

I CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

15,16 y 17 de Noviembre. Elche

**Título de la Comunicación:**

**Discapacidad e inmigración: ¿un reto superado?**

Autores: HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys

Email: lheredia@umh.es

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso

Email: lheredia@umh.es

Institución: Universidad Miguel Hernández de Elche.

Facultad de Ciencia Jurídica.

## **Resumen**

La presencia de población extranjera en España es un hecho innegable: desde finales de la década de los 90, la población española ha crecido tanto por el número de extranjeros que han elegido España como país de residencia, porque las familias inmigrantes han contribuido a elevar la tasa de natalidad. Este crecimiento nos obliga a poner el foco más allá de los derechos reconocidos y de los deberes exigidos, con carácter general, por las normas jurídicas vigentes; esto es, debemos detectar las necesidades de la población inmigrante y poner medios para hacerles frente.

Las personas inmigrantes con discapacidad forman parte de ese colectivo en el que, en buena medida, pueden encontrarse en una doble situación de vulnerabilidad: por ser inmigrante y por tener una discapacidad. En este contexto se enmarca el presente estudio, que tiene como objetivo analizar las dificultades que presentan las personas inmigrantes con discapacidad para lograr su integración en España. Para ello analizaremos, desde una perspectiva crítica, la relación entre inmigración y discapacidad; así como el funcionamiento del sistema legal de protección con el que cuentan las personas extranjeras que residen en España, con especial referencia a aquellos que se encuentran en situación irregular. Para finalizar, haremos un breve análisis de las dificultades legales que se les presentan cuando, siendo extranjeros, solicitan de un órgano jurisdiccional español la determinación de incapacidad y el nombramiento de un tutor.

**Palabras claves.** Inmigración, discapacidad, extranjero, integración, derechos, irregular

---

## **INDICE**

- I. INTRODUCCIÓN. ENCUADRE DEL TEMA.**
- II. LA PROTECCIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.**
  - II.1 ASPECTOS GENERALES**
    - A) Normativa de carácter general.**
    - B) El Derecho interno español.**
- III. LA ESPECIAL SITUACIÓN DEL EXTRANJERO DISCAPACITADO EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA.**

#### **IV. INCAPACITACIÓN Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS INCAPACITADOS MAYORES EN LOS SUPUESTOS INTERNACIONALES SOLICITADOS EN ESPAÑA.**

#### **V. CONCLUSIONES.**

#### **VI. BIBLIOGRARÍA**

---

##### **I. INTRODUCCIÓN. ENCUADRE DEL TEMA.**

La presencia de población extranjera en España es un hecho innegable: desde finales de la década de los 90, la población española ha crecido tanto por el número de extranjeros que han elegido España como país de residencia, porque las familias inmigrantes han contribuido a elevar la tasa de natalidad. Este crecimiento nos obliga a poner el foco más allá de los derechos reconocidos y de los deberes exigidos, con carácter general, por las normas jurídicas vigentes; esto es, debemos detectar las necesidades de la población inmigrante y poner medios para hacerles frente. Las personas inmigrantes con discapacidad forman parte de ese colectivo en el que, en buena medida, pueden encontrarse en una doble situación de vulnerabilidad: por ser inmigrante y por tener una discapacidad.

Generalmente se entiende que las personas que salen de sus países están en condiciones óptimas para hacer frente al cambio que ello supone. Sin embargo, los cambios que se producen en la vida del inmigrante afectan su integración desde diferentes ámbitos, incluidos el de salud. Pensemos por un momento en cuán importantes son estos cambios cuando se trata de una persona inmigrada con discapacidad, ello aumenta considerablemente los problemas de integración.

La entrada en vigor en 2008 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad ha reforzado la idea de que la discapacidad es una prioridad en materia de derechos humanos y de desarrollo. La discapacidad, tal y como dice la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su informe anual "forma parte de la condición humana": casi todas las personas sufriremos algún tipo de discapacidad transitoria o permanente en algún momento de nuestra vida.

Las estadísticas muestran un importante volumen de extranjeros en España, sin embargo, existe escasa información de las personas inmigrantes

discapacitadas<sup>1</sup>. Las cifras del Instituto Nacional de Estadísticas (en lo adelante, INE) reflejan que aproximadamente un 5% de la personas inmigrantes en España padecen algún tipo de discapacidad. Del último informe emitido por el INE, a 1 de enero del presente año, cabe destacar que:

- La población residente en España creció en 2016 por primera vez desde 2011. Se situó en 46.528.966 habitantes a 1 de enero de 2017, con un incremento de 88.867 personas.
- El número de españoles aumentó en 81.975 personas y el de extranjeros en 6.892. En estos resultados influye el proceso de adquisición de nacionalidad española.
- Durante 2016 España registró un saldo migratorio positivo de 89.126 personas. La inmigración aumentó un 21,9%, mientras que la emigración descendió un 4,6% respecto al año anterior.
- En el caso de los españoles, el saldo migratorio fue de –23.540 personas, menos negativo que en 2015, cuando fue de –42.536.
- El saldo migratorio de los extranjeros fue de 112.666 personas en 2016, positivo por segunda vez consecutiva desde 2010 y un 176,3% mayor que el del año anterior. Emigraron 241.795 personas e inmigraron 354.461.
- El número de habitantes decreció durante 2016 en Castilla y León, Galicia, Castilla–La Mancha, Extremadura, Principado de Asturias, Aragón, Cantabria y La Rioja. Y aumentó en el resto de comunidades autónomas.

Desde la perspectiva de la discapacidad, las cifras generales nos llevan a entender que un alto porcentaje de la población inmigrante se encuentra incluido en los grupos contemplados como personas con alguna discapacidad determinada y que, lógicamente éstas se concentran en las Comunidades que cuentan con una mayor presencia de población extranjera: Madrid, Cataluña, Comunidad Valenciana y Murcia.

