CONSEJO DE ESTADO

Núm.: 1.030/2018

Tengo el honor de remitir a V. E. el dictamen emitido por el Consejo de Estado en Pleno, en el expediente de referencia, recordándole al propio tiempo lo dispuesto en el artículo 7.4 del Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, sobre comunicación a este Consejo de la resolución que se adopte en definitiva.

Madrid, 28 de febrero de 2019

LA PRESIDENTA,

CONSEJO DE ESTADO
REGISTRO GENERAL
28 Feb. 2019
Numero 1.030/2018 Hora 16:28
SALIDA

EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA DEL GOBIERNO Y MINISTRA DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD.

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

CONSEJO DE ESTADO

Nº: 1.030/2018

S E Ñ O R E S :

Fernández de la Vega Sanz, Presidenta
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Herrero y Rodríguez de Miñón
Ledesma Bartret
Aza Arias
Manzanares Samaniego
Camps Cervera
Alonso García
Segarra Crespo
Pau Pedrón
Gómez Sánchez
Valcárcel Bernaldo de Quirós
Ortega y Díaz Ambrona
Rodríguez Ibarra
Michavila Núñez
Guillot i Miravet
Casas Baamonde
Pérez Vera
Sáenz de Santamaría Antón
García-Trevijano Garnica, Secretario General Accidental

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 28 de febrero de 2019, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"Por Orden de V. E. de fecha de 7 de diciembre de 2018, con registro de entrada el día 10 siguiente, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española.

De los antecedentes remitidos resulta:

PRIMERO. Contenido del anteproyecto

El anteproyecto sometido a consulta consta de una exposición de motivos y un artículo único.

La exposición de motivos se ordena en seis apartados, a lo largo de los cuales se explican las razones que han impulsado la iniciativa de reforma constitucional

El apartado I recuerda que la Constitución Española de 1978 consagra la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como claves de bóveda del Estado social y democrático de Derecho, una de cuyas

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

plasmaciones es el artículo 49 y la protección que dispensa a las personas con discapacidad. Reconoce que España fue pionera en la protección de este colectivo, si bien, en los últimos años, los principales impulsos para la protección jurídica de las personas con discapacidad han tenido origen en el Derecho internacional, en concreto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo contenido extracta. Con posterioridad tuvo lugar la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Afirma que, de manera paralela a este cambio normativo, se ha producido una demanda sostenida de modificación sustancial del artículo 49 de la Constitución, para acomodarlo a la realidad social y para sentar las bases de una acción pública más vigorosa y eficaz. Considera "*patente*" que la redacción del artículo 49 precisa una actualización en cuanto a su lenguaje y contenido, pues el primero no refleja ya los valores que inspiran la protección de este colectivo y el segundo se basa en una concepción médico-rehabilitadora de la discapacidad, hoy superada por un modelo social de corte igualitario.

El apartado II refiere que la reforma constitucional modifica íntegramente el artículo 49 desde el punto de vista del lenguaje, la estructura y el contenido, poniendo énfasis sobre los derechos y deberes de los que son titulares las personas con discapacidad como ciudadanos libres e iguales, y reconociendo la participación de sus organizaciones representativas, que deberán ser consultadas y cooperar activamente en la adopción de las políticas públicas que les afecten. Añade que la situación de especial vulnerabilidad de mujeres y niñas con discapacidad justifica la alusión expresa a la atención específica de sus necesidades y continúa diciendo que la reforma consagra el principio de protección reforzada de las personas con discapacidad para que se encuentren especialmente amparadas para el disfrute de los derechos e incluye, como "*cláusula de cierre*", una referencia a la "*protección mínima*" que ofrecen los tratados internaciones ratificados por España que velan por los derechos de las personas con discapacidad.

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

El apartado III de la exposición de motivos describe el contenido del primer apartado del nuevo artículo 49 y explica su alcance, que se materializa en la superación del enfoque clásico de la regulación de la protección de las personas discapacitadas, pasando de la enumeración de obligaciones de los poderes públicos a la consagración de los derechos que corresponden a dichas personas, en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas, introduciendo así, en el marco de los "*principios rectores de la política social y económica, una referencia expresa a los principios de igualdad material previstos en el artículo 9.2 de la Constitución*". Además, incluye una mención a los deberes constitucionales, que completa con la prohibición de discriminación, incorporando "*al precepto el término empleado en el artículo 14 de la Constitución (…). Así, la igualdad formal del artículo 14 (…) también se traslada expresamente al capítulo III del título I*".

El apartado IV versa sobre el contenido del segundo apartado del nuevo artículo 49, que dirige un mandato "*de acción positiva*" a los poderes públicos con el fin de lograr dos objetivos esenciales: la plena autonomía personal, como perspectiva subjetiva de libertad; y la inclusión social, como dimensión comunitaria, en conexión con la igualdad y el desarrollo personal pleno en el entorno social. Reconoce el papel fundamental que en esta tarea han desarrollado las organizaciones representativas y por ello introduce una referencia expresa a su participación en la configuración de las políticas públicas, reconociéndoles la posibilidad de intervenir y participar activamente en la elaboración de medidas normativas y políticas. Reconoce también de manera explícita las necesidades específicas de mujeres y niñas con discapacidad.

Dedica la exposición de motivos sus apartados V y VI a exponer el contenido y alcance del tercer y cuarto apartados del nuevo artículo. Señala, respecto del primero, que las circunstancias de las personas que conforman este colectivo justifican el explícito reconocimiento constitucional de medidas destinadas a conseguir que el ejercicio de sus derechos pueda desarrollarse en plenitud. Con cita en la STC 208/2013, de 16 de diciembre, afirma que la mención expresa de la protección reforzada de los derechos se propone garantizar su aplicación en todo caso en el ámbito de la discapacidad.

