

## **INMIGRACIÓN Y DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: CUESTIONES LEGALES CONTROVERTIDAS**

### **IMMIGRATION AND DISABILITY IN SPAIN: LEGAL ISSUES CONTROVED**

**Alfonso Ortega Giménez<sup>1</sup>**

**Lerdys Saray Heredia Sánchez<sup>2</sup>**

**RESUMEN:** Este estudio tiene como objetivo analizar críticamente el sistema de acceso al mercado laboral por parte de la población inmigrante con discapacidad, desde una perspectiva concreta: el Derecho internacional privado español en relación con el Derecho de extranjería. Los inmigrantes con discapacidad forman parte de la población inmigrante que encuentra en España un destino que no siempre le resulta favorable. El sistema jurídico que regula el acceso al mercado laboral de los inmigrantes en nuestro país no recoge todos los supuestos que reflejan la realidad diversa que supone la inmigración. No sólo por el distinto origen nacional de los extranjeros, en virtud del cual el legislador ya diferencia las normas -régimen general y régimen comunitario-, sino porque en el caso de las personas extranjeras con discapacidad que se encuentran en situación irregular, pueden encontrarse en una doble situación de vulnerabilidad: por ser inmigrantes y por tener una discapacidad.

**ABSTRACT:** The objective of our study is to analyse the system of access to the spanish labour market by the immigrant population with a disability, from a specific perspective: Spanish international private law in relation to immigration law. The immigrants with disabilities are part of the immigrant population that finds in Spain a destination for their lives that is not always favourable. The legal system that regulates immigrants' access to the labour market in our country does not include all the assumptions that reflect the diverse reality of immigration. Not only because of the different national origin of foreigners, by virtue of which the legislator already differentiates the rules -general regime and community regime-, but because in the case of foreign disabled people who are in an irregular situation, they can find themselves in a double situation of vulnerability: because they are immigrants and because they have a disability.

**PALABRAS CLAVES.** Inmigración, Discapacidad, Extranjero, Derechos, Irregular.

**KEYWORDS:** Foreigners, Labour Market, Immigrants, Disabilities, Immigration Law,

---

<sup>1</sup> Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche, (acreditado a Profesor Titular de Universidad), [alfonso.ortega@umh.es](mailto:alfonso.ortega@umh.es) ORCID: 0000-0002-8313-2070

<sup>2</sup> Licenciada en Derecho por la Universidad de Oriente, Cuba, (1993) y por la Universidad de Alicante, España (2000), es Master en Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información por la Universidad de Alicante, España (1996), Es miembro de la Mesa Asesora del Observatorio Provincial de la Inmigración, de Alicante, y ha formado parte del equipo de investigadores del Observatorio de la Inmigración de la ciudad de Elche. [lheredia@umh.es](mailto:lheredia@umh.es) ORCID: 0000-0003-1092-8868.

**SUMARIO:** Introducción, I. Protección legal de las personas con discapacidad en España, 2.1. Cuestiones generales, 2.2. Fuentes jurídicas del Derecho de la Discapacidad en España, 2.2.1. Normativa internacional, 2.2.2. Normativa estatal, II. Derechos vinculados al mercado laboral, III. Críticas a la situación de desprotección del extranjero con discapacidad en situación irregular en España, Conclusiones, Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

Cuando analizamos las estadísticas en España, éstas muestran un importante volumen de extranjeros en España, sin embargo, existe escasa información de las personas inmigrantes con discapacidad, basta con acceder a las informaciones obrantes en la base de datos del Instituto Nacional de Estadísticas, (en adelante, INE) para ver que el estudio realizado es del año 2002 y no se distingue entre población inmigrante con discapacidad y población española.<sup>3</sup>

Este crecimiento de la población en general y de la población inmigrante en particular, condiciona el estudio del sistema jurídico más allá del análisis de los derechos reconocidos y de los deberes exigidos; lo que significa que debemos detectar las necesidades de la población inmigrante y poner medios para atender dichas necesidades. 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, ya que suele entenderse que las personas que salen de sus países están en óptimas condiciones para hacer frente al cambio que supone la inmigración.<sup>4</sup>

Nada más lejos de la realidad: 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.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Vid. Peña, M. y Cobos, F. en: "Inmigración y discapacidad; una aproximación a las otras discapacidades", *PORTULARIA VOL. IX*, ADDENDA, págs. 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 01/09/2018. Vid el Informe del INE sobre discapacidad y empleo (2002) disponible en [https://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/t22/e308/meto\\_05/modulo/base\\_2011/2002/&file=pcaxis&L=0](https://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/t22/e308/meto_05/modulo/base_2011/2002/&file=pcaxis&L=0), consultado el 10/09/2018.