	Total		Personas que la sufren		Personas que no la sufren	
	Valor absoluto	Porcentaje	Valor absoluto	Porcentaje	Valor absoluto	Porcentaje
<b>TOTAL</b>	27.560,9	100,00	2.370,9	8,60	25.190,0	91,40
<b>Andalucía</b>	4.923,8	100,00	483,0	9,81	4.440,8	90,19

<sup>1</sup> Tal y como bien apuntan PEÑAHERRERA, M. Y COBOS, F. en: “Inmigración y discapacidad; una aproximación a las otras discapacidades”, *PORTULARIA* VOL. IX, ADDENDA, pp.41-46, disponible en [http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/5753/Inmigracion\\_y\\_discapacidad.pdf?sequence=2](http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/5753/Inmigracion_y_discapacidad.pdf?sequence=2), consultado el 40/08/2017.

<b>Aragón</b>	783,7	100,00	51,6	6,58	732,1	93,42
<b>Asturias (Principado de)</b>	704,6	100,00	49,6	7,04	655,0	92,96
<b>Balears (Illes)</b>	591,2	100,00	63,1	10,67	528,1	89,33
<b>Canarias</b>	1.200,2	100,00	133,6	11,13	1.066,6	88,87
<b>Cantabria</b>	360,6	100,00	10,7	2,95	350,0	97,05
<b>Castilla y León</b>	1.554,1	100,00	135,0	8,69	1.419,0	91,31
<b>Castilla La Mancha</b>	1.106,0	100,00	122,0	11,03	984,0	88,97
<b>Cataluña</b>	4.323,8	100,00	313,4	7,25	4.010,4	92,75
<b>Comunidad Valenciana</b>	2.856,3	100,00	289,1	10,12	2.567,3	89,88
<b>Extremadura</b>	665,0	100,00	69,4	10,44	595,6	89,56
<b>Galicia</b>	1.775,7	100,00	211,4	11,91	1.564,2	88,09
<b>Madrid (Comunidad de)</b>	3.838,6	100,00	206,8	5,39	3.631,7	94,61
<b>Murcia (Región de)</b>	812,4	100,00	94,3	11,61	718,0	88,39
<b>Navarra (Comunidad Foral de)</b>	374,2	100,00	26,9	7,19	347,3	92,81
<b>País Vasco</b>	1.417,1	100,00	92,4	6,52	1.324,7	93,48
<b>Rioja (La)</b>	185,4	100,00	8,3	4,46	177,1	95,54
<b>Ceuta y Melilla</b>	88,2	100,00	10,1	11,44	78,1	88,56

*Fte. Elaboración propia. Datos INE a 1 de enero de 2017.*

En este contexto se enmarca el presente estudio, que tiene como objetivo analizar las dificultades que presentan las personas inmigrantes con discapacidad para lograr su integración en España. Para ello analizaremos, desde una perspectiva crítica, la relación entre inmigración y discapacidad; así como el funcionamiento del sistema legal de protección con el que cuentan las personas extranjeras que residen en España, con especial referencia a aquellos que se encuentran en situación irregular. Para finalizar, haremos un breve análisis de las dificultades legales que se les presentan cuando, siendo extranjeros, solicitan de un órgano jurisdiccional español la determinación de incapacidad y el nombramiento de un tutor.

El proceso migratorio es una apuesta firme por cambiar de país, es un proyecto personal o familiar del inmigrante con la finalidad de mejorar sus condiciones de vida que implica por un lado, el enfrentarse a las barreras sociales del país de acogida, y por otro, a las de tipo legal que le permitirán residir legalmente en España, acceder al mercado laboral y desarrollar una vida ciudadana donde la persona pueda ejercer los derechos y obligaciones

establecidos en el ordenamiento legal. Ahora bien, qué pasa cuando estos derechos se han de ejercitar por personas inmigrantes que sufren o padecen algún tipo de discapacidad y además, se encuentran en situación irregular.

En los siguientes apartados se analizarán de forma crítica, los diferentes ámbitos legales destinados a garantizar los derechos e intereses de las personas inmigrantes y discapacitadas en España para poner sobre el tapete aquellas dificultades que se puedan encontrar y algunas propuestas de solución a las mismas.

## **II. LA PROTECCIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.**

### **II.1 ASPECTOS GENERALES.**

Antes de analizar las diferentes fuentes del Derecho español en la materia, conviene dejar sentado qué se entiende por personas con discapacidad, ya que de la existencia de tantas normas al respecto, no encontramos una definición única ni coincidente. A efectos del presente trabajo utilizaremos la que se recoge en el artículo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según la cual las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás<sup>2</sup>.

Esto implica que la cuestión fundamental no radica en que la discapacidad tenga un origen físico o psíquico. Lo que resulta relevante es la discapacidad le suponga a las personas un impedimento, una limitación, un escollo en su normal intervención en la sociedad, dificultad de integración que como ya se ha dicho, se acrecienta cuando se trata de personas extranjeras en nuestro país.

#### **A) Normativa de carácter internacional.**

Las normas internacionales de las que España es parte, contienen exigencia de protección en todos los ámbitos para las personas con discapacidad. No obstante, su cumplimiento por parte de los Estados llega a convertirse en un “verdadero desafío por la dificultad que en la práctica conlleva cumplir con las exigencias y estándares exigidos internacionalmente”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>, consultado el 01/09/2017.

<sup>3</sup> Vid. LÓPEZ-VERAZA, C. “Inmigración y discapacidad: un reto multidisciplinar. Régimen jurídico, valoración, y propuestas”, en *Diario La Ley*, Nº 9019, Sección Tribuna, 12 de Julio de 2017, Editorial Wolters Kluwer

El principio de legalidad obliga a dar debido cumplimiento a tales obligaciones internacionales y en consecuencia, en el caso español nos hemos vistos inmersos en la reforma de la normativa a fin de cumplir con el mandato constitucional.

Desde el punto de vista internacional y con carácter general, las normas vigentes son las siguientes:

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, en vigor en España desde el año 2008.
- 1. La protección de las personas con discapacidad en el derecho originario de la Unión Europea
  - o A) Los Tratados constitutivos de la Unión Europea.
  - o B) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ( artículos 21.1 26)
- 2. La protección de las personas con discapacidad en el Derecho derivado
  - A) La Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación
  - B) El Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo
- 3. Los Programas de la Unión Europea en materia de discapacidad
  - o A) La “Estrategia sobre discapacidad 2010-2020”  
COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras<sup>4</sup> /\* COM/2010/0636 final \*/
  - o B) Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El tratamiento jurídico que ha recibido la discapacidad en la UE ha estado condicionado desde sus orígenes por dos elementos: 1) el tratamiento de la discapacidad en sí misma, esto es cómo se ha ido concibiendo a nivel social la discapacidad; y 2) por la atribución de competencia de los Estados miembros.

