España en 2013 era de 3.146.570 y, sin embargo, las que empleaban más de 50 trabajadores sólo eran 22.954, es decir, el 0,7 % del total. Ese mismo dato era del 0,8% en enero de 2007.

Además, también sabemos que el nivel de trabajadores asalariados en esas empresas de más de 50 trabajadores no llega a ser siquiera el 50% de los asalariados totales.

Por todo ello, nos atrevemos a afirmar que para conseguir una inserción, realmente eficiente, desde un punto de vista social, de las personas discapacitadas en el mundo laboral, sería necesario, entre otras muchas medidas, el incremento de ese 2% o la ampliación de la base de empresas obligadas hasta niveles más representativos del tamaño de la empresa española, o la combinación de ambas.

## El Empleo de las Personas con Discapacidad. Serie 2008-2012

### MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO

Porcentaje de asalariados con discapacidad respecto del total de asalariados, en empresas de más de 50 trabajadores, exceptuando Centros Especiales de Empleo. Unidades: miles de personas y porcentajes

	Total asalariados	Asalariados con discapacidad	Porcentaje
<b>Asalariados del sector público que cotizan a la Seguridad Social</b>	1.850,40	55,2	3
<b>Asalariados del sector privado que cotizan a la Seguridad Social</b>	4.027,90	79,5	2
<b>Total 2012</b>	5.878,30	134,7	2,3
<b>Asalariados del sector público que cotizan a la Seguridad Social</b>	1.942,20	55,3	2,8
<b>Asalariados del sector privado que cotizan a la Seguridad Social</b>	4.209,10	82,7	2
<b>Total 2011</b>	6.151,30	138	2,2
<b>Asalariados del sector público que cotizan a la Seguridad Social</b>	1.895,30	52,1	2,7
<b>Asalariados del sector privado que cotizan a la Seguridad Social</b>	4.522,70	80,2	1,8
<b>Total 2010</b>	6.418,00	132,3	2,1
<b>Asalariados del sector público que cotizan a la Seguridad Social</b>	1.830,60	39,7	2,2
<b>Asalariados del sector privado que cotizan a la Seguridad Social</b>	4.359,20	75,8	1,7
<b>Total 2009</b>	6.189,80	115,5	1,9
<b>Asalariados del sector público que cotizan a la Seguridad Social</b>	1.735,50	29,1	1,7
<b>Asalariados del sector privado que cotizan a la Seguridad Social</b>	4.220,10	57,2	1,4
<b>Total 2008</b>	5.955,60	86,3	1,4

#### Notas:

- 1) Se consideran personas con discapacidad reconocida, es decir, aquellas con grado de discapacidad superior o igual al 33 %, según el procedimiento de valoración establecido por RD 1971/1999 modificado por RD 1856/2009.
- 2) Los datos se refieren únicamente a asalariados que cotizan a la Seguridad Social y lo hacen en centros ordinarios. Se excluyen los Centros especiales de empleo y a los funcionarios que cotizan a las mutualidades del Estado.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

### 3.- Insuficiente creación de empleo para las personas con discapacidad.

Como hemos observado la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad introdujo dos modificaciones importantes: una en la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público reservando un cupo no inferior al 7% de las vacantes para que puedan ser cubiertas por personas con discapacidad siempre que las mismas superen los procesos selectivos; y la segunda modificación se introdujo en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público imponiendo a los órganos de contratación la ponderación en los criterios de selección de que los licitadores cumplieran la obligación de contar con un 2% de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas que correspondiesen. El paso para la inserción laboral de personas con discapacidad en el Sector Público ha sido grande, pero resulta en numerosas ocasiones complicado que, en función de los grados de discapacidad física o psíquica, las personas que las padecen puedan superar los procesos selectivos. Haremos una breve referencia al ámbito privado estableciendo que la legislación vigente exonera a las empresas de este sector de contar con el mencionado porcentaje de trabajadores discapacitados adoptando medidas alternativas o comunicando este hecho a la Autoridad Laboral. De poco sirve esta puerta abierta para la inserción laboral de personas discapacitadas si se puede evitar el efectivo cumplimiento de la ley.

El artículo 37 de la LGDPD determina que será finalidad primordial de la política de empleo “[...] aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad de empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación. Para ello, las administraciones públicas competentes fomentarán sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, y promoverán los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo [...]”

Y ello a través del empleo ordinario o bien a través del empleo protegido en:

- ✓ Centros especiales de empleo.
- ✓ Enclaves laborales.

Sin embargo, si observamos los datos del Registro de Contratos del Servicio Público de Empleo Estatal comprobamos como, año tras año, el conjunto de las empresas ordinarias hace casi el mismo número de contratos a personas con discapacidad que los casi dos mil centros especiales de empleo. Más allá de la rotación, esta situación no es sostenible, siendo imprescindible tomar medidas para aumentar la creación de empleo ordinario para las personas con discapacidad.

Según las cifras facilitadas por el Servicio Público de Empleo a finales de 2010 había más de 59 mil trabajadores con discapacidad en 1871 Centros Especiales de Empleo. En el año 2007 el número de

centros especiales de empleo era de 1150, es decir, en sólo tres años, se incrementó su número en más del 60%.

Mientras que en el año 2002 las personas discapacitadas que disfrutaban de ocupación laboral eran 670 mil, diez años después, en 2012, sólo eran 355 mil, casi la mitad. Pasando de un 4,2% en 2002 sobre el total de personas ocupadas a un 2,1% en 2012. Es lógico que, con la crisis, también las personas discapacitadas pierdan puestos de trabajo, pero no es aceptable que la tasa sobre el total de empleo disminuya a la mitad.

Y, en una crisis global, algo que ya se venía observando en tiempos de bonanza económica, como eran los posibles costes adicionales que conlleva la contratación de personas con discapacidad, especialmente de aquellas con discapacidades más limitantes, ahora se ha convertido en una barrera más insalvable aún para el empresario que, por tanto, necesita de una ayuda mayor por parte de los poderes públicos.

Es claro que también existe un desconocimiento del verdadero potencial productivo de estas personas cuando se llevan a cabo las correspondientes adaptaciones al puesto de trabajo.

Por último, es significativo a la hora de explicar estos, cada día más bajos, índices de colocación de personas discapacitadas, la falta de especialización de los servicios públicos de empleo en materia de discapacidad, para poder lograr de manera más eficiente el encaje entre demanda y oferta de este tipo de empleos.

#### **4.- Baja actividad entre los discapacitados.**

Una de las características negativas más destacables del empleo entre discapacitados en España, es su bajo índice de actividad en relación con la población no discapacitada. Así, según datos del INE de 2012, sobre una población total de 1.450.800 personas con certificado de discapacidad en edad de trabajar (de 16 a 64 años) sólo 531.600 de ellas podían ser clasificadas como activas, es decir, sólo una tasa de actividad del 36,6%. La tasa de actividad ese ejercicio para personas no discapacitadas se situó en el 77%, o sea unos 40 puntos por encima.

Lo mismo o parecido ocurre con las cifras de ocupación, pues el número de personas con discapacidad ocupadas en 2012 era de 355.500 personas que, sobre un total de 1.450.800 personas discapacitadas en edad de trabajar proporciona una tasa de empleo del 24,5%. Esa tasa de empleo

está 30 puntos por debajo de la medida para las personas sin discapacidad. Mientras que la tasa de paro sólo superó en 6,2 puntos a la de la población sin discapacidad.

Es sintomático que la tasa de paro de este colectivo haya aumentado en el período 2009-2012 desde 21,8% al 33,1% (más de 11 puntos). Un crecimiento bastante superior al experimentado por las personas sin discapacidad que pasó del 18,1% al 25% (sólo 7 puntos).