<sup>4</sup> Para este análisis no podemos perder de vista que el proceso migratorio es una apuesta que una persona -o varias de una misma unidad familiar- llevan adelante con el objetivo de mejorar sus condiciones de vida. Este proceso 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 el país de destino.

<sup>5</sup> Texto disponible en <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>, consultado el 30/09/2018.

Con la entrada en vigor en el año 2008 de la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>1</sup>, se ha visto reforzada la idea de que la discapacidad es una prioridad en materia de derechos humanos y de desarrollo. La discapacidad, tal y como recoge la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Informe Anual, que data del 2011, “forma parte de la condición humana”, de modo que casi todas las personas sufriremos algún tipo de discapacidad transitoria, o permanente, en algún momento de nuestra vida.<sup>6</sup>

Unas de las cuestiones destacadas en dicho Informe hacen referencia a que, en todo el mundo, las personas con discapacidad tienen peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación económica y unas tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad. En parte, ello es consecuencia de los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios que muchos de nosotros consideramos obvios, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte, o la información. Y es obvio que esas dificultades se exacerban en las comunidades menos favorecidas, como es el caso del colectivo inmigrante.

Las cifras ofrecidas por el INE reflejan que aproximadamente un 5% de las personas inmigrantes en España tienen algún tipo de discapacidad. Del último informe emitido por el INE, a 1 de enero del 2018,<sup>7</sup> cabe destacar que:

- La población residente en España creció en 2017 por segundo año consecutivo. Se situó en 46.659.302 habitantes a 1 de enero de 2018, con un incremento de 132.263 personas respecto al año anterior.
- El número de españoles se redujo en 20.337 personas debido, principalmente, al saldo vegetativo negativo.
- Por su parte, la población extranjera aumentó en 152.600 por el saldo migratorio con el exterior. Durante 2017 España registró un saldo migratorio positivo de 164.604 personas.
- La inmigración aumentó un 28,4% y la emigración un 12,4% respecto al año anterior.
- En el caso de los españoles, el saldo migratorio fue de -9.627 personas. Esta cifra es menos negativa que la de 2016, cuando fue de -27.252.
- El saldo migratorio de los extranjeros aumentó un 51,9% hasta 174.231 personas en 2017. Inmigraron 454.424 personas y emigraron 280.193.

---

<sup>6</sup> Informe disponible en [https://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/es/](https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/), consultado el 30/10/2018.

<sup>7</sup> Disponible en [https://www.ine.es/prensa/cp\\_e2018\\_p.pdf](https://www.ine.es/prensa/cp_e2018_p.pdf), consultado el 01/09/2018.

- La población decreció durante 2017 en Castilla y León, Extremadura, Principado de Asturias, Castilla-La Mancha, Melilla, Galicia, Aragón y Cantabria. 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 (Los datos disponibles en el INE son los relativos al año 2017).

En este contexto, el presente estudio tiene como objetivo analizar críticamente las dificultades que presentan las personas inmigrantes con discapacidad para lograr su integración en España. Para ello analizaremos 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 han detectado y concluiremos con algunas ideas a modo de conclusiones.

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 es un proceso en el que la persona inmigrante encuentra muchas barreras. Ahora bien, qué pasa cuando estos derechos se han de ejercitar por personas inmigrantes con discapacidad y, además, se encuentran en situación irregular, desde el punto de vista de su estatus migratorio.