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

El último apartado describe la remisión expresa que el apartado cuarto del artículo 49 opera a la protección que dispensan los tratados internacionales ratificados por España y expone que su objetivo es garantizar para este colectivo el nivel de protección mínima de los derechos reconocidos a nivel internacional, consagrados en convenios y tratados para "*que puedan ser tenidos en cuenta, no sólo los textos en vigor*", sino también los que se ratifiquen en el futuro.

El artículo único dispone que el artículo 49 de la Constitución Española queda redactado en los siguientes términos:

"*Artículo 49*

1.- Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2.- Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

3.- Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4.- Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos".

SEGUNDO. Contenido del expediente

I.- El anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española se acompaña de dos documentos que integran el expediente: el

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se toma conocimiento del anteproyecto (i) y el Estudio preparatorio sobre la reforma del artículo 49 de la Constitución Española (ii).

(i) El Acuerdo por el que se toma conocimiento del anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española es un documento breve, de algo más de una página, en el que se expone que, aunque el artículo referido situó en su día a España a la vanguardia de la protección de las personas con discapacidad, en los últimos años los principales impulsos para la protección jurídica de este colectivo han tenido lugar en el Derecho internacional. Por ello, la redacción original del artículo 49 precisa de una actualización a la vista de la normativa internacional que cita –la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006-, tanto por la terminología que emplea como por la concepción que preside su contenido. Considera por ello que es "*necesario proceder a la reforma del artículo 49 de la Constitución, de manera que este precepto vuelva a ser referencia para la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en España*".

(ii) Con posterioridad a la formulación de la consulta, el Estudio preparatorio sobre la reforma del artículo 49 de la Constitución Española tuvo entrada en el Consejo de Estado el 28 de diciembre de 2018. Este estudio se ordena internamente en tres apartados. El primero de ellos aborda una exposición del "*contexto jurídico*" en el que se enmarca la iniciativa, refiriendo la evolución producida tanto en la terminología empleada como en el enfoque del tratamiento de la discapacidad en España. Reconoce el avance que supuso la consagración de la protección de las personas con discapacidad en el artículo 49 de la Constitución, si bien considera que en la actualidad el texto vigente revela algunas limitaciones, derivadas de la falta de definición de los derechos de las personas a las que se refiere. En este sentido, pone de relieve la transformación que se ha operado desde la teoría rehabilitadora hacia la teoría social, impulsada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006, que formula una noción renovada de la discapacidad, adopta un nuevo lenguaje y configura el tratamiento de esta realidad mediante medidas que garanticen la igualdad y la libertad a través de la autonomía personal y la integración social. Cita las normas a cuyo través se

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

adaptó la regulación interna a las exigencias de la Convención de 2006 y concluye que, a consecuencia de los cambios normativos referidos, "*se realizó una relectura del artículo 49 de la Constitución para incorporar los principios de la nueva regulación por vía interpretativa*", si bien en la actualidad "*resulta oportuno superar esa situación para propiciar más fácilmente*" una evolución de los derechos, lo que precisa la reforma del mencionado precepto.

Inicia así el "*análisis de los elementos a considerar para la reforma del artículo 49 de la Constitución*", que integra el segundo de los apartados del Estudio preparatorio. Identifica las cuestiones a abordar al respecto, entre las que contempla la sustitución del término "*disminuidos*", en desuso por resultar peyorativo, por el más aceptado de "*persona con discapacidad*", aunque reconoce el manejo reciente de "*personas con diversidad funcional*" que, sin embargo, descarta por no abordar la discapacidad desde la perspectiva social.

El segundo elemento central que identifica es el concerniente a la enumeración de las discapacidades "*físicas, sensoriales y psíquicas*" que se prevé en el artículo 49 de la Constitución, enumeración tasada que se considera innecesaria, máxime cuando no prevé una definición de "*discapacidad*", que en cambio sí se concreta en la legislación vigente. Otro de los aspectos que precisa reforma es el relativo a la enumeración de las políticas públicas de "*previsión, tratamiento y rehabilitación*", inspiradas en una concepción médico-rehabilitadora hoy superada por la teoría social, centrada en el reconocimiento y garantía de la efectividad de derechos y a través de medidas de acción positiva tendentes a lograr la autonomía personal y la inclusión social. También considera merecedora de un "*análisis crítico*" la política de integración prevista en el precepto constitucional, que sugiere sustituir por otra referencia más acorde a la idea de "*inclusión social*". Por otro lado, entiende oportuno plantear la incorporación del término "*autonomía personal*" como dimensión individual correlativa a la inclusión social, de ámbito esencialmente colectivo; y del concepto "*accesibilidad universal*", como condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios para ser comprensibles, utilizables y practicables con carácter universal; concepto que pretende garantizar la posibilidad de acceso en idénticas condiciones al resto de ciudadanos.

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

Añade que la protección que el artículo 49 otorga a las personas con discapacidad se ha considerado por el Tribunal Constitucional como una manifestación concreta de la prohibición de discriminación que reconoce el artículo 14 y de la promoción de la igualdad del artículo 9.2, ambos de la Constitución, si bien considera adecuado evolucionar mediante una mención expresa, en la nueva redacción del precepto, tanto a la prohibición de discriminación como a la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva. De esta manera, la igualdad formal del artículo 14 y la igualdad material del artículo 9.2 quedarían expresamente insertas en el capítulo III del título I de la Constitución. Considera también idóneo incluir en el artículo 49 una referencia a la protección prevista en los tratados internacionales, no obstante lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución, y otra a las asociaciones que velan por los derechos de las personas con discapacidad, concluyendo que la introducción de todos los elementos examinados exige una revisión completa del precepto constitucional.