El sentido puramente económico de las primeras fases de integración de la UE provocó que en sus inicios, las personas con discapacidad fuesen excluidas de cualquier política comunitaria; sin embargo, más adelante, se optó por incluir la discapacidad dentro de la política social (arts. 117 a 125 del TCE). Desde sus orígenes hasta tiempos recientes el tratamiento de la discapacidad ha respondido a un modelo asistencialista. Se partía de un concepto que definía la

---

<sup>4</sup> /\* COM/2010/0636 final \*/ en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC0636>, visitado el 30/08/2017.

discapacidad como una “desviación de la normalidad” a partir del cual se intentaba asistir a la persona para reducir sus limitaciones. Pero en raras ocasiones se les reconocían unos derechos propios<sup>5</sup>.

La construcción del sistema de protección se ha ido llevando a cabo a través de una combinación de textos de *soft law*, programas y, finalmente, disposiciones de derecho originario y actos de derecho derivado, que antes hemos destacado.

Todos y cada uno de estos textos legales obligan a los Estados a implementar los mecanismos de protección de las personas con discapacidad. En el contexto europeo se establecen unas bases claras de actuación en el marco de la Estrategia de trabajo vigente hasta 2020, dado que la crisis económica de los últimos años ha repercutido negativamente en la situación de las personas con discapacidad, de manera que es aún más imperativo actuar. Dicha Estrategia pretende mejorar las vidas de estas personas y aportar mayores beneficios a la sociedad y la economía sin imponer una burocracia innecesaria a la industria y las administraciones.

El objetivo general de esta Estrategia es capacitar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación en la economía y la sociedad europeas, especialmente a través del mercado único. Lograr este objetivo y asegurar una puesta en práctica efectiva de la Convención en toda la UE exige coherencia. La Estrategia identifica medidas a escala de la UE complementarias a actuaciones nacionales y determina los mecanismos necesarios para aplicar la Convención en la Unión, sin olvidar las propias instituciones de la UE. También expone el apoyo que se necesita para la financiación, la investigación, la sensibilización, la recopilación de datos y la elaboración de estadísticas.

En el mismo ámbito internacional y desde el punto de vista del Derecho de extranjería, los textos internacionales fundamentales son:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,
- La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados,
- El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.

## **B) El Derecho interno español.**

La normativa interna parte de lo establecido por la Constitución de 1978 y dado el carácter amplio de la que regula las cuestiones de extranjería, haremos alusión a la que se encuentra directamente vinculada con este tema:

---

<sup>5</sup>CONCELLÓN, P. La protección de las personas con discapacidad en la Unión Europea, disponible en <http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/4033/1/tfm.pdf>, consultado el 01/09/2017.

- Texto consolidado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (Reformada por LO 8/2000, LO 14/2003, LO 2/2009, LO 10/2011, y RDL 16/2012).
- Versión consolidada Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (en su redacción dada por el Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre).
- Real Decreto 1800/2008 de 3 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen.
- Orden INT/3321/2011, de 21 de noviembre, sobre expedición de título de viaje a extranjeros.
- Orden PRE/1803/2011, de 30 de junio, por la que se establece el importe de las tasas por tramitación de autorizaciones administrativas, solicitudes de visados en frontera y documentos de identidad en materia de inmigración y extranjería.
- Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, RD 1/2013, de 29 de noviembre.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y de Atención de Dependencia (en adelante, Ley de Dependencia).

La Constitución Española de 1978, en su artículo 31.1 establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el título primero en los términos que establezcan los tratados y la Ley. En coherencia con ello, el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000 de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social («en adelante, LOEX establece que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

En su apartado segundo, continúa diciendo que las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o

convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

Por tanto, vemos nuevamente que en las propias leyes de nuestro ordenamiento interno se nos remite a los tratados, haciéndose incluso referencia expresa como criterio de interpretación, o a la Declaración Universal de Derechos Humanos. De ahí que cualquiera sea la actuación y/o aplicación de las normas en relación con los extranjeros que se encuentren en nuestro país deberá llevarse a cabo en atención a los principios de igualdad y no discriminación, los cuales se encuentran en el art. 23 de la LOEX.

La inclusión de estos principios cuenta con críticas a las que nos sumamos en este marco ya que si partimos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la lógica jurídica impone en cualquier sistema de derechos humanos su regulación en primer lugar y no en el último capítulo del título primero de la norma en cuestión. Además de que no resulta adecuado el tratamiento dado al principio de no discriminación en la LOEX ya que éste forma parte del derecho fundamental a la dignidad de las personas, constitucionalmente reconocido.

No obstante, de acuerdo con la LOEX, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

*“2. En cualquier caso, constituyen actos de discriminación: a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargado de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.*

*b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.*

*c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socio asistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su*

*condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.*

*d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.*

*e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”.*<sup>6</sup>

Sin embargo y aquí está el centro de nuestra visión crítica del tema objeto de estudio, a pesar de lo expuesto, tanto la normativa española permite, en otra parte de sus fuentes jurídica, el ejercicio de determinados derechos por parte de las personas extranjeras, atendiendo a la situación de regularidad o falta de documentación que le acredite como residente legal en nuestro país, distinguiendo diferentes supuestos: residentes legales, extranjeros en situación de estancia, refugiados y personas extranjeras en situación administrativa irregular.

¿Qué derechos reconoce el ordenamiento jurídico a los extranjeros en el ámbito laboral y de las prestaciones de la Seguridad Social? ¿A qué requisitos se encuentran sujetos?

El reconocimiento de derechos en el ámbito laboral para cualquier ser humano garantiza el derecho de toda persona a tener un medio de vida con que el desarrollarse como tal. Por ello, tanto las constituciones, como la legislación en materia de extranjería, reconocen derechos laborales como el derecho a unas condiciones dignas de trabajo, seguras e higiénicas, el derecho a un trabajo libremente escogido y aceptado, el derecho a una remuneración adecuada, el derecho a la limitación de la jornada y a períodos de descanso remunerado, el derecho a constituir sindicatos y afiliarse a los mismos; el derecho de huelga; el derecho a igual remuneración por trabajo de igual valor y el derecho a la igualdad en el trato.