Es claro pues que, la situación del empleo y la actividad entre las personas discapacitadas ya era mala antes de que se iniciara la actual crisis económica, pero las cifras nos indican claramente que con ésta el panorama ha empeorado sensiblemente.

#### **5.- Éxito de los centros especiales de empleo.-**

En los artículos 43 y ss. de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social se contempla y regula la figura de los centros especiales de empleo estableciéndose éstos como mecanismo de tránsito hacia el empleo ordinario. También es cierto que estos centros pueden prestar unos puestos de trabajo estables para ciertas discapacidades con alto nivel limitante, difíciles de encajar en el empleo ordinario.

En los últimos años, se ha apreciado un considerable incremento tanto en el número de centros especiales de empleo como el número de trabajadores en sus plantillas. En el 2002 el número total de estos centros en España era de 1.150, en el año 2006 su número triplicó el censado en 1996 y en 2010 llegaron a una cifra de 1.871 centros.

Por otra parte es preciso señalar que de la simple comparación del número de contrataciones indefinidas en el año 2006 de personas con discapacidad en empresas ordinarias, más de 17.000, y el número actual de trabajadores con discapacidad contratados en centros especiales de empleo, casi 60 mil, se desprende que, salvo excepciones, los trabajadores con discapacidad no utilizan los centros especiales de empleo como canal de transición al mercado ordinario, como se había previsto inicialmente en la LISMI.

Desde 1997 hay que considerar, por tanto, un desarrollo exitoso de los centros especiales de empleo que, lejos de ser un paso transitorio del discapacitado hacia un empleo ordinario estable y definitivo, se han convertido en el eje principal de la política integradora de la discapacidad en el mundo laboral.

Sirvan como respaldo de esta afirmación las cifras de ocupados en empleo ordinario y centros especiales de empleo en 2012, según la EPA.

	<b>Miles de personas</b>
Personas discapacitadas ocupadas en centros ordinarios	199,40
Personas discapacitadas ocupadas en centros especiales	156,10
<b>TOTAL PERSONAS OCUPADAS</b>	<b>355,50</b>

#### **6.- La insuficiente calidad del empleo de las personas con discapacidad.-**

Lo primero es analizar, a nuestro modo de ver, las dos principales causas que comprometen la calidad del empleo de las personas con discapacidad. A saber:

- ✓ La discriminación en la contratación y en las condiciones de trabajo, especialmente en la discriminación salarial.
- ✓ La elevada temporalidad.

La Directiva 2000/78/CE contempla, entre otros muchos aspectos, la necesidad de que los empresarios adopten medidas adecuadas, ajustes razonables, para garantizar la igualdad de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. Y esta directiva ha sido transpuesta a la legislación española. Sin embargo, no se han conseguido todavía unos objetivos aceptables en esta materia, es decir, no se ha desarrollado suficientemente el ámbito de aplicación de las medidas legales adoptadas.

Están pendientes de solucionar aspectos tan importantes como:

- ✓ la adaptación de horarios,
- ✓ la posibilidad de alternar trabajo presencial y teletrabajo o
- ✓ la opción por un contrato a jornada parcial.

Aspectos, todos ellos, considerados ya como normales en el mundo laboral de la discapacidad, ajustes razonables cuya aplicación mejoraría y aumentaría el acceso y la calidad en el empleo de las personas discapacitadas.

## 7.- Barreras legales

Se proponen algunas medidas de regulación legal que pensamos ayudarían a mejorar la participación laboral de las personas discapacitadas que, como ya hemos visto anteriormente, es muy baja. Veamos algunas:

- ✓ Rediseñar el modelo de ayudas y prestaciones pues pensamos que el actual puede estar desincentivando la participación laboral del colectivo. En esta línea de actuación se debería establecer algún mecanismo por el que la pensión por incapacidad, que se ve reducida al incorporarse el beneficiario al trabajo, sufriera un reajuste al alza en el caso de que esa reincorporación no resultare exitosa.
- ✓ Modificaciones en el sistema fiscal que favorezcan siempre el paso de la inactividad a la participación activa en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad. En esta línea, por ejemplo, sería deseable una mejora de los actuales incentivos fiscales para favorecer la constitución de los discapacitados con dificultades en la búsqueda de trabajo en trabajadores o empresarios por cuenta propia (autónomos).
- ✓ Establecer medidas que erradiquen la discriminación dentro de la discriminación. Es decir, la discriminación dentro del colectivo de discapacitados de mujeres, inmigrantes, residentes en zonas rurales, etc.

Valencia, veinticuatro de julio de dos mil catorce

## **A N E X O II**

### **VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE MINUSVALÍA E INCAPACIDAD**

Desde el punto de vista legal, en España existen tres procedimientos de valoración y reconocimiento oficial de situaciones que pueden considerarse de discapacidad. Se trata de los procedimientos de obtención del Certificado de Persona con Grado de Discapacidad, de Incapacidad Permanente y de declaración de Situación de Dependencia.

#### **Certificado de Persona con Grado de Discapacidad.**

Está regulado por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que establece el reconocimiento de grado de discapacidad y concesión del Certificado declarativo de Grado de Discapacidad. Esta norma considera la discapacidad como “la desventaja social en un individuo afectado por una deficiencia con limitaciones en la actividad, que surge en la relación de la persona con el medio, en los obstáculos culturales, materiales o sociales que le impiden una integración adecuada en la sociedad”.

En este procedimiento la calificación del grado de discapacidad constituye una actuación facultativa única por lo que se refiere a los equipos competentes para llevarla a cabo y a los baremos que determinan la valoración. Y responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante dos baremos reglamentados: valoración de las “Limitaciones en la actividad” asociadas a la deficiencia que tenga la persona y, en su caso, de los “Factores sociales complementarios” relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social, que se adicionan al porcentaje de discapacidad que resulta de la evaluación de las “Limitaciones en la actividad” solo cuando este es igual o superior al 25% y en un máximo de 15 puntos.

El certificado de discapacidad es el que da derecho a los beneficios que establecen otras normas (prestaciones, subsidios, ayudas) en las que se incluye como requisito, entre otros, el grado mínimo de discapacidad para poder beneficiarse de las prestaciones y servicios que establecen, siempre a partir de un mínimo igual o superior al 33%.

### **Incapacidad Permanente.**

La Ley General de la Seguridad Social la define como “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médica, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

Se consideran diversos grados según la incapacidad inhabilite total o parcialmente, la profesión habitual o cualquier otra. Cada uno de estos grados en que se clasifica la incapacidad permanente da derecho, en su caso, a la correspondiente prestación económica por incapacidad permanente.

### **Situación de Dependencia.**

Se define como 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.

A raíz de la aprobación de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia se establece un procedimiento de valoración de la situación de dependencia para las personas que, voluntariamente, lo requieran.

## A N E X O III

### MODALIDADES DE EMPLEO PARA PERSONAS DISCAPACITADAS

#### 1.- Contrato indefinido de personas con discapacidad

Requisitos de los trabajadores para acceder a esta modalidad de contratación son:

- Ser trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el Organismo competente, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.
- Estar inscrito en el Servicio Público de Empleo.
- El trabajador no debe haber estado vinculado a la empresa, grupo de empresas o entidad en los veinticuatro meses anteriores a la contratación mediante un contrato por tiempo indefinido.
- Quedan excluidos los trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato, excepto en el supuesto previsto en el artículo 8.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (B.O.E .de 30 de diciembre).