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

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

### **1.1. Cuestiones Generales**

Conviene dejar sentado –con carácter previo– qué se entiende por personas con discapacidad, ya que, de la existencia de tantas normas jurídicas al respecto, no

encontramos una definición única ni coincidente. A efectos del presente trabajo utilizaremos la que se recoge en el artículo 1 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>8</sup>

Esta definición implica que la cuestión fundamental no radica en que la discapacidad tenga un origen físico o psíquico. Lo que resulta relevante es que la discapacidad les 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.

Otra precisión importante es que, por desgracia, nos encontramos con que no existe en el ordenamiento jurídico, desde el punto de vista formal, un “Derecho de la Discapacidad”, por lo que una buena parte de la doctrina, los investigadores, los prácticos del Derecho, las organizaciones sociales, las fuerzas políticas y la sociedad civil, abogan en diferentes foros por la configuración definitiva de esta rama del ordenamiento jurídico contemporáneo que ya ha empezado a perfilarse.

En España se han celebrado dos Congresos Nacionales sobre “Derecho de la Discapacidad”, uno en la ciudad de Elche, en 2017 y el segundo en Pamplona, Navarra (2019). Ambos han dado lugar a la publicación de sendos libros, dirigido por el Profesor Antonio Luis Martínez-Pujalte, de la Universidad Miguel Hernández, en los que se recogen todas las contribuciones en forma de ponencias y comunicaciones, las cuales contribuyen a perfilar esta nueva rama del ordenamiento jurídico tan vigente, como necesaria.<sup>9</sup> Para nosotros, este proceso ha dado lugar a la creación de una “nueva” rama jurídica con una entidad y autonomía propias.

## **1.2. FUENTES JURÍDICAS DEL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA**

### **1.2.1. Normativa Internacional.**

Las normas internacionales de las que España es parte, contienen exigencias 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 “desafío por la

<sup>8</sup> <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>, consultado el 10/09/2018.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. (Dir) y Heredia L. (Coord.), (2018) *Nuevos horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho inclusivo*, Aranzadi, Navarra.

dificultad que en la práctica conlleva cumplir con las exigencias y estándares exigidos internacionalmente".<sup>10</sup> 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.
- La protección de las personas con discapacidad en el derecho originario de la Unión Europea (en adelante, UE).
- Los Tratados constitutivos de la UE.
- La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (artículos 21.1 26).
- La protección de las personas con discapacidad en el Derecho derivado.
- La Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación
- El Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo.

Los Programas de la UE en materia de discapacidad:

- 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>11</sup> /\* COM/2010/0636 final \*/
- 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.

En este marco conviene señalar que el tratamiento jurídico que ha recibido la discapacidad en la UE ha estado condicionado desde sus orígenes por dos elementos: por un lado, en cuanto al tratamiento de la discapacidad en sí misma, esto es, cómo se ha ido concibiendo a nivel social la discapacidad; y, por otro lado, por la atribución de competencia de los Estados miembros en esta materia.

<sup>10</sup> Vid. López-Veraza, C. (2017), "Inmigración y discapacidad: un reto multidisciplinar. Régimen jurídico, valoración, y propuestas", en *Diario La Ley*, N.º 9019, Sección Tribuna, 12 de Julio de 2017, Editorial Wolters Kluwer

<sup>11</sup> COM/2010/0636 final \*/, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC0636>, visitado el 30/08/2017.

El enfoque y 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 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>12</sup>

¿Cómo se ha llevado a cabo la construcción del sistema de protección? Este proceso 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. De este modo, todos y cada uno de estos textos legales obligan a los Estados miembros a implementar 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 a la economía sin imponer una burocracia innecesaria a la industria y las administraciones.

El objetivo general de esta Estrategia europea 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.

---

<sup>12</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.

Para finalizar, y en el mismo ámbito internacional, pero desde el punto de vista del Derecho de Extranjería, los textos internacionales fundamentales son que debemos señalar 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.

### **1.2.2. Normativa de Carácter Interno: El Derecho Autónomo Español**

La normativa estatal parte de lo establecido por la CE, pero dado el carácter amplio de la que regula las cuestiones de extranjería, haremos alusión a las normas que se encuentra directamente vinculada con este tema:

- 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 y en adelante LOEX).
- 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, versión consolidada y en adelante, Rgto LOEX).
- 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.
- 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).
- En estos momentos se ha aprobado por la Cámara Baja la Ley de reforma la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (aprobado en octubre de 2018).