1. Derecho al trabajo. Nuestra CE reconoce en su artículo 35 el derecho al trabajo con la doble una doble vertiente: derecho y deber. Añadiendo el derecho a la libre elección de profesión, la promoción y remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que pueda el trabajador ser discriminado por razón de sexo.

A) Derecho al ejercicio de actividad profesional en España: El artículo 10 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, reconoce a los extranjeros con el requisito de

---

<sup>6</sup> «BOE» núm. 10, de 12/01/2000, Texto consolidado, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>

la residencia, el derecho al trabajo en las condiciones que la propia Ley orgánica desarrolla, concretando el citado derecho en el ejercicio de una actividad remunerada por cuenta propia o ajena. Es decir, el derecho al ejercicio de una actividad profesional en nuestro país es un derecho que tiene cualquier ser humano, independientemente de su nacionalidad.

No obstante, para desarrollar este derecho es necesario referirlo a las condiciones que ésta ley concreta. Y éstas no son otras que las relativas a la autorización por residencia y trabajo que la citada ley desarrolla en el artículo 36, 37, 38 y 39, en los que se señala la autorización de residencia y trabajo con la exigencia del contrato de trabajo, la solicitud de cobertura de un puesto vacante, presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente en los supuestos de trabajo por cuenta ajena, o el cumplimiento de todos los requisitos legales (actividad proyectada, suficiencia de la inversión y potencial creación de empleo) en el caso del trabajo por cuenta propia. También el régimen especial al que están sujetos los investigadores, los profesionales altamente cualificados, así como el régimen especial de los trabajadores de temporada (art. 42).

B) Derecho al acceso al empleo público en España: El párrafo segundo del artículo 10 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, reconoce el acceso de los trabajadores extranjeros al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. En su artículo 57 se recogen los requisitos en el acceso de los nacionales de otros Estados, con la particularidad de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. Estos podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas, siendo los órganos de Gobierno de las mismas los que determinarán las agrupaciones de funcionarios a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados.

2. Libertad de sindicación y derecho a la huelga del extranjero. El derecho fundamental a sindicarse libremente y el derecho de huelga reconocido en el artículo 28.1 y 2 de la CE, puede ser ejercido por los nacionales y extranjeros. De hecho, nuestra norma fundamental utiliza la expresión “todos” para referirse a él. Además, no exige la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, pudiendo ser ejercido en las mismas condiciones que los españoles.

A) Libertad de sindicación: La libertad sindical, reconocida a los extranjeros en régimen de igualdad en el artículo 11.1 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, como derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, sería un derecho individual pero ejercido

colectivamente. Son titulares todas las personas físicas entendidas como asociación de trabajadores que persiguen un objetivo esencial: fomentar y defender los intereses de los trabajadores a través de la organización sindical. El citado derecho comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, siendo un derecho y no una obligación, por lo que nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

B) Derecho de huelga.: En parecido sentido, el artículo 11.2 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, reconoce el derecho de huelga a los trabajadores extranjeros en las mismas condiciones que a los españoles, concretándose en un derecho de los trabajadores para la defensa de sus intereses, exigiendo el mantenimiento durante la huelga de los servicios esenciales de comunidad. Corresponde a los trabajadores individualmente, pero se ejerce colectivamente pues no es posible la huelga individual, que sería, sin más, un incumplimiento del contrato de trabajo. Pueden hacer huelgas los trabajadores por cuenta ajena, por lo que se los trabajadores autónomos, por su propia naturaleza, no realizan huelgas, sino paros reivindicativos o huelgas empresariales, que son conflictos colectivos pero no de naturaleza laboral, que enfrentan a aquéllos con el Gobierno.

3. Derecho a la Seguridad Social: Este derecho se inserta dentro de los principios rectores anteriormente citados que nuestra Constitución desarrolla (art. 41), y es el Estado el que tiene la obligación de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. Es por ello, un derecho humano inalienable que se concreta en un conjunto de medidas que el Estado proporciona a sus ciudadanos con la finalidad de corregir desequilibrios económicos y sociales, mediante las prestaciones y la asistencia médica, principalmente. Garantiza que todas las personas accedan a los bienes y servicios mínimamente necesarios para una vida digna, siendo obligación del Estado asegurar que todas las personas que habitan su territorio estén protegidas contra accidentes, dificultades y enfermedades.

A) Reconocimiento de un derecho en las mismas condiciones que los españoles: La Ley 4/2000, de 11 de enero, en su artículo 14. 1, establece que los extranjeros residentes tienen derechos a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. Por lo que se está vinculando el reconocimiento del derecho a la situación legal del extranjero, que salvo para los ciudadanos de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros, o ser nacional de otro país distinto a estos, pero con autorización para residir en territorio español, o apátridas, se exige tener la condición de asegurado.

Por ello, si un extranjero no es trabajador por cuenta ajena o cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta, u ostenta la condición de pensionista, o perceptor de cualquier otra prestación de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo, no podrá ser titular de las de ese derecho, exceptuándose en el párrafo segundo del mismo artículo 14, a los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España. Estos tendrán derecho a recibir tratamiento, servicios y cuidados que especiales que exija su estado físico o psíquico.

B) Acceso a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social y a los servicios y prestaciones sociales: En el ámbito de la Seguridad Social, las prestaciones económicas tienen carácter contributivo y constituyen un derecho que, una vez reconocido cuando se reúnen determinadas condiciones, se integra en el patrimonio del beneficiario, en las contingencias o situaciones protegidas previstas en la Ley.