Por otra parte, los requisitos que deben reunir las empresas son:

- Las empresas que contraten trabajadores con discapacidad por tiempo indefinido a jornada completa o parcial, así como las cooperativas de trabajo asociado que incorporen trabajadores con discapacidad como socios.
- Las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidas por un período de doce meses de las bonificaciones establecidas en este programa.
- Las empresas deberán solicitar los trabajadores con discapacidad de la correspondiente Oficina de Empleo.

Incentivos:

1. Subvención de 3.907 euros por cada contrato celebrado a tiempo completo.
2. Cuando el contrato por tiempo indefinido se concierte a tiempo parcial, la subvención de 3.907 euros se reducirá proporcionalmente a la jornada pactada.
3. Bonificación de las cuotas empresariales de la Seguridad Social:
  - a. Si el contrato se celebra a tiempo completo, la empresa tendrá derecho a las siguientes bonificaciones:
    - i. Trabajadores discapacitados sin discapacidad severa:

<u>Hombres</u>	<u>Mujeres</u>
Menores de 45 años... 4.500 euros/año	5.350 euros/año
Mayores de 45 años... 5.700 euros/año	5.700 euros/año
    - ii. Trabajadores discapacitados con discapacidad severa:

<u>Hombres</u>	<u>Mujeres</u>
Menores de 45 años... 5.100 euros/año	5.950 euros/año
Mayores de 45 años... 6.300 euros/año	6.300 euros/año

b. Si la contratación se realiza a tiempo parcial, la cuantía de la bonificación corresponderá a lo establecido en el artículo 2.7 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, según redacción dada por el artículo 6.Dos de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre (B.O.E. de 31 de diciembre).

4. La empresa, para poder bonificarse en la cuota empresarial, tendrá que cumplir los requisitos establecidos en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre).
5. Subvención para la adaptación de puestos de trabajo, eliminación de barreras o dotación de medios de protección personal hasta 901,52 euros.
6. Deducción de la cuota íntegra del Impuesto de Sociedades en la cantidad de 6.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de la plantilla de trabajadores con discapacidad, contratados por tiempo indefinido, respecto a la plantilla media de trabajadores con discapacidad del ejercicio inmediatamente anterior con dicho tipo de contrato.

### Obligaciones de la empresa beneficiaria:

- Las empresas beneficiarias estarán obligadas a mantener la estabilidad de estos trabajadores por un tiempo mínimo de tres años y, en caso de cese voluntario, despido procedente o extinción de la relación laboral por causas objetivas deberán sustituirlos por otros trabajadores con discapacidad. En caso de incumplir esta obligación la empresa deberá reintegrar las cantidades correspondientes al período de incumplimiento; este reintegro de cantidades debe limitarse a la subvención recibida, no estando obligada a devolver cantidad alguna por las bonificaciones disfrutadas hasta el momento. La devolución de la cantidad correspondiente por la subvención será la parte proporcional al tiempo durante el cual el trabajador no está en la plantilla de la empresa, es decir, el tiempo que resta desde la fecha del cese voluntario, despido procedente o extinción de la relación laboral por causas objetivas. En el supuesto de despido improcedente la devolución será por la totalidad de la cantidad de subvención recibida.
- Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.
- Cuando se formalice el contrato con un trabajador discapacitado el contrato se formalizará por escrito, en cuadruplicado y en ejemplar de modelo oficial. Al contrato se acompañará solicitud de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, así como el certificado de discapacidad.

### Normativa:

- R. D. 1451/83, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de trabajadores con discapacidad (artículo 57 del capítulo II de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre).
- R. D. 170/2004, de 30 de enero, por el que se modifica el R. D. 1451/83, de 11 de mayo Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

## **2.- Contrato indefinido. Cláusulas específicas de personas con discapacidad en Centros especiales de Empleo**

Los requisitos de los trabajadores son:

- Las personas que, teniendo reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje, presten sus servicios laborales por cuenta y dentro de la organización de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley de Integración Social de los Minusválidos.
- La disminución de la capacidad de trabajo se apreciará poniéndose ésta en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona de similar cualificación profesional.
- La determinación del grado de minusvalía se llevará a cabo por los Equipos multiprofesionales en resolución motivada, aplicándose los baremos establecidos en la correspondiente norma reglamentaria.

### **Características del contrato:**

Los contratos que concierten los Centros Especiales de Empleo podrán ajustarse a cualquiera de las modalidades del contrato de trabajo previstas en el Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo, con excepción del contrato de trabajo a distancia. Veamos las peculiaridades de cada uno de ellos:

El contrato de formación se ajustará a lo previsto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo, con las peculiaridades siguientes:

a) La duración máxima del contrato podrá ampliarse previo informe favorable del Equipo multiprofesional cuando, debido al grado de minusvalía y demás circunstancias personales y profesionales del trabajador, éste no hubiese alcanzado el nivel mínimo de conocimientos requeridos para desempeñar el puesto de trabajo, sin que, en ningún caso, pudiera exceder de seis años.

b) El Plan de formación deberá ser informado favorablemente por el Equipo multiprofesional.

c) El tiempo global correspondiente a la enseñanza podrá alcanzar hasta el límite máximo de dos tercios. No se requerirá la fijación de tiempo dedicado a la enseñanza cuando el contrato se concierte con un minusválido psíquico cuyo grado de minusvalía no le permita desarrollar aquélla. Cuando las circunstancias lo requieran, la Empresa podrá designar a un trabajador al objeto de que se realice la supervisión y seguimiento del minusválido a lo largo del proceso formativo.

d) Respecto de las cotizaciones a la Seguridad Social, se aplicará el régimen de bonificaciones o exenciones de cuotas que, con carácter general o específico, resulte más beneficiosa.

Requisitos de la empresa:

- Son empresas promovidas principalmente por asociaciones de personas con discapacidad y/o sus familiares, sin perjuicio de que cualquier persona física o jurídica pueda constituir uno. El objetivo principal de estos centros es la integración laboral y por tanto social de personas con discapacidad.
- Para obtener la calificación de Centro Especial de Empleo, las empresas deben contar en su plantilla con un mínimo del 70% de trabajadores con discapacidad y solicitar la correspondiente calificación a la administración competente.
- Los Centros Especiales de Empleo son empresas cuyo objetivo principal es el de proporcionar a los trabajadores con discapacidad la realización de un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y que facilite la integración laboral de éstos en el mercado ordinario de trabajo.
- Pueden ser creados por las Administraciones Públicas, directamente o en colaboración con otros organismos. Por Entidades, por personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes, que tengan capacidad jurídica y de obrar para ser empresarios.
- Pueden tener carácter público o privado, con o sin ánimo de lucro.
- Es indispensable la calificación e inscripción en el Registro de Centros del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), o, en su caso, en el correspondiente de las Administraciones Autonómicas.

- La gestión está sujeta a las mismas normas que afectan a cualquier empresa.

Incentivos:

Las ayudas que pueden recibir consisten en:

1) Para financiar parcialmente proyectos generadores de empleo (creación de centros o ampliación de los mismos. Orden Ministerial de 16 de octubre de 1998). Subvenciones de:

- 12.020,24 euros por puesto de trabajo creado con carácter estable, si el CEE supera el 90 por 100 de trabajadores con discapacidad respecto del total de su plantilla.
- 9.015,18 euros por puesto de trabajo creado de carácter estable si el número de trabajadores con discapacidad del CEE está comprendido entre el 70 por 100 y el 90 por 100 del total de la plantilla.

Se podrán conceder las subvenciones anteriores siempre que el centro especial de empleo justifique adecuadamente la inversión que implica el proyecto para alguna o alguna de las siguientes acciones:

- Subvención para asistencia técnica (estudios de viabilidad, auditorias...).
- Subvención parcial de intereses de préstamos de hasta 3 puntos de interés.
- Subvención para inversión fija en proyectos de reconocido interés social.