El tercer y último apartado del Estudio preparatorio, bajo la rúbrica "*comentarios a la propuesta de nuevo artículo 49*", señala que, de acuerdo con lo expuesto, la reforma afectaría tanto al lenguaje como a la estructura y contenido del precepto, cuyas previsiones procede a exponer y explicar de manera pormenorizada en coherencia con las razones apuntadas en el apartado inmediatamente anterior.

II.- Previa solicitud de audiencia y de que esta fuera otorgada, el 26 de diciembre de 2018 tuvo entrada en el Registro del Consejo de Estado un escrito de alegaciones presentado por don Luis Cayo Pérez Bueno, presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). Expresa que la decisión del Gobierno converge con los trabajos llevados a cabo en el mismo sentido por los grupos parlamentarios en el seno de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad del Congreso de los Diputados y valora la propuesta como un "*buen punto de partida*", si bien considera que puede y debe ser objeto de mejoras, como las que se proponen en el documento que acompaña al escrito y que consisten en incluir ciertas previsiones en la redacción proyectada para que se contemple de manera expresa, fundamentalmente, lo siguiente:

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

- La "*prohibición de exclusión social*" en el apartado 1.

- La puesta a cargo de los poderes públicos de la realización de las políticas necesarias para "*promover, proteger, y asegurar en todo caso y mediante la acción positiva*" la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad, "*su igual capacidad jurídica con los apoyos necesarios y su vida independiente y participativa en entornos universalmente accesibles*", en el apartado 2.

- La regulación de la protección "*jurídica*" reforzada de las personas con discapacidad, "*mediante Ley orgánica*", "*para asegurar la exigibilidad real, la máxima tutela judicial*" y el pleno ejercicio de los derechos y deberes, "estableciendo medidas de garantía y ajustadas a sus necesidades en los procedimientos administrativos y en los procesos judiciales".

Con ello, quedó configurado el expediente en orden a la emisión de dictamen.

I.- Objeto y competencia

El Consejo de Estado informa en virtud de lo dispuesto en el artículo 21.1 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, que establece que el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los anteproyectos de reforma constitucional cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado.

II.- Tramitación del anteproyecto y procedimiento de reforma constitucional

El artículo 166 de la Constitución, que inicia el título X, relativo a la reforma constitucional, señala que "*la iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87*".

El artículo 87.1 dispone que la iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras. Su apartado 2 añade que las Asambleas de las

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa.

Así las cosas, la iniciativa de reforma constitucional corresponde, entre otras instituciones, al Gobierno, que es quien ha impulsado la tramitación del expediente relativo al anteproyecto que ahora se informa.

Tramitación del anteproyecto

No contienen, las disposiciones vigentes, reglas específicas acerca de cuál deba ser el *iter procedimental* a cuyo través encauzar la iniciativa de reforma -salvo la previsión citada del dictamen preceptivo del Consejo de Estado-, limitándose a identificar a quién corresponde la titularidad de tal facultad (artículo 166 de la Constitución que remite al artículo 87), y a reglamentar el procedimiento de aprobación de los proyectos de reforma constitucional (artículo 167 y 168), una vez que el proyecto se debate ya en sede parlamentaria.

No parece conveniente, en atención a la singular naturaleza del texto sometido a consulta, que sean susceptibles de traslación, sin más, las previsiones que con carácter general se contienen en la legislación vigente en orden a disciplinar la elaboración de los anteproyectos de ley, como puedan ser la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, o la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Este mismo criterio, contrario a la extensión de la regulación general del procedimiento legislativo en fase de iniciativa gubernamental a los proyectos de reforma constitucional, se sostuvo por el Consejo de Estado en el informe relativo a la propuesta de reforma constitucional en materia de aforamientos y el procedimiento para su tramitación, de 15 de noviembre de 2018.

En el contexto descrito, debe considerarse adecuada la tramitación que ha tenido lugar, y, en ella, la elaboración del Estudio preparatorio que acompaña al anteproyecto.

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

Por último, y de conformidad con los artículos 2.2, párrafo tercero, y 21.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, debe recordarse que "*los asuntos en que hubiera dictaminado el Pleno del Consejo de Estado no podrán remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado*", debiendo entenderse por ello que la emisión del presente dictamen tiene carácter final, precedente inmediato a la decisión del Gobierno sobre el anteproyecto de reforma constitucional.

Procedimiento de reforma constitucional

Aprobado el proyecto de reforma constitucional por el Consejo de Ministros, procederá su remisión al Congreso de los Diputados para su tramitación, como proyecto de reforma constitucional.

La Constitución de 1978 diferencia, como antes se anunció, dos procedimientos distintos de reforma constitucional: la que, con carácter general, disciplina el artículo 167 del texto fundamental para reformas parciales, y la que corresponde al procedimiento agravado que el artículo 168 reserva, además de para aquellas iniciativas en las que se propusiere la revisión total de la Constitución, para cualquier reforma parcial que afecte al título preliminar, al capítulo segundo, sección primera del título I, o al título II del texto fundamental.

El anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución deberá tramitarse, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 de la misma norma y con las previsiones contenidas en el artículo 146 del Reglamento del Congreso y en los artículos 154 a 157 del Reglamento del Senado. De tales previsiones resulta que el procedimiento seguirá de cerca el esquema del legislativo ordinario si bien con las siguientes especialidades:

1) precisa de un quorum reforzado para su aprobación (mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras);

2) en caso de no lograrse acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado y, de no alcanzarse tampoco la aprobación y siempre

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma; y

3) aprobada la reforma por las Cortes Generales, deberá ser sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

III.- Contexto de la iniciativa de reforma

Una aproximación a la regulación relativa a las personas con discapacidad exige abordar, con carácter previo, el marco en el que debe encuadrarse la iniciativa, lo que hace preciso poner de relieve cuál ha sido la evolución normativa y conceptual de esta materia (i) y qué circunstancias han tenido lugar en los ámbitos nacional e internacional (ii) para crear el contexto que ahora reclama la transformación cuya constitucionalización se promueve (iii).

(i) Evolución de la regulación relativa a la protección de las personas con discapacidad

Las primeras regulaciones atinentes a las personas con discapacidad pueden rastrearse en España ya entrado el siglo XIX, aun cuando esta terminología (discapacidad) es reciente. Con una orientación de marcado carácter protector, la legislación decimonónica se inspira en la conceptualización jurídica de la incapacidad como un problema de índole patrimonial que precisa de solución legal, solventándose la problemática del mayor incapaz mediante el diseño de un sistema de protección basado en la "*incapacitación de la persona*" y concretado en la sustitución de su voluntad.

El Código Civil de 1889 vino a contemplar dos figuras bajo la idea primaria de "falta de capacidad", la de los menores –cuya falta o limitación de la capacidad de obrar deriva de su minoría de edad, teniendo por ello carácter temporal y transitorio– y la de los incapacitados, entendida la incapacidad natural de la persona que padece una enfermedad física o psíquica permanente

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

como un problema que precisa ser solventado de manera estable mediante la incapacitación, total o parcial, por virtud de sentencia judicial. Este sistema evolucionó, de manera paulatina, hacia un modelo de graduación de la capacidad, por vía judicial y en atención a cada supuesto específico, que se resolvía mediante la institucionalización de medidas de protección concretas, siendo la tutela la medida final, pero contemplando otras anteriores y menos invasivas de la capacidad de obrar del sujeto. En este proceso ha incidido la transformación progresiva de la comprensión de la discapacidad como una realidad que precisa medidas de acción positiva, por parte de los poderes públicos, orientadas a la integración efectiva de las personas afectadas en la sociedad.

Ejemplo de ello fue el artículo 49 de la Constitución, que luego se analizará con detalle, precepto que consagra las conquistas propias del Estado social y que fue pionero en el entorno del constitucionalismo europeo y precursor del modelo social ahora generalizado. Ejemplo fue también la reforma que operó en el Código Civil la Ley 13/1983, de 24 de octubre (que afectó los artículos 199 y siguientes). Esta norma modernizó la regulación material de la discapacidad de manera decidida, introduciendo el principio de graduabilidad de la incapacitación, el de tutela de autoridad y el de pluralidad de guarda, consecuencia del principio de proporcionalidad, estableciendo mecanismos que permiten atender cada supuesto de discapacidad física o psíquica de manera individualizada y con respuestas específicas a cada necesidad.

No obstante todos estos avances, en los últimos años se ha producido, tanto en España como en el resto de la comunidad internacional, un cambio de sensibilidad en la manera de afrontar el tratamiento de la discapacidad, entendida ahora como situación de vulnerabilidad que precisa, para su solución, del diseño de instrumentos específicos de protección cuya consecuencia no sea la exclusión legal del sujeto afectado de la sociedad, sustituyendo su voluntad; sino que logren como efecto la promoción de su autonomía, completándola o complementándola, según se precise, con el propósito de lograr su inserción social plena.

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

(ii) Transformaciones operadas a nivel interno e internacional en materia de derechos de las personas con discapacidad

El cambio de sensibilidad apuntado resulta de un largo proceso en el que ha ido fraguando el convencimiento de que la discapacidad es, como señala el apartado e) del preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, "*un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y a un entorno que impide su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*". Esta idea es la que se ha ido consagrando en los textos internacionales de las últimas décadas, ejemplo de los cuales son las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Resolución 48/96), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Recomendación nº R (99) 4, de 23 de febrero de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados –cuya aplicación ha reclamado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias de 27 de marzo de 2008, Asunto *Chtoukatourov* contra Rusia, y de 22 de enero de 2013, en el Asunto *Lashin* contra Rusia–, y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York en 2006.

La Convención Internacional (y su Protocolo Facultativo, referente al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 23 de noviembre de 2007 y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 de abril de 2008, ha sido considerada como el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, en tanto que opera una transformación en la manera de afrontar la discapacidad. Superando las concepciones asistenciales, médicas y preventivas, enmarca la problemática en el ámbito de los derechos fundamentales, promoviendo la plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones con independencia de su disfunción psíquica o física. Pone así a cargo de los poderes públicos de los Estados firmantes la necesidad de abordar la protección de los sujetos afectados desde el prisma del ejercicio de los derechos y, por tanto, diseñando apoyos puntuales inspirados en la

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

proporcionalidad, que permitan ejercer todos y cada uno de los derechos que les corresponden, removiendo los obstáculos que lo impidan y afrontando la regulación de la discapacidad, no como producto de una enfermedad, sino como fruto de la situación particular y diferente en la que estas personas están ubicadas en la sociedad.

El artículo 12 de la Convención, clave de bóveda del texto, encomienda a los Estados Partes reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, así como les obliga a adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, proporcionándoles salvaguardias que aseguren que tales medidas respetan los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida y que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

(iii) Contexto actual

La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad forma parte del ordenamiento interno desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* el 21 de abril de 2008.