Éstas prestaciones son las pensiones, entendidas como prestaciones económicas de devengo periódico y de duración vitalicia o hasta alcanzar una edad determinada; los subsidios, o prestaciones de devengo periódico y de duración temporal; las indemnizaciones prestaciones económicas abonables por una sola vez; y otras prestaciones por desempleo o de protección familiar sin contenido económico. También podrían mencionarse la asistencia sanitaria, la prestación farmacéutica y los servicios sociales como prestaciones en especie. Todas ellas, como ya hemos señalado, vinculadas a la residencia legal en nuestro país, y al efectivo contrato legal de trabajo. La única excepción está recogida en el párrafo tercero del artículo 14, en lo que respecta a los servicios y prestaciones sociales básicas. Las mismas, están reconocidas a los extranjeros, independientemente de su situación legal, y pueden resumirse en un conjunto de acciones profesionales tendentes a mejorar el bienestar social y favorecer la integración de los inmigrantes, intentado conocer, prevenir e intervenir en situaciones de riesgo social o exclusión. Los servicios se organizan en cada municipio o provincia y ofrecen atención, asesoramiento y atención de las prestaciones que se pueden percibir en los casos de urgencia social, inserción social y laboral.

4. Derecho a la asistencia sanitaria: El artículo 43 en su párrafo primero de la CE consagra el derecho a la protección de la salud párrafo primero, para trasladar el mandato a los poderes públicos en su párrafo segundo, de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. En idéntico sentido, el ya comentado artículo 41 establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. También la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de

junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social) introduce como acción protectora la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo. Y en el caso de los extranjeros, según el artículo 12 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria. Por tanto, será esta legislación la que determine el disfrute del derecho.

A) Reconocimiento del derecho en las mismas condiciones que los españoles. Normativa interna: El ejercicio de este derecho para los extranjeros queda por tanto supeditado al contenido de la legislación vigente en esta materia. Y en este sentido el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, transforma las condiciones de ejercicio del citado derecho, vinculándolas a la residencia legal expedida por las autoridades españolas. Será por tanto la nueva regulación de la condición de asegurado sobre la que gravita el derecho a la asistencia sanitaria en España. Su artículo 1 modifica la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, implementando, en su artículo 3.2 las siguientes condiciones al no nacional para percibir esa prestación:

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
- c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

Si no se tuviese la condición de asegurado o beneficiario de la prestación, la podrán obtener mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada) de la suscripción por convenio especial (artículo 3.5), incorporando el artículo 3. ter las situaciones especiales en los que los extranjeros sin residencia legal recibirán asistencia sanitaria ( urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; asistencia al embarazo, parto y postparto; y los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles).

Esta nueva situación sanitaria de los extranjeros irregulares entró en vigor el pasado 1 de septiembre del 2012, excluyendo a los inmigrantes

irregulares que no tienen la condición de asegurado, de la atención sanitaria en el acceso a los servicios públicos de salud, salvo los supuestos anteriormente mencionados en el art. 3.5, y produciendo la eliminación socio-sanitaria de aquellos que son irregulares por no estar empadronados, de los que poseen tarjeta sanitaria pero no el permiso de residencia (junto con sus mujeres reagrupadas por irregularidad sobrevenida), y de los que la perderán por agotar la prestación por desempleo.

Ahora bien, si enlazamos lo expuesto anteriormente con el contenido regulador de las leyes sobre protección de las personas con discapacidad en nuestro país, se constata que la Ley general de derechos de las personas con discapacidad armoniza en un solo texto el abanico normativo en vigor desde la década de los 80 y recoge una serie de definiciones como la de discriminación directa, e indirecta, y refuerza la consideración especial de discriminación múltiple.

Así mismo, se reconoce expresamente en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad la libertad en la toma de decisiones y se incluye un apartado destinado al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, que llevará su protección a todos los ámbitos, desde la protección de la salud, a la integración integral, incluida la educación y el empleo, la protección social, hasta la vida independiente así como la participación en asuntos públicos.

En lo que se refiera a Ley de Dependencia, es preciso resaltar que supuso un hito histórico al regular por primera vez las condiciones básicas que tienen por objeto garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía y la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia<sup>7</sup>. Esta Ley compromete a las Administraciones públicas españolas en atender a todas aquellas personas que requieran ayuda y apoyos significativos para poder ejercer sus derechos de ciudadanía, acceder a los bienes sociales y desarrollar las actividades más esenciales de la vida diaria.

Desde el punto de vista laboral, las empresas y empresarios tienen derecho a recibir bonificaciones (5) por contratar de manera indefinida a personas con discapacidad, existe la posibilidad de jubilación anticipada e incluso la compatibilidad de cobrar pensión por incapacidad y desarrollar al mismo tiempo trabajo. La normativa vigente reserva un 7% de las plazas públicas para ser cubiertas por personas discapacitadas y desde el punto de vista fiscal se establecen beneficios en relación con la tributación de todas aquellas personas que cuenten con más de un 33% de discapacidad determinada.

---

<sup>7</sup> Vid. LOPEZ-VERAZA, C. *op cit*, pp.4-5

Pero no podemos perder de vista que para acceder a dichas ayudas se requiere lógicamente que la discapacidad haya sido acreditada por el organismo competente, siendo en este caso requisito imprescindible la obtención del mencionado certificado de discapacidad, para lo cual se requiere la residencia legal. Así pues, las personas extranjeras que carecen de residencia legal se enfrentan a un vacío jurídico y quedan excluidas del sistema de protección legal.

### **III. LA ESPECIAL SITUACIÓN DEL EXTRANJERO DISCAPACITADO EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA.**

Tal y como se ha apuntado más arriba en relación con los derechos reconocidos a los extranjeros en España, éstos tendrán acceso a las prestaciones de la Seguridad Social y a los servicios sociales, así como a la asistencia sanitaria, y al derecho a la enseñanza obligatoria y post-obligatoria en las condiciones que establecen las normas. De ahí que una buena parte de estos derechos queden reservados para los extranjeros en situación regular y por tanto, queden excluidos aquellos que carecen de autorización de residencia legal en España.

Para aplicación de lo previsto en Ley de Dependencia, se establece una conexión con la LOEX cuando se trate de ciudadanos extranjeros, lo que da lugar a entender que la nacionalidad española es requisito para ser beneficiario de la ley de Dependencia. Sin embargo, realizando una interpretación extensiva de la norma se aprecia que la Ley de Dependencia diferencia varios grupos: los españoles, los extranjeros en sentido general, los españoles en el extranjero y los emigrantes retornados.