2) Apoyo al mantenimiento de puestos de trabajo en CEE (Orden Ministerial de 16 de octubre de 1998). Las ayudas para el mantenimiento de puestos de trabajo en Centros Especiales de Empleo, consisten en:

- Bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluida la de accidentes de trabajo, la de enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta.
- Subvenciones del coste salarial por un importe del 50% del salario mínimo interprofesional.
- En el caso de contrato de trabajo a tiempo parcial, la subvención experimentará una reducción proporcional a la jornada laboral realizada.

- Subvenciones para adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas en una cuantía no superior a 1.803,04 euros por puesto de trabajo.
- Subvención, por una sola vez, destinada a equilibrar y sanear financieramente a los centros especiales de empleo.
- Subvención dirigida a equilibrar el presupuesto de aquellos centros especiales de empleo que carezcan de ánimo de lucro y sean de utilidad pública e imprescindibilidad.
- Los Centros Especiales de Empleo podrán recibir asistencia técnica destinada al mantenimiento de puestos de trabajo, pudiendo ser concedida a instancia de parte o de oficio cuando el estudio del expediente así lo demande.

3) Ayudas para las Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional (R.D. 469/2006, de 21 de abril). Se entiende por Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional los equipos multiprofesionales, enmarcados dentro de los Servicios de Ajuste Personal y Social de los Centros Especiales de Empleo, que mediante el desarrollo de distintas funciones y cometidos, permiten ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que los trabajadores con discapacidad de dichos centros tienen en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como la permanencia en el mismo.

#### Duración

- El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. No obstante podrán celebrarse contratos de trabajo de duración determinada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.
- Con el fin de facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo, en los contratos podrá pactarse un período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba y cuya duración no podrá exceder de seis meses.
- La necesidad de que el trabajador minusválido pase por un período de adaptación al trabajo y las condiciones de éste serán determinadas por el Equipo multiprofesional.

### Jornada:

En materia de jornada de trabajo, descansos, fiestas, vacaciones y permisos se estará a lo dispuesto en la sección quinta del capítulo segundo del título I del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de las peculiaridades siguientes:

1. En ningún caso se podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo.
2. Se prohíbe la realización de horas extraordinarias salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios.
3. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional, con derecho a remuneración siempre que tales ausencias no excedan de diez días en un semestre.

### Otras características

El trabajo que realice el trabajador minusválido en los Centros Especiales de Empleo deberá ser productivo y remunerado, adecuado a las características individuales del trabajador, en orden a favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo.

Con el fin de garantizar que el trabajo se adecue en todo momento a las características personales y profesionales del trabajador minusválido y valorar el grado de adaptación profesional alcanzado, los Equipos Multiprofesionales les someterán a revisión, al menos con una periodicidad de dos años. Si como consecuencia de la revisión los Equipos Multiprofesionales observarán que el trabajo que realiza el trabajador supone un grave riesgo para su salud, deberán declarar la inadecuación del mismo, debiendo pasar en ese caso el trabajador a ocupar otro puesto adecuado a sus características dentro del propio Centro y de no ser ello posible cesarán en la prestación de servicios, en las condiciones previstas en el artículo 16.

En el supuesto de que el riesgo quedase constatado con anterioridad a la revisión periódica del Equipo Multiprofesional, se procederá de la misma forma, dando cuenta de ello inmediatamente al Equipo Multiprofesional

.

Normativa:

- Real Decreto 1368/1985
- Ley 13/1982 de Integración Social de Minusválidos -LISMI-
- Real Decreto 2.273/85
- Orden Ministerial 16/10/1998

**3.- Contrato indefinido. Cláusulas específicas para personas con discapacidad procedentes de Enclaves Laborales**

Los requisitos de los trabajadores serán:

1. Ser trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el Organismo Competente, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.
2. Proceder de un enclave laboral y estar en situación de excedencia voluntaria en el Centro Especial de Empleo.
3. Pertener a alguno de los siguientes colectivos (según se establece en el artículo 6 del R. D. 290/2004, de 20 de febrero):
  - Las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental o las personas con discapacidad intelectual con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%.
  - Las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.
  - Las mujeres con discapacidad no incluidas en los párrafos anteriores con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%.
4. El trabajador no debe haber estado vinculado a la empresa, grupo de empresas o entidad en los veinticuatro meses anteriores a la contratación mediante un contrato por tiempo indefinido o en los últimos seis meses mediante un contrato de duración determinada o temporal o mediante un contrato formativo, de relevo o de sustitución por jubilación.

## Requisitos de la empresa

- Ser empresa colaboradora y reunir los requisitos establecidos en el R. D. 290/2004, de 20 de febrero (B.O.E. de 21 de febrero).
- Las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidas por un período de doce meses de las bonificaciones establecidas en este programa.

## Incentivos:

- La empresa colaboradora que contrate a un trabajador del enclave que pertenezca al colectivo del grupo a) o b) tendrá las siguientes ayudas:
- Subvención de 7.814 euros por cada contrato de trabajo celebrado a jornada completa. Si el contrato fuera a tiempo parcial, la subvención se reducirá proporcionalmente según la jornada de trabajo pactada. Subvención por adaptación de puesto de trabajo y eliminación de barreras de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1451/83, de 11 de mayo, modificado por el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero.
- Si la empresa colaboradora contrata a un trabajador del enclave que pertenezca al colectivo del grupo c), tendrá derecho a las siguientes ayudas:
- Subvención de 3.907 euros por cada contrato de trabajo celebrado a jornada completa. Si el contrato fuera a tiempo parcial, la subvención se reducirá proporcionalmente según la jornada de trabajo pactada. Subvención por adaptación de puesto de trabajo y eliminación de barreras de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1451/83, de 11 de mayo, modificado por el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero.
- Bonificación de las cuotas empresariales de la Seguridad Social:
  - Si el contrato se celebra a tiempo completo, la empresa tendrá derecho a las siguientes bonificaciones:
    - Trabajadores discapacitados sin discapacidad severa:

	<u>Hombres</u>	<u>Mujeres</u>
Menores de 45 años...	4.500 €/año	5.350 €/año
Mayores de 45 años...	5.700 €/año	5.700 €/año

-Trabajadores discapacitados con discapacidad severa:

	<u>Hombres</u>	<u>Mujeres</u>
Menores de 45 años...	5.100 €/año	5.950 €/año
Mayores de 45 años...	6.300 €/año	6.300 €/año

- Si la contratación se realiza a tiempo parcial, la cuantía de la bonificación corresponderá a lo establecido en el artículo 2.7 la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (B.O.E .de 30 de diciembre), según redacción dada por el artículo 6.2 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre (B.O.E. de 31 de diciembre).

#### Obligaciones de la empresa:

- Las empresas beneficiarias estarán obligadas a mantener la estabilidad de estos trabajadores por un tiempo mínimo de tres años y, en caso de despido procedente, deberán sustituirlos por otros trabajadores con discapacidad.
- Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

#### Otras características:

- En lo no previsto en el R. D. 290/2004, de 20 de febrero, será de aplicación a las empresas colaboradoras y a estos contratos el régimen sobre requisitos y exclusiones, así como de obligaciones, incluida la de mantenimiento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores, aplicable a las ayudas reguladas en el R. D. 1451/83, de 11 de mayo, modificado por el R. D. 170/2004, de 30 de enero.