Si analizamos lo que establece la CE en su artículo 31.1, dispone 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 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. Sí pues, 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 se establece 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 las creencias religiosas o las convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas. Por tanto, volvemos a constatar que el ordenamiento interno remite a los Tratados internacionales con referencia expresa –como criterio de interpretación– 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, ésta deberá llevarse a cabo en atención a los principios de *igualdad* y *no discriminación*, los cuales se encuentran plasmados en el artículo 23 de la LOEX.

La inclusión de estos principios –igualdad y no discriminación– 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 como un derecho ubicado en un “segundo plano”, como aquí sucede.

No obstante, y de acuerdo con la LOEX, representará 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.

En este sentido, constituyen actos de discriminación los siguientes:

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 las normas 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 actos 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) Asimismo, 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.

Sin embargo, y aquí se sitúa el ojo crítico respecto al tema objeto de estudio, a pesar de lo expuesto, en ningún caso se hace referencia a las personas con discapacidad y al mismo tiempo, la propia normativa española permite 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, en definitiva un "*maremagnun*" de situaciones legales, en cualquiera de las cuales también quedarán incluidas las personas extranjeras con discapacidad.

A continuación, a analizaremos los derechos que reconoce el ordenamiento jurídico a los extranjeros en el ámbito laboral y de las prestaciones de la Seguridad Social y a qué requisitos se encuentran sujetos.

## **II. LOS DERECHOS VINCULADOS AL MERCADO LABORAL**

El reconocimiento de derechos en el ámbito laboral para cualquier ser humano es uno de los pilares que garantiza el derecho de toda persona a tener un medio de vida con que desarrollarse. Por ello, tanto las Constituciones, como la legislación en materia de extranjería, reconocen los derechos laborales como “el derecho” (y valga la redundancia) 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.<sup>13</sup> A continuación, vamos a analizar brevemente cómo quedan plasmados en nuestra vigente regulación.

**1. Derecho al trabajo.** La CE recoge en su artículo 35 el derecho al trabajo con una doble vertiente: como derecho y como deber.<sup>14</sup> El cual se complementa con el derecho a la libre elección de profesión, la promoción y remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que el trabajador pueda ser discriminado por razón de sexo. ¿Qué aspectos abarca?

**a) Derecho al ejercicio de actividad profesional en España:** El artículo 10 de la LOEX reconoce a los extranjeros titulares de autorización de residencia legal, el derecho al trabajo en las condiciones que la propia LOEX desarrolla, concretando el citado derecho en el ejercicio de una actividad remunerada por cuenta propia o ajena. Esto es, el derecho al ejercicio de una actividad profesional en nuestro país es un derecho que tiene cualquier ser humano, independientemente de su nacionalidad, pero condicionado, en el caso de los extranjeros, a ser residente legal, inclusive si se trata de un extranjero que se encuentra en España en situación de estancia por estudios o investigación internacional.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Vid por todos, Martínez-Pujalte, A-L., (2016) *Derechos fundamentales y discapacidad*, Cinca, Madrid.

<sup>14</sup> Vid el interesante artículo elaborado al hilo del análisis de la Ley Valenciana de Integración por Ortega, A. y Álvarez, A., (2010) “Aportaciones en torno a la integración de la población inmigrante en España. La Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de integración de las Personas inmigrantes en la Comunidad Valenciana”, *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, Nº, 10, 1, 451-478 pp.

<sup>15</sup> No obstante, para desarrollar este derecho es necesario referirlo a las condiciones que esta ley concreta. Y éstas no son otras que las relativas a la autorización de residencia y trabajo que la norma desarrolla en los artículos del 36 al 39, en los que se condiciona la autorización de residencia y trabajo a 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 inversión y potencial creación de empleo) en el caso del trabajo por cuenta propia. También el régimen especial al que están sujetos los

**b) Derecho al acceso al empleo público en España:** El párrafo segundo del artículo 10 de la LOEX 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 para el acceso de los nacionales de otros Estados, con la particularidad de los nacionales de los Estados miembros de la UE. Éstos 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 reconocidos 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, como en su día determinó el Tribunal Constitucional, en base al recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la LOEX.<sup>16</sup>

**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.

---

investigadores, los profesionales altamente cualificados, así como el régimen especial de los trabajadores de temporada, según el artículo 42.