De modo que los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles, teniendo derecho a los servicios, y a las prestaciones sociales, tanto generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles, siempre y cuando hayan residido en territorio español durante al menos cinco años, y de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

Por tanto, los ciudadanos extranjeros que padezcan una discapacidad no ven mermados sus derechos en comparación con los nacionales. Gozan, por exigencia constitucional, de los mismos derechos que los ciudadanos españoles, con independencia de que padezcan o no una discapacidad, aunque el punto de fricción está en la exigencia de residencia legal<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> No olvidemos la obtención de la nacionalidad española por parte de los extranjeros discapacitados, aunque no sea el objeto de este estudio. La SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de

En el epígrafe anterior, cuando tratamos los derechos reconocidos a los extranjeros en el ámbito de las prestaciones sociales básicas (art.14 LOEX), destacamos que los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sin que se especifique cuáles son dichos prestaciones básicas y sin diferenciar a las personas con alguna discapacidad. El propio precepto establece una diferencia de trato en razón de la que se podría basar en razones presupuestarias, ya que los menores de 18 años tendrán cubiertas sus necesidades con carácter universal. Sin embargo, aquellos mayores de edad y en situación irregular quedan fuera de estos mecanismos de protección.

Ante esta situación cabe preguntarse: ¿Es posible que un extranjero discapacitado pueda regularizar su situación por motivo de dicha discapacidad?

La respuesta a esta pregunta es compleja que la LOEX ni su Reglamento contemplan este supuesto, por lo que a priori, en caso de que no existiera ningún otro motivo para conceder la residencia, debería procederse a la incoación de expediente sancionador de expulsión del extranjero, en el caso de encontrarse en situación irregular. No obstante, contamos con un mecanismo para evitar esto, recogido en el artículo 31 de la LOEX que permite solucionar situaciones desproporcionadas, si bien no se refiere a los ciudadanos con discapacidad, por el cual la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. Lo que nos deriva a la pregunta de si la discapacidad puede considerarse incluida dentro del concepto «por razones humanitarias», debiendo para ello atender al desarrollo reglamentario de la LOEX.

El Reglamento incide en la excepcionalidad de la concesión de residencia fuera de los supuestos derivados de relaciones laborales o similares o en los que los ciudadanos extranjeros dispongan de medios suficientes para sí; en particular, el artículo 123 que establece que en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España

---

12 Nov. 2013, Nº. 523/2012 confirmó la resolución de la Dirección General del Registro y Notariado, que denegó al recurrente, ciudadano ecuatoriano con una gran discapacidad psíquica, su solicitud de nacionalidad española por residencia, por no haber justificado suficiente grado de integración en la sociedad española. El TS anuló dicha resolución, en Sentencia del 08/1082015, tras haberse interpuesto recurso de casación contra la misma, señalando que en la valoración de la integración social en España de conformidad con el art. 22.4 del Código Civil se exige la valoración específica de las circunstancias concurrentes en el ciudadano extranjero. En dicho supuesto el Tribunal a quo tuvo por probada una minusvalía psíquica del recurrente del 67% por lo que la adecuada constatación de la exigencia de integración social prevista en el art. 22.4 del Código Civil ha de ser lógica, adecuada y proporcional a tal minusvalía, ya que en caso contrario, se estaría produciendo una evidente discriminación del actor, vulneradora de los preceptos constitucionales a que hace mención la Sala de instancia, y de las normas por él citadas en los motivos de recurso.

en los supuestos de arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público, previstos en los artículos siguientes.

En cuanto a las razones humanitarias, se encuentran desarrolladas en el art. 126 del Reglamento, cuyo apartado segundo permite la concesión de la autorización de residencia a extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla supusiera un grave riesgo para la salud o la vida, pero no incluye, y por supuesto no se menciona, el caso de los ciudadanos extranjeros con discapacidad. Así que podemos afirmar que no existe ningún motivo, ni la Ley faculta a la concesión de la autorización de residencia a ciudadanos extranjeros afectados por alguna discapacidad.

No obstante, es necesario señalar que no es una lista cerrada, aunque el mencionado artículo 123 recoge de manera detallada (pero no excluyente) los supuestos excepcionales de concesión de la autorización de residencia tal y como señaló el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de enero de 2007. Así pues, y aunque se encuentra expresamente previsto, sería posible alegar la discapacidad como un supuesto para la concesión de la autorización por razones humanitarias, aunque para ello habría que analizar la situación en que se quedaría en su país de origen si se llegara a materializar la expulsión.

En otro de los preceptos del Reglamento de la LOEX, los artículos. 147-150 se establece como motivo para acceder a la autorización de residencia que el solicitante se beneficiario de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento. Y aquí, nos encontramos con otra contradicción: por un lado, para acceder a las prestaciones es necesario como regla general la residencia, mientras que por otro lado, es causa de obtención de residencia ser beneficiario de una pensión de incapacidad<sup>9</sup>.

Finalmente, y de acuerdo con la referencia hecha más arriba respecto a la expulsión, podemos plantearnos si hay algún límite al momento de materializar la expulsión de un ciudadano extranjero que padezca una discapacidad. Tenemos que decir que dicho supuesto no se encuentra expresamente previsto y desde luego ninguna referencia se hace a dicha situación en la LOEX. A priori, no habría inconveniente legal si atendiéramos

---

<sup>9</sup> Por lo limitado del número de supuestos que se dan en la práctica, parece ceñirse a aquellos supuestos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales sufridas en territorio español por ciudadanos extranjeros en situación irregular.

exclusivamente a la regulación interna, siempre que se considerara proporcionado, y se garantizara la dignidad del ciudadano extranjero, es decir, llevando a cabo el traslado de manera en que se garantizaran todas las necesidades especiales que pudieran necesitar.

Sin embargo, existe una jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos humanos que impide extraditar, expulsar o deportar a un extranjero sin valorar la discapacidad, siendo una circunstancia que ha de ser tenida en cuenta a la hora de proceder a la expulsión<sup>10</sup>.