#### Normativa:

- R. D. 1451/83, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de trabajadores con discapacidad.
- R. D. 170/2004, de 30 de enero, por el que se modifica el R. D. 1451/83, de 11 de mayo.
- R. D. 290/2004, de 20 de febrero, que regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.
- Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

#### **4.- Contrato a tiempo parcial a personas con discapacidad**

##### Requisitos de los trabajadores

- Ser trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el Organismo competente, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.
- Desempleados inscritos en la oficina de empleo.
- El trabajador no debe haber estado vinculado a la empresa, grupo de empresas o entidad en los veinticuatro meses anteriores a la contratación mediante un contrato por tiempo indefinido.
- Quedan excluidos los trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato, excepto en el supuesto previsto en el artículo 8.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (B.O.E .de 30 de diciembre).

##### Requisitos de la empresa

- No podrán contratar temporalmente a personas con discapacidad las empresas que, en los doce meses anteriores a la contratación, hayan extinguido contratos indefinidos por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo.
- El período de exclusión se contará a partir del reconocimiento o declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo.

- Las empresas deberán solicitar los trabajadores con discapacidad de la correspondiente Oficina de Empleo.

Formalización: El contrato se realizará por escrito, en modelo oficial.

Duración: entre doce meses y tres años. Prórrogas no inferiores a doce meses.

Jornada: El contrato se podrá celebrar a jornada completa o parcial.

Incentivos:

- Si el contrato se celebra a tiempo completo, la empresa tendrá derecho a las siguientes bonificaciones:

- Trabajadores discapacitados sin discapacidad severa:

Hombres            Mujeres

Menores de 45 años... 3.500 euros/año 4.100 euros/año

Mayores de 45 años... 4.100 euros/año 4.700 euros/año

- Trabajadores discapacitados con discapacidad severa:

Hombres            Mujeres

Menores de 45 años... 4.100 euros/año 4.700 euros/año

Mayores de 45 años... 4.700 euros/año 5.300 euros/año

- En el caso de que la contratación se realice a jornada parcial, el porcentaje de la bonificación será el establecido en el artículo 2.7 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (B.O.E. de 30 de diciembre), según redacción dada por el artículo 6.Dos de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre (B.O.E. de 31 de diciembre).

Otras características:

- A la terminación del contrato, el trabajador tendrá derecho a una indemnización de doce días de salario por año de servicio.
- Posibilidad de obtener los beneficios establecidos en el R. D. 1451/1983, de 11 de mayo, modificado por el R. D. 170/2004, de 30 de enero, y en la Ley 43/2006, de 29 de septiembre (B.O.E. del 20 de diciembre), por la transformación del contrato temporal en indefinido.

## Normativa

- R. D. 170/2004, de 30 de enero, por el que se modifica el R. D. 1451/83, de 11 de mayo.
- Ley 43/2006, de 29 de diciembre, artículo 2.2 y disposición adicional 1.<sup>a</sup>.

## **5.- Conversión del contrato en prácticas y temporal para el fomento del empleo de personas con discapacidad en indefinido**

### Requisitos de los trabajadores:

- Ser un trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el Organismo competente, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.
- El trabajador deberá tener suscrito y en vigor un contrato temporal para fomento del empleo o un contrato de prácticas. Dichos contratos se pueden transformar en indefinidos con bonificación en cualquier momento de la vigencia de los mismos.
- Quedan excluidos los trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses en otra empresa, previos a la formalización del contrato, excepto en el supuesto previsto en el artículo 8.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (B.O.E. de 30 de diciembre).
- El trabajador no debe haber estado vinculado a la empresa en los veinticuatro meses anteriores a la contratación mediante contrato indefinido.

### Requisitos de la empresa

- Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.
- No haber sido excluida del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo según lo previsto en el artículo 46 del R. D. legislativo

5/2000, de 4 de agosto (B.O.E. de 8 de agosto), por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

### Incentivos

- Subvención de 3.907 euros por cada contrato transformado en indefinido a tiempo completo.
- Cuando el contrato por tiempo indefinido se concierte a tiempo parcial, la subvención de 3.907 euros se reducirá proporcionalmente a la jornada pactada.
- Si el contrato se celebra a tiempo completo, la empresa tendrá derecho a las siguientes bonificaciones:
  - Trabajadores discapacitados sin discapacidad severa:

Hombres      Mujeres

Menores de 45 años... 4.500 euros/año 5.350 euros/año

Mayores de 45 años... 5.700 euros/año 5.700 euros/año

- Trabajadores discapacitados con discapacidad severa:

Hombres      Mujeres

Menores de 45 años... 5.100 euros/año 5.950 euros/año

Mayores de 45 años... 6.300 euros/año 6.300 euros/año

- Si la contratación se realiza a tiempo parcial, la cuantía de la bonificación corresponderá a lo establecido en el artículo 2.7 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, según redacción dada por el artículo 6.2 del Real Decreto Ley 2/2009, de 6 de marzo (B.O.E. de 7 de marzo).
- La empresa, para poder bonificarse en la cuota empresarial, tendrá que cumplir los requisitos establecidos en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (B.O.E. de 30 de diciembre).
- Subvención para la adaptación de puestos de trabajo, eliminación de barreras o dotación de medios de protección personal hasta 901,52 euros.
- Dedución de la cuota íntegra del impuesto de sociedades en la cantidad de 6.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de la plantilla de trabajadores con discapacidad, contratados por tiempo indefinido, respecto a la

plantilla media de trabajadores con discapacidad del ejercicio inmediatamente anterior con dicho tipo de contrato.

#### Otras características

- Los beneficios establecidos no podrán, en concurrencia con otras ayudas públicas para la misma finalidad, superar el 60% del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica.
- En los supuestos de obtención de ayudas sin reunir los requisitos exigidos para su concesión, procederá la devolución de las cantidades dejadas de ingresar por bonificación de cuotas a la Seguridad Social, con el recargo y los intereses de mora correspondientes según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social.
- No se concederán los incentivos descritos cuando se trate de relaciones laborales de carácter especial.

#### Normativa

- R. D. 1451/83, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de trabajadores con discapacidad.
- R. D. 170/2004, de 30 de enero, por el que se modifica el R. D. 1451/83, de 11 de mayo.
- Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

#### **6.- Contrato temporal. Cláusulas específicas de personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo.**

##### Requisitos de los trabajadores:

- Las personas que, teniendo reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje, presten sus servicios laborales por cuenta y dentro de la organización de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley de Integración Social de los Minusválidos.
- La disminución de la capacidad de trabajo se apreciará poniéndose ésta en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona de similar cualificación profesional.

- La determinación del grado de minusvalía se llevará a cabo por los Equipos multiprofesionales en resolución motivada, aplicándose los baremos establecidos en la correspondiente norma reglamentaria.

Características del contrato:

- Los contratos que concierten los Centros Especiales de Empleo podrán ajustarse a cualquiera de las modalidades del contrato de trabajo previstas en el Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo, con excepción del contrato de trabajo a distancia.
- El contrato de formación se ajustará a lo previsto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo, con las peculiaridades siguientes:
  1. La duración máxima del contrato podrá ampliarse previo informe favorable del Equipo multiprofesional cuando, debido al grado de minusvalía y demás circunstancias personales y profesionales del trabajador, éste no hubiese alcanzado el nivel mínimo de conocimientos requeridos para desempeñar el puesto de trabajo, sin que, en ningún caso, pudiera exceder de seis años.
  2. El Plan de formación deberá ser informado favorablemente por el Equipo multiprofesional.
  3. El tiempo global correspondiente a la enseñanza podrá alcanzar hasta el límite máximo de dos tercios. No se requerirá la fijación de tiempo dedicado a la enseñanza cuando el contrato se concierte con un minusválido psíquico cuyo grado de minusvalía no le permita desarrollar aquélla. Cuando las circunstancias lo requieran, la Empresa podrá designar a un trabajador al objeto de que se realice la supervisión y seguimiento del minusválido a lo largo del proceso formativo.
  4. Respecto de las cotizaciones a la Seguridad Social, se aplicará el régimen de bonificaciones o exenciones de cuotas que, con carácter general o específico, resulte más beneficiosa.