Régimen recientemente modificado por el Real Decreto Legislativo 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE Núm. 214, de 4 de septiembre de 2018.

<sup>16</sup> Vid por todos Ortega, C., (2013), "Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público - Comentarios de sentencias - Extranjería. Constitucionalidad de la Ley Orgánica 14/2003 de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013 (Pleno), de 31 de enero", Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 65, Nº 2, 2013, págs. 238-241.

**b) Derecho de huelga:** En este mismo sentido, el artículo 11.2 de la LOEX 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, que les permite exigir 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 respecta a 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.

**3. Derecho a la Seguridad Social:** Este derecho se inserta dentro de los principios rectores anteriormente citados y que la CE desarrolla en el artículo 41. Es el Estado el que tiene la obligación de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice, tanto la asistencia como las 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 proporcionará a sus ciudadanos con la finalidad de corregir desequilibrios económicos y sociales, mediante las prestaciones y la asistencia médica, principalmente. Así, se ha de garantizar que todas las personas accedan a los bienes y servicios mínimamente necesarios para tener 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 este derecho en las mismas condiciones que los españoles:** La LOEX, en su artículo 14. 1, establece que los extranjeros residentes "legales" 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, y que, para los ciudadanos de la UE, del EEE o de Suiza supone 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, a quienes se les 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 receptor 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.

Estas prestaciones son las siguientes: 1) las pensiones, entendidas como prestaciones económicas de devengo periódico y de duración vitalicia o hasta alcanzar una edad determinada; 2) los subsidios, o prestaciones de devengo periódico y de duración temporal; 3) las indemnizaciones prestaciones económicas abonables por una sola vez; y 4) 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.<sup>17</sup>

**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.

---

<sup>17</sup> Todas ellas, como ya hemos señalado, vinculadas a la residencia legal en nuestro país, y al efectivo mantenimiento de un 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, para 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 acerca de las prestaciones que se pueden percibir en los casos de urgencia social, inserción social y laboral.

### **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.<sup>18</sup>

Será -por tanto- la condición de asegurado sobre la que pivota 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 la persona no se tiene 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 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

---

<sup>18</sup> Debemos tener en cuenta que hace unos meses se aprobó en el Congreso de los Diputados, retomar el principio de acceso universal a la sanidad pública española, pero este aspecto a fecha de cierre de la presente comunicación no ha sido puesto en vigor y el acceso de los inmigrantes en situación irregular sigue dependiendo de la discrecionalidad de las Comunidades Autónomas.

(junto con sus mujeres reagrupadas por irregularidad sobrevenida), y de los que la perderán por agotar la prestación por desempleo.

Una vez realizado este análisis, conviene reflexionar sobre las cuestiones fundamentales recogidas en las normas que inciden directamente sobre las personas con discapacidad. Por ejemplo, si enlazamos lo expuesto anteriormente con el contenido regulador de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, vemos que ésta 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 a 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>19</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 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>19</sup> Vid. López-Veraza, C. *op cit.*, 4-5 pp.

Pero no podemos perder de vista que para acceder a dichas ayudas se requiere lógicamente que la discapacidad haya sido determinada y/o 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*.

En definitiva, esto nos permite afirmar que las personas extranjeras que carecen de residencia legal se enfrentan a un vacío jurídico y quedan excluidas del sistema de protección legal.

### **III. CRÍTICAS A LA SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN DEL EXTRANJERO CON DISCAPACIDAD EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA**

Tal y como se ha señalado supra 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 la 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>20</sup>

En el apartado anterior, al analizar 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 dichas 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 con discapacidad pueda regularizar su situación por motivo de dicha discapacidad? La respuesta a esta pregunta es compleja, ya 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 con medida de expulsión del extranjero, en el caso de encontrarse en situación irregular.