Por otra parte, y como elemento de precisión de lo anterior expuesto, debemos señalar que de conformidad con el art. 57.4 de la LOEX no se podrán expulsar, salvo excepciones a los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, ocurridos en España, ni a su cónyuge, ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo. Ello en consonancia con los arts. 147 a 150, antes comentados y que constituyen supuestos que de obtención de la residencia.

En la misma línea, en relación con la expulsión de personas afectadas con discapacidad se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado en el ámbito penal, en su circular 7/2015, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por Ley Orgánica del 2015. La regla establecida en el art. 89 del Código Penal impone dicha la expulsión a los ciudadanos extranjeros condenados a penas de prisión de más de un año. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a los dos tercios de su extensión. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de 5 años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordara la ejecución del todo o parte de la parte, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma, pero se procederá

---

<sup>10</sup> Por todos, Asunto Nasri contra el Estado Francés en el cual, se valoró por parte del Tribunal una minusvalía como elemento para considerar vulneración del derecho a la familia el hecho de que el después demandante fuera sordomudo; concluyó que teniendo presente que se trata de un sordomudo, que desconocía el árabe, y su escaso equilibrio psíquico y social, ello sería constitutivo de una violación del art. 8 del Convenio si llegara a ser expulsado al Estado de su nacionalidad. El TEDH lo considera vulneración del derecho de familia y no del derecho de dignidad previsto en el art. 3 de lo que se infiere que si bien para el TEDH la discapacidad es un elemento a tener en cuenta, la misma no será motivo automático para impedir una expulsión. Caso contrario habría condenado por el art. 3 en el que se garantiza la dignidad de las personas y no por el 8 en el que se reconoce el derecho de familia.

posteriormente a su sustitución por la expulsión cuando haya cumplido dichos fines.

Esto es, que en virtud de dicho precepto, se establece para los ciudadanos extranjeros condenados a más de un año de prisión, la obligación de su sustitución por su expulsión, o bien en sentencia o bien en fase de ejecución. Sin embargo el apartado cuarto del citado artículo, de una forma similar a la LOEX, establece la necesidad de realizar un estudio de la proporcionalidad de la expulsión, para cuya operación, el Código Penal dispone que «no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. En este punto, la mencionada circular de la Fiscalía impone como criterio para informar desfavorablemente a una sustitución el estado de salud del ciudadano extranjero, debiendo considerarse en todo caso desproporcionada, en el caso en que el extranjero se encuentre en un estado físico o psíquico de tal entidad que la aplicación de la sustitución le dejara en situación de grave vulnerabilidad o agrave su situación.

Relacionado con el supuesto anterior, se encuentran los casos de expulsión del ciudadano extranjero al que se le haya impuesto en el marco de un proceso penal, una medida de seguridad. Esto es, cuando una persona ha cometido un hecho tipificado como delito pero que por determinadas circunstancias puede ser total o parcialmente inimputable, y a pesar de ello, tanto del hecho como de las circunstancias personales del sujeto, puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Las circunstancias de inimputabilidad que pueden dar lugar a la posterior imposición de una medida de seguridad se encuentran previstas en los arts. 20 y 21 del Código Penal pudiendo ser o bien por anomalía o alteración psíquica que impida al sujeto comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, o por encontrarse bajo la influencia de drogas tóxicas o estupefacientes así como supuestos en los que se hallen bajo el síndrome de abstinencia, y aquellos casos en los que el autor del delito tuviera alterada gravemente la conciencia de la realidad por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia.

Por tanto, es altamente probable que las personas a las que se le imponen medidas de seguridad puedan sufrir una discapacidad, siendo habitual que con posterioridad o incluso de manera simultánea al proceso penal, se inicie un procedimiento civil de modificación de la capacidad de obrar, o, al menos, se lleven a cabo las diligencias necesarias para comprobar que se encuentran suficientemente protegidos sus intereses. Ahora bien, dichas medidas de seguridad pueden consistir en diversas opciones tales como el internamiento en centro psiquiátrico o en centro de deshabitación, pero de manera también pueden ser sustituidas por la expulsión del territorio nacional al

amparo del art. 108 del Código Penal con mayor grado de automatismo que el previsto en el art. 89 del Código Penal.

Según este precepto, si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la pena. El apartado segundo y tercero le imponen la prohibición de regresar en un plazo de 10 años a territorio nacional, contados desde la fecha de su expulsión, y debiéndose computar de nuevo plazo de prohibición de entrada en el supuesto en que haya intentado quebrantar dicha orden.

Aquí, nos volvemos a encontrar con otra incoherencia del sistema legal y que afecta al extranjero, en situación irregular y que padece una discapacidad. El precepto no hace referencia al juicio de proporcionalidad al que se refiere el art. 89 del Código Penal pero que evidentemente, es preciso realizar para garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos extranjeros; y, en segundo lugar, por el hecho de que se impone al extranjero objeto de la sanción, una prohibición de entrada al territorio nacional durante un periodo de 10 años. Sin embargo, para los supuestos de condenados a pena y no sujetos a medida de seguridad, el art. 89 del Código Penal otorga al Juez sentenciador la facultad de imponer un plazo de prohibición de retorno de 5 a 10 años, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

En definitiva, para los sujetos inimputables por las razones expuestas se les impide a los jueces y tribunales graduar la prohibición de regreso al territorio nacional, y sin embargo sí se les otorga dicha posibilidad en los casos de condenados a una pena superior a un año de prisión. Esta diferenciación y trato distinto en uno y otro caso, no encuentra justificación lógica, se produce un trato desigual en detrimento de las personas a las que se le ha impuesto una medida de seguridad, máxime cuando pueden tratarse de sujetos afectados por alguna discapacidad, y que, por tanto, el poder decisorio del juez sentenciador debería ser mayor para poder valorar tanto la conveniencia de la sustitución de la medida de seguridad por su expulsión como del ulterior plazo de prohibición en territorio nacional.

#### **IV. INCAPACITACIÓN Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS INCAPACITADOS MAYORES EN LOS SUPUESTOS INTERNACIONALES SOLICITADOS EN ESPAÑA.**

Al hilo de la posibilidad de que los Tribunales españoles puedan declararse competentes para determinar judicialmente la incapacidad y tutela de las personas extranjeras que se encuentran en España, se dedica este último apartado a analizar brevemente las reglas que se aplican a estos casos y el alcance de la justicia española a qué supuestos queda reservado.