### Requisitos de la empresa:

- Son empresas promovidas principalmente por asociaciones de personas con discapacidad y/o sus familiares, sin perjuicio de que cualquier persona física o jurídica pueda constituir uno.
- El objetivo principal de estos centros es la integración laboral y por tanto social de personas con discapacidad.
- Para obtener la calificación de Centro Especial de Empleo, las empresas deben contar en su plantilla con un mínimo del 70% de trabajadores con discapacidad y solicitar la correspondiente calificación a la administración competente.
- Los Centros Especiales de Empleo son empresas cuyo objetivo principal es el de proporcionar a los trabajadores con discapacidad la realización de un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y que facilite la integración laboral de éstos en el mercado ordinario de trabajo.
- Pueden ser creados por las Administraciones Públicas, directamente o en colaboración con otros organismos. Por Entidades, por personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes, que tengan capacidad jurídica y de obrar para ser empresarios.
- Pueden tener carácter público o privado, con o sin ánimo de lucro.
- Es indispensable la calificación e inscripción en el Registro de Centros del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), o, en su caso, en el correspondiente de las Administraciones Autonómicas.
- La gestión está sujeta a las mismas normas que afectan a cualquier empresa.

### Incentivos

Las ayudas que pueden recibir consisten en:

1. Para financiar parcialmente proyectos generadores de empleo (creación de centros o ampliación de los mismos. Orden Ministerial de 16 de octubre de 1998).

2. Subvenciones de:

- 12.020,24 euros por puesto de trabajo creado con carácter estable, si el CEE supera el 90% de trabajadores con discapacidad respecto del total de su plantilla o,
- 9.015,18 euros por puesto de trabajo creado de carácter estable si el número de trabajadores con discapacidad del CEE está comprendido entre el 70% y el 90% del total de la plantilla.

Se podrán conceder las subvenciones anteriores siempre que el centro especial de empleo justifique adecuadamente la inversión que implica el proyecto para alguna o alguna de las siguientes acciones:

- a. Subvención para asistencia técnica (estudios de viabilidad, auditorias...).
- b. Subvención parcial de intereses de préstamos de hasta 3 puntos de interés.
- c. Subvención para inversión fija en proyectos de reconocido interés social.

3. Apoyo al mantenimiento de puestos de trabajo en CEE (Orden Ministerial de 16 de octubre de 1998). Las ayudas para el mantenimiento de puestos de trabajo en Centros Especiales de Empleo, consisten en:

- Bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta.
- Subvenciones del coste salarial por un importe del 50% del salario mínimo interprofesional.
- En el caso de contrato de trabajo a tiempo parcial, la subvención experimentará una reducción proporcional a la jornada laboral realizada.
- Subvenciones para adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas en una cuantía no superior a 1.803,04 euros por puesto de trabajo.

- Subvención, por una sola vez, destinada a equilibrar y sanear financieramente a los centros especiales de empleo.
- Subvención dirigida a equilibrar el presupuesto de aquellos centros especiales de empleo que carezcan de ánimo de lucro y sean de utilidad pública e imprescindibilidad.
- Los Centros Especiales de Empleo podrán recibir asistencia técnica destinada al mantenimiento de puestos de trabajo, pudiendo ser concedida a instancia de parte o de oficio cuando el estudio del expediente así lo demande.
- Ayudas para las Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional (R.D. 469/2006, de 21 de abril). Se entiende por Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional los equipos multiprofesionales, enmarcados dentro de los Servicios de Ajuste Personal y Social de los Centros Especiales de Empleo, que mediante el desarrollo de distintas funciones y cometidos, permiten ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que los trabajadores con discapacidad de dichos centros tienen en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como la permanencia en el mismo.

Duración:

- El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. No obstante podrán celebrarse contratos de trabajo de duración determinada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.
- Con el fin de facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo, en los contratos podrá pactarse un período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba y cuya duración no podrá exceder de seis meses.
- La necesidad de que el trabajador minusválido pase por un período de adaptación al trabajo y las condiciones de éste serán determinadas por el Equipo multiprofesional.

### Jornada:

En materia de jornada de trabajo, descansos, fiestas, vacaciones y permisos se estará a lo dispuesto en la sección quinta del capítulo segundo del título I del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de las peculiaridades siguientes:

- a. En ningún caso se podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo.
- b. Se prohíbe la realización de horas extraordinarias salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios.
- c. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional, con derecho a remuneración siempre que tales ausencias no excedan de diez días en un semestre.

### Otras características

- El trabajo que realice el trabajador minusválido en los Centros Especiales de Empleo deberá ser productivo y remunerado, adecuado a las características individuales del trabajador, en orden a favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo.
- Con el fin de garantizar que el trabajo se aadecue en todo momento a las características personales y profesionales del trabajador minusválido y valorar el grado de adaptación profesional alcanzado, los Equipos Multiprofesionales les someterán a revisión, al menos con una periodicidad de dos años. Si como consecuencia de la revisión los Equipos Multiprofesionales observaran que el trabajo que realiza el trabajador supone un grave riesgo para su salud, deberán declarar la inadecuación del mismo, debiendo pasar en ese caso el trabajador a ocupar otro puesto adecuado a sus características dentro del propio Centro y de no ser ello posible cesarán en la

prestación de servicios, en las condiciones previstas en el artículo 16.

- En el supuesto de que el riesgo quedase constatado con anterioridad a la revisión periódica del Equipo Multiprofesional, se procederá de la misma forma, dando cuenta de ello inmediatamente al Equipo Multiprofesional

#### Normativa

- Real Decreto 1368/1985
- Ley 13/1982 de Integración Social de Minusválidos -LISMI-
- Real Decreto 2.273/85
- Orden Ministerial 16/10/1998

### **7.- Contrato para la formación y el aprendizaje de personas con discapacidad**

#### Características del contrato:

El contrato para la formación y el aprendizaje tendrá por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo.

#### Requisitos de los trabajadores:

- Ser trabajador con discapacidad y estar reconocido como tal por el Organismo competente.
- Se podrá celebrar con mayores de 16 años y sin límite de edad.
- Carecer de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas.

#### Formalización:

El contrato se formalizará por escrito, en cuadruplicado ejemplar, en modelo oficial. Al contrato se acompañará solicitud de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, así como el certificado de discapacidad.

Deberá constar expresamente el contenido del contrato, así como del «Acuerdo para la actividad formativa en contrato para la formación y el aprendizaje».

Duración y jornada:

- La duración mínima del contrato será de un año y la máxima de tres años, si bien mediante convenio colectivo podrá establecerse distintas duraciones del contrato, sin que la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni máxima de tres años. El límite de duración del contrato no será de aplicación en los supuestos de contratos celebrados con alumnos participando en proyectos de empleo formación.
- El tiempo de trabajo efectivo, que podrá hacerse compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75% durante el primer año, o al 85%, durante el segundo y tercer año de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal. Los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en el supuesto previsto en el artículo 35.3, del Estatuto de los Trabajadores.
- Expirada la duración máxima del contrato para la formación y el aprendizaje, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa para la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato, pero si para una distinta.
- No se podrán celebrar contratos para la formación y el aprendizaje cuando el puesto de trabajo correspondiente al contrato haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por el tiempo superior a doce meses.