No obstante su aplicabilidad y su eficacia jurídica interna desde el momento de su publicación oficial, el legislador español adoptó una reforma legal en aras de adaptar las disposiciones vigentes a los compromisos asumidos a consecuencia de la ratificación del instrumento internacional referido. Por tal motivo se aprobó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, más adelante, el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

La asunción de esta nueva configuración se ha ido plasmando, además de por virtud de la reforma legal operada, tanto a nivel normativo –la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que introdujo el artículo 239 bis en el Código Civil

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

(relativo a la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente), o la modificación del Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, para reforzar las penas relativas a ciertos delitos cuando la víctima es una persona con discapacidad necesitada de especial protección– como a nivel jurisprudencial. Así, por ejemplo, la STS 282/2009, de 29 de abril, siguiendo una línea apuntada ya por el Tribunal Constitucional –entre otras en la STC 174/2002, de 9 de octubre–, inició una nueva etapa jurisprudencial en materia de protección de las personas con capacidad judicialmente modificada, a la luz de la Convención de Nueva York de 2006 (reiterada, entre otras, en SSTS de 30 de septiembre de 2014 y de 4 de noviembre de 2015).

Más aún, recientemente ha tenido lugar la aprobación de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad; y se encuentra actualmente en curso la tramitación de una relevante iniciativa legislativa que va a suponer un paso más en este proceso de transformación del tratamiento jurídico de la discapacidad: el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que modificará ampliamente el Código Civil, además de la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la del Registro Civil, la Ley del Notariado y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, entre otras.

En definitiva, el cambio de sensibilidad y de comprensión de la problemática de la discapacidad se pone de relieve en las transformaciones operadas en la legislación y jurisprudencia españolas, antes (gracias al "carácter social" que ya evidenciaba el artículo 49 de la CE) y después de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Prueba de ello es la amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al reconocimiento de la titularidad y defensa del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de las personas con discapacidad: STC 77/2014, de 22 de mayo, en la que se otorga el amparo solicitado y se considera que celebrar un juicio oral sin la presencia del demandado discapacitado vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva; derecho a la educación –*ex* artículo 27 de la Constitución– y prohibición de discriminación –*ex* artículos 14 y 49 de la

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

Constitución– para las personas con discapacidad (STC 10/2014, de 27 de enero), proscripción de la "*discriminación múltiple*" en el ámbito del derecho a la salud (STC 3/2018, de 22 de enero), derecho al honor y a la propia imagen (STC 208/2013, de 16 de diciembre), y necesaria adopción de medidas de acción positiva para "*promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los miembros de ese colectivo sean reales y efectivas*" (STC 18/2017, de 2 de febrero).

Así pues, la actual configuración del artículo 49 de la Constitución no ha impedido el natural desenvolvimiento de la protección y del impulso a la integración y ello por virtud de la incorporación que del Derecho internacional se opera en el Derecho interno no solo por la vía del artículo 96.1 de la Constitución y el artículo 1.5 del Código Civil, sino también por mor del artículo 10.2 de la Constitución, al que luego se hará referencia.

IV.- El artículo 49 de la Constitución Española

La reforma pretendida reclama, para su adecuada intelección, encuadrarla en su contexto, desde el entendimiento de las consecuencias que derivan de su incardinación en la Constitución como norma, la ubicación que dentro de ella ostenta y las consecuencias que de ello se derivan (i), y las peculiaridades que, fruto de lo anterior, se proyectan en lo concerniente a su interpretación y eventual modificación (ii).

(i) La particularidad normativa de los principios rectores de la política social y económica

Partiendo del carácter originario de la Constitución como expresión del poder constituyente y norma suprema en posición, valor y rango, *norma normarum* del sistema normativo e institucional que constituye, las disposiciones relativas a los principios rectores de la política social y económica, entre las que se inserta el artículo 49, presentan determinadas particularidades en su operatividad.

La Constitución Española de 1978 dispone en su artículo 9.1 lo que ha venido a denominarse su "*fuerza vinculante bilateral*", que opera, en

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

todo su contenido, tanto respecto de los ciudadanos como de los poderes públicos. Ahora bien, esta fuerza vinculante de la Constitución, determinante de toda la juridicidad del sistema, admite sin embargo grados en su inmediatez, como se verá a continuación, al abordar el análisis del título I de la Constitución, relativo a los derechos y deberes fundamentales, y cuyo contenido es diverso.

Es en el capítulo III de ese primer título, bajo la rúbrica "*de los principios rectores de la política social y económica*", en el que se consagran los postulados del Estado social, disponiéndose entre ellos, en el artículo 49 que "*los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*".

El constituyente distinguió, en el seno del título I, entre derechos y libertades -capítulo II- y principios rectores de la política social y económica -capítulo III-, diferenciando incluso dentro del capítulo II, dos secciones diversas, "*de los derechos fundamentales y las libertades públicas*" en la primera y "*de los derechos y deberes de los ciudadanos*" en la segunda.

Esta distinción, deliberada, y la distinta ubicación de los postulados constitucionales tienen consecuencias en su inmediatez, como antes se adelantó, y ello es así por voluntad de la propia Constitución, como se infiere de su artículo 53, que diseña unos mecanismos de protección de diversa intensidad, en función de una razón objetiva: los derechos y libertades tienen un significado básico y por ello se configuran como directamente operativos, mientras que los principios rectores de la política social y económica requieren, para su efectividad, de desarrollo legislativo. Ello es así porque en los principios rectores figuran lo que el constitucionalismo alemán denomina "mandatos constitucionales al legislador", algo más que normas programáticas, principios que inspiran de manera necesaria la acción del Estado, que debe por tanto orientarse hacia la consecución de los fines señalados por el poder constituyente. Así las cosas, el poder legislativo no es libre para atender o no tales postulados, antes bien, está obligado a desarrollarlos desde su reconocimiento, respeto y protección, así como a tenerlos presentes en la

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

definición, delimitación o diseño de cualesquiera actuaciones o políticas públicas.