#### **A) En relación con la competencia judicial internacional.**

Son competentes los tribunales españoles para la declaración de incapacidad de los mayores, cuando el sujeto sobre el que recae la declaración de incapacidad tiene en España su “residencia habitual” (art. 22.quáter b) LOPJ). Los tribunales españoles son competentes para adoptar medidas cautelares o provisionales cuando los bienes del incapaz o éste se hallen en territorio español y la medida deba cumplirse en España.

#### **B) En relación con la Ley aplicable.**

Dado que la incapacidad afecta a la capacidad de obrar del sujeto, es por ello que la Ley aplicable a la declaración de incapacidad es la Ley personal del sujeto (artículo. 9.1 Código Civil). La excepción de orden público internacional impide aplicar en España las Leyes extranjeras que permitan la declaración de incapacidad sin intervención judicial así como las Leyes que permitan tal declaración sin que concurra una causa física o psíquica relevante.

La Ley personal del sujeto regula: a) Las causas para declarar judicialmente incapacitada a una persona; b) La condición jurídica del incapacitado: la extensión y límites de la incapacidad. Sin embargo, los efectos de la incapacidad en relación con los actos que el incapacitado realice frente a terceros deben ser regulados por la Ley que rige el acto en cuestión.

#### **C) En relación con la medidas de protección del incapaz.**

Una vez constatado que el sujeto mayor de edad ha sido declarado incapacitado con arreglo a su Ley personal (art. 9.1 CC), es preciso adoptar unas “medidas de protección” de dichos sujetos. Otra vez, volvemos a considerar que los Tribunales españoles son competentes para adoptar tales medidas cuando los incapacitados tuvieren en España su residencia habitual (art. 22.quáter b) LOPJ).

La Ley aplicable a las medidas de protección de los incapaces mayores, se regula en el artículo 9.6 del Código Civil, conforme a una regla general y dos reglas especiales<sup>11</sup>:

---

<sup>11</sup>Vid por todos, CALVO A. Y CARRASCOSA J., Derecho internacional privado, Comares, Granada, 2016.

1º) Regla general. La tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regulan por la Ley nacional de tal sujeto. El punto de conexión, la nacionalidad del sujeto, genera inconvenientes cuando el sujeto incapacitado tiene sus bienes en otro país, donde reside también, normalmente, su familia. Hubiera sido más adecuado someter la cuestión a la Ley de la “residencia habitual del incapaz”.

2º) Primera regla especial. Las “medidas provisionales o urgentes de protección” se regirán por la Ley de la residencia habitual del incapacitado. Ello resulta desafortunado, pues las medidas provisionales o cautelares pueden ser adoptadas por tribunales españoles si los bienes o la persona se hallan en España (art. 22. sexies LOPJ), y se aplicará la Ley de la residencia habitual del incapaz, que bien puede ser una Ley extranjera. Hubiera sido mucho más conveniente sujetar tales medidas provisionales o urgentes de protección a la Ley del país en el que dichas medidas deben cumplirse.

3º) Segunda regla especial. Las “formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección” en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas, se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española. La expresión “formalidades” debe cubrir todos los aspectos del procedimiento, ya sean procesales o de fondo, tales como audiencias, intervención del Ministerio Fiscal, etc.

La Ley nacional del incapaz rige estos aspectos: a) Organización, terminación y control de las instituciones de protección del incapaz; b) Régimen de guarda; c) Administración de los bienes del sujeto; d) Representación legal del incapaz.

## **V. CONCLUSIONES.**

Tras el análisis del tema objeto de este estudio, podemos concluir con tres ideas básicas:

Primera: Las estadísticas siguen mostrando un importante volumen de extranjeros en España, sin embargo, existe escasa información de las personas inmigrantes discapacitadas. Las cifras del Instituto Nacional de Estadísticas reflejan que aproximadamente un 5% de la personas inmigrantes en España padecen algún tipo de discapacidad.

Segunda: A día de hoy, tal y como está estructurado el sistema legal, la población extranjera con discapacidad se ve doblemente discriminada, tanto por su discapacidad, como por su condición de extranjera, sin que exista una previsión legal específica orientada a corregir las situaciones de desprotección que se puedan producir

Tercera: Es necesario tener en cuenta para el diseño de políticas de inclusión efectivas el caso de los inmigrantes con discapacidades, para ajustar y coordinar la normativa cubriendo todos los supuestos: personas con o sin residencia legal, ya que las normas permiten la concesión de la autorización de residencia a extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla supusiera un grave riesgo para la salud o la vida, pero no incluye, y por supuesto no se menciona, el caso de los ciudadanos extranjeros con discapacidad.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BALAGUER, F., "Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas", en M. Moya Escudero (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001

CALVO A. Y CARRASCOSA J., *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2016.

CONCELLÓN, P. "La protección de las personas con discapacidad en la Unión Europea2, disponible en <http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/4033/1/tfm.pdf>, consultado el 01/09/2017.

DE ASIS, R., BARRANCO, M.C., CUENCA, P. y PALACIOS, A., "Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español", en AAVV (editora CUENCA GÓMEZ, P.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010

FERNANDEZ, J.(DIR.) Y DURÁN,M. *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio*, Aranzadi, Navarra, 2017.

GARCÍA, S., *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007

JIMÉNEZ, R. M., "Marco conceptual comparativo entre la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la normativa española sobre discapacidad", en AAVV, *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ CUEVAS, M. D., “La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 5, 2002.

ORTEGA, A. (DIR.) Y HEREDIA, L. (COORD.), *Manual práctico orientativo de Derecho de extranjería*, Aranzadi, Navarra, 2016.

PEÑAHERRERA, M. Y COBOS, F. en: “Inmigración y discapacidad; una aproximación a las otras discapacidades”, *PORTULARIA VOL. IX, ADDENDA*, pp.41-46, disponible en [http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/5753/Inmigracion\\_y\\_discapacidad.pdf?sequence=2](http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/5753/Inmigracion_y_discapacidad.pdf?sequence=2) , consultado el 40/08/2017.

RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 292 y ss.

---