Actividad formativa:

- El trabajador deberá recibir la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje directamente en un centro formativo de la red a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, previamente reconocido para ello por el Sistema Nacional de Empleo. No obstante, también podrá recibir dicha formación en la propia empresa cuando la misma dispusiera de las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de la

realización de periodos de formación complementarios en los centros de la red mencionada.

- La actividad laboral desempeñada por el trabajador en la empresa deberá estar relacionada con las actividades formativas.
- Las actividades formativas podrán incluir formación complementaria no referida al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales para adaptarse tanto a las necesidades de los trabajadores como de las empresas.
- La cualificación o competencia profesional adquirida a través del contrato para la formación y el aprendizaje será objeto de acreditación en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, y en su normativa de desarrollo. Conforme a lo establecido en dicha regulación, el trabajador podrá solicitar de la Administración pública competente la expedición del correspondiente certificado de profesionalidad, título de formación profesional o, en su caso, acreditación parcial acumulable.
- Reglamentariamente se desarrollará el sistema de impartición y las características de la formación de los trabajadores en los centros formativos y en las empresas, así como su reconocimiento, en un régimen de alternancia con el trabajo efectivo para favorecer una mayor relación entre éste y la formación y el aprendizaje del trabajador.

Contratos para la formación y el aprendizaje suscritos desde el 13 de febrero de 2012, en los que el trabajo efectivo a realizar está relacionado con un título de formación profesional o certificado de profesionalidad y existen centros de formación disponibles para su impartición.

→Previamente a la formalización del contrato para la formación y el aprendizaje, la empresa deberá verificar que, para el trabajo efectivo a realizar por la persona trabajadora, existe una actividad formativa relacionada con el mismo que se corresponde con un título de formación profesional o con un certificado de profesionalidad.

→Corresponde a los Servicios Públicos de Empleo, en colaboración con las Administraciones educativas, informar y orientar a las empresas y personas trabajadoras de las posibilidades de contratación, de formación y del ajuste entre las características

del puesto de trabajo ofertado por la empresa y los centros de formación disponibles para impartir la formación inherente al contrato.

→La actividad formativa será autorizada previamente a su inicio por el Servicio Público de Empleo competente. Si en el plazo de un mes no hay resolución, se entiende estimada la solicitud por silencio administrativo.

→La autorización se comunica por los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas al Servicio Público de Empleo Estatal a efectos de control de la aplicación de las bonificaciones correspondientes.

→Quién imparte la formación:

- La formación se imparte en los centros de formación autorizados por las Administraciones educativas y/o acreditados por los Servicios Públicos de Empleo.
- En las propias empresas cuando dispongan de las instalaciones y el personal adecuados y estén debidamente autorizadas y/o acreditadas.
- Centros que imparten formación en Certificados de Profesionalidad
- Centros que imparten formación en Títulos de Formación Profesional

→La actividad formativa se inicia:

- Previa solicitud de la empresa en la Oficina de Empleo.
- Una vez autorizada por los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas.
- La autorización se comunica por los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas a la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal a efectos de control de aplicación de las bonificaciones.

→Contenidos: Los del certificado de profesionalidad o título de formación profesional.

→Duración: La que se especifique en el certificado o título de formación profesional.

→Acreditación: se solicitará a la Administración Pública competente la expedición del certificado de profesionalidad, el título de formación profesional o la acreditación parcial acumulable.

## Régimen transitorio de la actividad formativa

Contratos para la formación y el aprendizaje en los que el trabajo efectivo a realizar no está relacionado con un título de formación profesional o certificado de profesionalidad y no existen centros de formación disponibles para su impartición, suscritos hasta el 31 de diciembre de 2014.

→Quien imparte la formación:-

- La empresa directamente.
- Los centros autorizados por el Servicio Público de Empleo Estatal.

→Los contenidos mínimos serán los del fichero de especialidades o, en su defecto, los que determinen las empresas o se comuniquen por éstas al Servicio Público de Empleo Estatal a efectos de su validación en el marco del Sistema Nacional de Empleo.

→Duración de la actividad formativa. Se debe respetar el número de horas fijado por el Servicio Público de Empleo Estatal para las especialidades adecuadas a la actividad laboral.

→Acreditación de la cualificación o competencia profesional: Certificado de asistencia o diploma acreditativo de evaluación positiva, en los términos previstos en el artículo 11.2 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo.

→Financiación. Mediante bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social. Serán de aplicación los artículos 9, 10 y 11 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 14 de julio de 1998.

→Incentivos:

Cuando la contratación se celebre con un trabajador desempleado, inscrito como demandante de empleo:

- Las empresas tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga, a una reducción del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía

salarial y formación profesional, correspondientes a dichos contratos, si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75%, en el supuesto de que la empresa tenga una plantilla igual o superior a esa cifra.

- Asimismo, en los contratos para la formación celebrados o prorrogados según lo dispuesto en el párrafo anterior, se reducirá el 100% de las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social durante toda la vigencia del contrato, incluidas sus prórrogas.

#### Conversión:

Los contratos para la formación y el aprendizaje, si se transforman en indefinidos, cualquiera que se la fecha de celebración, tendrán derecho a la misma bonificación que el contrato indefinido inicial para personas con discapacidad, de acuerdo con el Art. 2.2, de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre.

Para poder acogerse a estos incentivos se habrán de cumplir los requisitos y no encontrarse en las causas de exclusión contemplados en la sección 1<sup>a</sup> del capítulo I de la Ley 43/2006.

#### Otras características

La retribución del trabajador se fijara en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en Convenio Colectivo sin que, en ningún caso, pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo trabajado.

La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.

Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad interrumpirán el computo de duración del contrato se concederá con las particularidades que se indican en el artículo 15 del R.D. 488/98, de 27 de marzo.

Si el trabajador continuase en la empresa al término del contrato, no podrá concertarse un nuevo período de prueba, computándose la duración del contrato a efectos de antigüedad en la empresa.

Normativa:

- Artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio.
- R. D. 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje.
- Orden de 14 de julio de 1998.
- Resolución de 26 de octubre de 1998.
- Real Decreto-Ley 20/2013, de 20 de diciembre.

**8.- Contrato en prácticas para personas con discapacidad**

Requisitos de los trabajadores:

- Ser trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el organismo competente, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.
- El contrato de trabajo en prácticas podrá concertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente, o de certificado de profesionalidad de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, que habiliten para el ejercicio profesional.
- Que no hayan transcurrido más de siete años desde la terminación de los estudios.

Formalización:

El contrato se formalizará por escrito, en cuadruplicado ejemplar, en modelo oficial. Al contrato se acompañará solicitud de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, así como el certificado de discapacidad.

Deberá constar expresamente la titulación del trabajador, la duración del contrato y el puesto de trabajo a desempeñar durante las prácticas.

Deberá comunicarse al Servicio Público de Empleo en el plazo de los diez días siguientes a su concertación, al igual que las prórrogas del mismo.

#### Duración:

No podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años; dentro de estos límites, los Convenios Colectivos de ámbito sectorial podrán determinar la duración del contrato. Si el contrato en prácticas se hubiera concertado por tiempo inferior a dos años, se podrán acordar hasta dos prórrogas, con una duración mínima de seis meses.

El periodo de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 ó 2, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3, salvo lo dispuesto en convenio colectivo.

A la finalización del contrato no podrá concertarse un nuevo periodo de prueba, computándose la duración de las prácticas a efectos de antigüedad en la empresa.

#### Incentivos:

Las empresas tendrán derecho a una reducción, durante la duración del contrato, a tiempo completo o parcial, del 50% de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes.