En efecto, el artículo 53.3 de la Constitución señala que "*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*".

Todo lo anterior tiene relevancia en la medida en la que la pretensión de reforzar y avanzar en la senda de la protección de las personas con discapacidad no encuentra en la reforma constitucional el mecanismo *sine qua non* para su articulación futura, pues esta pasa por el desarrollo legislativo que se lleve a cabo de los postulados que el artículo 49 de la Constitución encierra. Es decir, que la operatividad del texto fundamental en lo concerniente a los principios rectores depende en gran medida, en este caso, del desarrollo legislativo que de esa previsión constitucional tenga lugar por el legislador ordinario. Como señaló el Tribunal Constitucional en su temprana Sentencia de 21 de diciembre de 1982, los principios rectores de la política social y económica tienen carácter programático en tanto que no vinculan de forma directa a los particulares, sino a los poderes públicos, que resultan formalmente obligados a cumplir el "*programa*" establecido en la Constitución.

En tal desarrollo legislativo, la interpretación y toma en consideración del artículo 49 no puede abordarse de manera aislada, sino de conformidad con el resto de preceptos constitucionales y a la luz de los efectos que estos producen.

ii) La interpretación del artículo 49 de la Constitución

La especial configuración de las normas constitucionales exige la modulación de las reglas clásicas de interpretación jurídica, complementando el catálogo de tópicos argumentativos del artículo 3.1 del Código Civil con criterios

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

interpretativos que preserven la integridad de la Constitución en tanto que sistema dotado de unidad de significado.

Es así preciso promover la interpretación armónica e integradora de sus preceptos, teniendo presente las transformaciones que en ellos operan y atendiendo en última instancia al criterio sentado por el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la norma fundamental por expreso mandato de esta. En esta labor de interpretación del artículo 49 de la Constitución no pueden perderse de vista los artículos 10.2 y 96.1 del mismo texto, ya que inciden de manera directa en el tejido del precepto referido.

El artículo 10.2, frontispicio del título I sobre el que proyecta su eficacia, dispone que "*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*", mientras que el artículo 96.1 establece que "*los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*".

Señala el artículo 1 de la Convención de Nueva York que su propósito es "*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*". Esta referencia expresa al goce de los derechos humanos por todas las personas con discapacidad permite configurar la Convención como una de las normas a las que se remite el artículo 10.2 de la Constitución a los efectos de interpretar los derechos y libertades reconocidos por la norma fundamental, operando como un prisma a cuyo través aplicar esta.

Además, la Convención forma parte del Derecho interno por aplicación del artículo 96.1 de la Constitución, de manera que la recepción en el ordenamiento jurídico español del cambio terminológico y conceptual del tratamiento de la discapacidad se ha operado ya por virtud de las previsiones del propio texto constitucional. Ello ha determinado que se haya producido una modificación del sentido del precepto al margen del procedimiento formal de

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

reforma, permaneciendo invariable el texto del artículo 49, pero habiéndose transformado su significación, acorde con la nueva intelección de la discapacidad. Esta permeabilidad del precepto, verificada merced al juego de los artículos 10.2 y 96.1, ha modulado el contenido de la norma, de manera que esta, ante el conflicto derivado de su contraposición con la realidad social, ha experimentado una suerte de mutación constitucional que le atribuye ahora una significación distinta. Estas circunstancias evidencian que, aunque la revisión de la redacción del artículo 49 pueda dar a luz un texto más acorde con los criterios y la sensibilidad actuales, lo cierto es que, en su redacción actual, no impide dar respuesta a las pretensiones de actualización terminológica, conceptual y de política social en relación con la discapacidad.

V.- Contenido del anteproyecto de reforma constitucional

Sentado todo lo anterior, procede al fin abordar el análisis de la reforma propuesta, que plantea una redacción nueva y distinta del artículo 49 de la Constitución, mediante la sustitución íntegra de su contenido actual por el nuevo que ahora se examina. Empero, su correcta redacción y la idoneidad del texto proyectado a los fines que se propone aconsejan formular las siguientes observaciones.

1.- Consideración general

La iniciativa de reforma constitucional que se informa responde, como se infiere de todo lo expuesto, a la voluntad decidida de acomodar la redacción del artículo 49 de la Constitución a la realidad social imperante, fruto de una transformación que reclama su consagración formal en el texto fundamental.

Los trabajos preparatorios extractados en antecedentes ponen de relieve que una de las razones que preside la iniciativa es el interés en que el artículo 49 de la Constitución "*vuelva a ser referencia para la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en España*" (Acuerdo por el que se toma conocimiento del anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española, apartado segundo (i) de antecedentes), lo que comporta –parece entenderse– la necesidad de superar la situación

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

derivada de la relectura del precepto para la inclusión de los principios derivados de la nueva regulación por la vía interpretativa (Estudio preparatorio, apartado segundo (ii) de antecedentes).

Siendo estimables las razones que inspiran la reforma propuesta y siendo cierto que la expresión "*disminuidos*" empleada en el texto constitucional manifiesta una terminología que no guarda correspondencia con la concepción actual de la discapacidad, también lo es la finalidad de avanzar en la protección de los derechos de este colectivo. Y parece relevante a este Consejo, por otra parte, subrayar el dato de que la iniciativa cuenta hoy con un apoyo generalizado de los grupos parlamentarios, según consta en las intervenciones que figuran en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, números 647 y 653, que publican el desarrollo literal de las sesiones 26 y 27 celebradas por la Comisión para las Políticas Integradoras de las Discapacidades, los días 23 y 31 de octubre, respectivamente, del pasado año 2018.

Por otra parte, varias comunidades autónomas han adoptado iniciativas con objeto de actualizar la normativa en la materia, entre las cuales puede citarse a título ejemplificativo la Ley 9/2018, de 21 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Ley Andaluza 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad; y las Leyes 7/2014, de 13 de noviembre y 3/2018, de 24 de mayo, de Castilla-La Mancha, relativas, respectivamente, a la Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad y a la protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad.

2.- Observaciones particulares

A.- La primera cuestión que se plantea en relación con la redacción propuesta en el texto sometido a consulta es la concerniente a la redacción del apartado 1 del artículo 49, que proclama que las personas con

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en el Título I de la Constitución. Ello por dos motivos.

El primero radica en que el reconocimiento expreso de tal titularidad parece sugerir que sin él, ésta no tendría lugar, cuando es evidente que cualquier persona, por el mero hecho de serlo, es titular de los derechos y deberes constitucionalmente reconocidos.

El segundo motivo deriva de la ubicación que a tal reconocimiento se confiere, en tanto que el capítulo III del Título I de la Constitución, concerniente a los principios rectores de la política social y económica no es el lugar, en lo que hace a la estructura interna del texto constitucional a la vista de lo antes expuesto en cuanto a la graduación de su carácter normativo, en el que corresponde hacer una declaración con ese contenido.

Por ello se sugiere modificar la redacción del este apartado 1 del artículo 49, refiriendo su contenido al ejercicio de los derechos -y no a su titularidad- de conformidad con lo que más adelante se expondrá y en los términos en los que se propone en el apartado VI de Consideraciones.

B.- En segundo lugar, debe analizarse la constitucionalización de la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en la adopción de las políticas públicas de inclusión social y de promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad. Así se infiere de la redacción del proyectado apartado 2 del artículo 49, cuyo tenor es el siguiente: *los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.*

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

Conviene observar que el constituyente no fue proclive a contemplar de manera expresa la participación de las organizaciones representativas de los sectores cuya protección dispensa. Así, con excepción hecha del artículo 51, sobre el que luego se volverá, no resulta de la lectura del capítulo III del título I, concerniente a los principios rectores de la política social y económica, precepto alguno en el que el constituyente incluyera de manera expresa la participación de organizaciones representativas de los intereses de los sectores concernidos: familias o niños (artículo 39), defensa medioambiental (artículo 45), o promoción de la juventud (artículo 48). Pero es que tampoco se prevé esta participación respecto de la configuración de ninguno de los derechos y libertades del capítulo II. Es decir, el constituyente, con carácter general, en la configuración de los derechos fundamentales y libertades públicas, en la enumeración de los derechos y deberes, en el diseño de los principios rectores, ni siquiera en los ámbitos en los que podría resultar idónea la representación e intervención del colectivo implicado, no contempló de manera expresa ni la obligatoriedad de su audiencia ni la colaboración en la definición de las políticas que les atañen. El único supuesto en el que el texto constitucional hace referencia a las organizaciones representativas es el concerniente a los consumidores y usuarios, señalando que "*los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca*".

Esta remisión constitucional a la ley como elemento definidor de los supuestos y términos en los que deba tener lugar la audiencia o, en su caso, la participación de las organizaciones representativas implica concebir tal participación como un requisito de configuración legal y no de configuración directamente constitucional. En consonancia con ello, idéntico es el proceso que diseña el artículo 105 de la Constitución, cuando remite a la ley la regulación, entre otros extremos, de la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

Y, del mismo modo, es a la ley a la que corresponde definir y delimitar los supuestos en que ha de tener lugar la audiencia y los términos en los que esta deba articularse, como resulta del artículo 133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo tenor, bajo la rúbrica "*participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos*", es el siguiente: "*Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma*".

La remisión, por el constituyente, a la legislación ordinaria de la regulación referente a la audiencia de las organizaciones representativas no es, por tanto, casual. Al contrario, responde a un elemento de preservación de la supremacía constitucional que encierra la tercera de las razones que desaconsejan la redacción pretendida y que resulta de la necesidad de evitar que los problemas derivados de la falta o de la instrumentación inadecuada de la audiencia o de la participación de aquéllas se convierta en un problema de constitucionalidad de la norma adoptada en lugar de ser un problema de legalidad ordinaria, como corresponde.

Si fuera objeto exclusivo de una previsión constitucional, tal regulación conllevaría, además del efecto pernicioso de elevar a rango constitucional contenidos que no le son propios, el efecto perturbador de elevar el nivel de control del eventual incumplimiento también a rango constitucional, atribuyendo su enjuiciamiento al Tribunal Constitucional, en lugar de residenciarlo en la jurisdicción ordinaria a la que corresponde.

Por todo lo anterior y para la mejor técnica normativa, la previsión relativa a la participación de las organizaciones representativas en la adopción

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

por los poderes públicos, de las medidas y políticas que correspondan, debe hacerse con remisión expresa a los términos que disponga la ley.