Subvención para la adaptación de puestos de trabajo, eliminación de barreras o dotación de medios de protección personal, siempre que su duración sea igual o superior a doce meses.

Las conversiones en contratos indefinidos a tiempo completo, o a tiempo parcial, podrán acogerse a las bonificaciones reguladas en la Ley 3/2012, de 6 de julio (B.O.E. de 7 de julio).

### Otras características:

La retribución del trabajador será la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60% o al 75% durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo.

En ningún caso el salario será inferior al salario mínimo interprofesional. En el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial, el salario se reducirá en función de la jornada pactada.

A la terminación del contrato, el empresario deberá expedir al trabajador un certificado en el que conste la duración de las prácticas, el puesto o puestos de trabajo ocupados y las principales tareas realizadas en cada uno de ellos.

Ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años en virtud de la misma titulación.

Si al término del contrato el trabajador continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo período de prueba, computándose la duración de las prácticas a efectos de antigüedad en la empresa.

Posibilidad de obtener los beneficios establecidos en el R. D. 1451/1983, de 11 de mayo, modificado por el R. D. 170/2004, de 30 de enero, y en la Ley 43/2006, de 29 de septiembre (B.O.E. del 20 de diciembre), por la transformación del contrato temporal en indefinido.

### Normativa:

- Artículo 11 del R. D. legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.
- R. D. 488/98, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.
- R. D. 170/2004, de 30 de enero, por el que se modifica el R. D. 1451/83, de 11 de mayo.
- Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

## **A N E X O I V**

### **PROTECCIÓN ECONÓMICA DE LA DISCAPACIDAD POR INCAPACIDAD TEMPORAL Y POR LA INCAPACIDAD PERMANENTE**

#### Conceptos

Se confunde frecuentemente la discapacidad o minusvalía con el concepto de incapacidad. Esta última supone una alteración continuada de la salud que imposibilita a quien la padece para la realización de una actividad profesional.

Sin embargo, la discapacidad es aquella condición bajo la que ciertas personas que presentan alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, al interactuar con diversas barreras, éstas puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (definición dada por el artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad).

La propia Real Academia de la Lengua Española incorpora la vertiente laboral como una de las definiciones del término “incapacidad”: “Estado transitorio o permanente de una persona que, por accidente o enfermedad, queda mermada en su capacidad laboral”.

Cuando ese estado de incapacidad transitorio se transforma en permanente es cuando puede derivar en una discapacidad.

En España son competentes para el reconocimiento de la incapacidad laboral las Direcciones Provinciales del INSS a través de los Equipos de Evaluación de Incapacidades (EVI).

Una incapacidad temporal puede derivar, después de haber estado sometido el trabajador al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médica o haber transcurrido el plazo máximo, en una invalidez permanente, siempre que se presenten reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral, dando lugar a los siguientes grados de incapacidad:

- Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual: Ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en el rendimiento para dicha profesión.
- Incapacidad permanente total para la profesión habitual: Inhabilita al trabajador para su profesión habitual pero puede dedicarse a otra.
- Incapacidad absoluta para todo trabajo: Inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio.
- Gran invalidez: Cuando el trabajador incapacitado permanente necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida.

### Prestaciones

Veamos las prestaciones previstas en la legislación española para cada grado de incapacidad:

1. Incapacidad temporal.- En el Régimen General de la Seguridad Social, la incapacidad temporal tiene un derecho a subsidio del 60% de la base de cotización del trabajador a partir del cuarto día desde la fecha de la baja y del 75% a partir del 21 día, siempre que se trate de una baja por enfermedad común. Si el motivo de la baja hubiere sido el accidente o la enfermedad profesional ese derecho sería del 75% de la base y desde el primer día.

El derecho al subsidio se extinguirá:

- Por el transcurso del plazo máximo de 545 días naturales desde la baja médica (365 días iniciales más una prórroga de 180 días más cuando se presuma que, durante ellos, el trabajador pueda ser dado de alta médica por curación).
- Por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual.
- Por ser dado de alta el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente.
- Por el reconocimiento de la pensión de jubilación.
- Por la incomparecencia injustificada del beneficiario a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la

Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

- Por fallecimiento.

2. Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.- La prestación consiste en una indemnización a tanto alzado en la cuantía de 24 mensualidades de la base reguladora que sirvió para el cálculo del subsidio de incapacidad temporal del que se deriva la incapacidad permanente. Se abona en un pago único.

La prestación está sujeta a tributación en los términos establecidos en las normas reguladoras del Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) y sometida, en su caso, al sistema general de retenciones a cuenta del impuesto.

3. Incapacidad permanente total para la profesión habitual.- La prestación por incapacidad permanente total es una pensión vitalicia en la siguiente cuantía:

- *Norma general:* 55% de la Base Reguladora (BR). Dicho porcentaje puede incrementarse en un 20% más para los mayores de 55 años cuando, por su falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual.
- *En los casos en que el trabajador, alcanzada la edad ordinaria de jubilación o más años, acceda a la pensión de IPT derivada de contingencias comunes, por no reunir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación:* El porcentaje aplicable será el que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación. Actualmente, dicho porcentaje es del 50%, que se aplicará a la BR correspondiente.

- *En los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la prestación se aumentará, según la gravedad de la falta, de un 30% a un 50% cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. Dicho recargo recae directamente sobre el empresario infractor.*

Esta pensión vitalicia, cuando el beneficiario sea menor de 60 años, puede ser sustituida por una indemnización de cuantía variable entre el valor de 84 mensualidades cuando el beneficiario es menor de 54 años a 12 mensualidades cuando su edad se encuentra comprendida entre 59 y 60. Cuando cumpla esa edad tendrá derecho a la pensión de jubilación que le hubiera sido reconocida inicialmente aumentada con las revalorizaciones que se hayan producido desde la percepción de la indemnización.

#### 4. Incapacidad absoluta para todo trabajo.- El 100% de la base reguladora.

- *En los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional:*  
Las pensiones se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30% a un 50% cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. Dicho recargo recae directamente sobre el empresario infractor. No será de aplicación

a los empleados de hogar el recargo de las prestaciones económicas en caso de AT y EP por falta de medidas de prevención de riesgos laborales.

- *En los casos en que el trabajador, alcanzada la edad ordinaria de jubilación o más años, acceda a la pensión de incapacidad permanente absoluta, derivada de contingencias comunes, por no reunir los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación:* El porcentaje aplicable será el que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación. Actualmente, dicho porcentaje es del 50%, que se aplicará a la base reguladora correspondiente.

5. Gran invalidez.- La cuantía de la pensión por gran invalidez estará formada por el importe de la pensión que corresponda por incapacidad permanente (total o absoluta), incrementada con un complemento destinado a remunerar a la persona que atienda al beneficiario.

- *Importe del complemento:* Será el resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el Régimen General en el momento del hecho causante, cualquiera que sea el régimen en el que se reconozca la pensión, y el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. En ningún caso, este complemento podrá tener un importe inferior al 45% de la pensión percibida -sin el complemento- por el trabajador.
- *En los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional:* Las pensiones se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30% a un 50% cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. A efectos del cálculo del recargo, se excluye el complemento de gran invalidez destinado a remunerar a la persona que atienda al gran inválido. Dicho recargo recae directamente sobre el empresario infractor.
- *En los casos en que el trabajador, con 65 años o más años, acceda a la pensión de gran invalidez, derivada de contingencias comunes, por no reunir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación:* El porcentaje aplicable será el que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido,

en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación. Actualmente, dicho porcentaje es del 50%, que se aplicará a la base reguladora correspondiente de la pensión, pero no al complemento.