A este propósito, conviene recordar que la legislación vigente, a la que debería deferirse la regulación de la participación de las organizaciones representativas de los intereses de las personas discapacitadas, contempla ya de manera incluso extensa dicha participación en términos preceptivos. Así, el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, consagra como uno de sus principios rectores (artículo 3.k)), el de diálogo civil, que el artículo 2.n) define como aquel "*en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad…*". Este mismo texto refundido no sólo contempla la participación del sector en general y de las organizaciones en particular a través del Consejo Nacional de la Discapacidad y de la Oficina de Atención a la Discapacidad (artículos 55 y 56 de la norma), sino que requiere la participación de éstas en el desarrollo y promoción, por los poderes públicos, de actividades de información y campañas de concienciación (artículo 59), en el establecimiento por el Gobierno de un sistema arbitral que atienda y resuelva quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación (artículo 74), y en la elaboración, desarrollo y ejecución de planes y programas en materia de accesibilidad y no discriminación (disposición adicional cuarta), además de atribuirles la consideración de interesados -artículo 89- en los términos previstos en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ahora artículo 4 de la Ley 39/2015, antes citada).

C.- El apartado 3 del artículo 49 en la redacción proyectada, dispone que "*se regulará la protección reforzada de las personas con*

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes". Esta previsión suscita dos observaciones:

1.- La referencia a la "protección reforzada" no resulta conveniente por cuanto que su configuración como un concepto jurídico indeterminado necesita de una interpretación que puede no estar exenta de polémica y con ello distorsionar e incluso dificultar la finalidad pretendida de eficacia y garantía en la defensa de las personas con discapacidad.

Por otra parte, no resulta adecuada la inclusión de un concepto de esta índole en un precepto respecto del cual la Constitución no puede brindar una protección directa e inmediata, sino únicamente la que se deduce de lo establecido en el apartado 3 del artículo 53 antes referido.

Por tales motivos, sería conveniente sustituir la expresión "protección reforzada" por la de "especial protección" o bien eliminar el término "reforzada" para preservar sólo la "regulación de la protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes".

2.- La necesidad de cohonestar la redacción del artículo 49.3 con la redacción que se propondrá del apartado 1 del mismo precepto, para que este quede referido al ejercicio de los derechos y no a su titularidad, aconseja refundir los dos apartados (1 y 3) en los términos que se proponen en el epígrafe VI de Consideraciones.

D.- La última de las previsiones normativas, que merece mención en este apartado, es la concerniente a la referencia expresa a los tratados internacionales como instrumento determinante del haz de derechos que deben garantizarse en todo momento en España a las personas con discapacidad. Así se infiere de la redacción que se proyecta del apartado 4 del artículo 49 de la Constitución, que dispone que *"las personas con discapacidad gozan de la*

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos".

Con anterioridad se señaló que el artículo 96.1, encuadrado en el capítulo III del título III de la Constitución Española de 1978, relativo a los tratados internacionales, opera como mecanismo de relación entre el Derecho internacional convencional y el Derecho interno, disponiendo la manera de integración de los instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico. Dispone que "*los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*" mientras que el artículo 1.5 del Código Civil, como precedente inmediato de este precepto, afirma que "*las normas jurídicas contenidas en los tratados internaciones no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado*".

En definitiva, el instrumento internacional válidamente concluido y debidamente publicado en el *Boletín Oficial del Estado* es fuente directa del Derecho interno y, por ello, en tanto que el contenido del artículo 49 de la Constitución precisa de desarrollo legislativo para su desenvolvimiento en los términos antes expuestos, los tratados internacionales deben ser cumplidos a tal fin.

El efecto derivado del juego combinado del 96.1 y del artículo 49 de la Constitución -en su redacción actual y en la proyectada- garantiza la protección en España de los derechos que los tratados internacionales reconocen a las personas con discapacidad, sin que sea necesario ni conveniente, por razones de técnica normativa, su inclusión expresa en el texto sometido a consulta, pues resulta ociosa, además de perturbadora, en la interpretación integradora que corresponde al texto constitucional, dando lugar a una mención que contrasta con su omisión en muchos otros preceptos constitucionales en los que tendría la misma cabida. Las disposiciones constitucionales, por otra parte, no deben tener por función el recordatorio de

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

que la materia a que se refieren está ampliamente afectada por la vigencia de instrumentos internacionales.

VI.- A modo de preconclusión

En aras de la mejora y perfeccionamiento de la reforma constitucional consultada, el Consejo de Estado considera conveniente modificar la redacción del precepto proyectado con el fin de introducir los siguientes cambios en su texto:

- refundir los incisos 1 y 3 con una redacción como la siguiente: "las personas con discapacidad ejercen los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva. Se regulará la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio".

- completar la referencia a la participación de las organizaciones profesionales -contenida en el apartado 2 del artículo 49- con la remisión a lo que disponga una norma con rango de ley.

- eliminar el apartado 4 del artículo 49 en tanto que, sin la mención a "la protección prevista en los tratados internacionales" -mención que resulta innecesaria-, dicho apartado queda vacío de contenido.

En concordancia con lo anterior, resultaría conveniente revisar la exposición de motivos que precede al texto del artículo proyectado para acomodar su contenido a la redacción final que del precepto se adopte a la vista de las sugerencias realizadas.

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones que se formulan en el cuerpo del presente dictamen, puede V. E. remitir al Consejo de Ministros para su aprobación como proyecto de reforma constitucional el anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española".

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 28 de febrero de 2019
EL SECRETARIO GENERAL ACCTAL.,

LA PRESIDENTA,

EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA DEL GOBIERNO Y MINISTRA DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD.

12 MAY. 2021 16:42:55 Entrada: 122713