No obstante, contamos con un mecanismo legal 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 "razones humanitarias", debiendo para ello atender al desarrollo reglamentario de la LOEX. En cuanto a este aspecto, el Reglamento incide en la excepcionalidad de la concesión de residencia fuera de los supuestos derivados

---

<sup>20</sup> No olvidemos la obtención de la nacionalidad española por parte de los extranjeros con discapacidad, aunque no sea el objeto de este estudio. La SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 12 nov. 2013, N.º 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.

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 concurren, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España 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.

Respecto a las razones humanitarias, éstas se encuentran desarrolladas en el artículo 126 del Reglamento de la LOEX, 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.

Sin embargo, debemos tener en cuenta 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 puede 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, 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 legal, mientras que, por otro lado, es causa de obtención de residencia ser beneficiario de una pensión de incapacidad.<sup>21</sup>

---

<sup>21</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.

Finalmente, y de acuerdo con la referencia hecha más arriba respecto a la expulsión, de los extranjeros en situación irregular, podemos plantearnos si hay algún límite al momento de materializar la expulsión de un ciudadano extranjero con 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 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.

No podemos olvidar que, 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 tomada en cuenta a la hora de proceder a la expulsión.<sup>22</sup>

Por otra parte, 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 cuanto a la expulsión de personas 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

---

<sup>22</sup> Vid 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.

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

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 ser personas con 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 equivalente, pero de manera que también pueden ser sustituidas por la expulsión del territorio nacional, al amparo del art. 108 del Código Penal y, dicho sea de paso, con mayor grado de automatismo que el previsto en el art. 89 del Código Penal.

Según este precepto, el 108 de la ley sustantiva penal. 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 con 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.

## **CONCLUSIONES**

Tras el desarrollo de este estudio, podemos concluir que:

**Primero:** En la actualidad no contamos con estudios actualizados que ofrezcan datos estadísticos fiables sobre los que realizar investigaciones en torno a la población inmigrante con discapacidad que se encuentra en España. Mucho menos si estas personas se encuentran en situación administrativa irregular, ya que no existen para la Administración. De ahí que sea conveniente promover este tipo de investigaciones, no sólo para visualizar datos objetivos a través de las estadísticas, si no para constatar la realidad de esta parte de la población desde un punto de vista cualitativo.

**Segundo:** De acuerdo con las normas legales vigentes en España la población extranjera con discapacidad se ve doblemente discriminada, tanto por su discapacidad, como por su condición de persona extranjera, sin que exista una previsión legal específicamente orientada a corregir las situaciones de desprotección que se puedan producir.

**Tercero:** Para el Gobierno español a todos sus niveles resulta clave el diseño de políticas de inclusión efectivas, el caso de los inmigrantes con diferentes discapacidades, para ajustar y coordinar la normativa cubriendo todos los supuestos: personas con o sin residencia legal. Ya que las normas jurídicas permiten la concesión de la autorización de residencia a extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave y que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida –o de no recibirla– suponga 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.

**Cuarto:** El fomento y desarrollo del denominado Derecho de la Discapacidad, como un Derecho inclusivo ha de incluir las cuestiones que afectan a las personas con discapacidad desde el punto de vista de las normas de extranjería.

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, M. (2016), Current issues in the protection of adults from the perspective of Private International Law, *REEI*, Núm. 32, Diciembre 2016, disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num32/notas/current-issues-in-the-protection-of-adults-from-the-perspective-of-private-international-law>, consultado el 30/06/2019
- Balaguer, F., "Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas", (2001) en M. Moya Escudero (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001.
- Calvo, A. y Carrascosa, J. (2018), *Derecho internacional privado*, Comares, Vol. 2, Granada.
- 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 01/09/2018.
- De Asis, R., Barranco, M., Cuenca P. y Palacios A. (2010) "Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español", en AAVV (Cuenca Gómez P. (dir), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Dykinson, Madrid.
- Fernández, J. (Dir.) y Durán, M. (2017), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio*, Aranzadi, Navarra.
- García, S., (2007), *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Jiménez, R. (2008), "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.
- López-Veraza, C. (2017) "Inmigración y discapacidad: un reto multidisciplinar. Régimen jurídico, valoración, y propuestas", en *Diario La Ley*, Nº 9019, Sección Tribuna, 12 de Julio de 2017.

Martínez, M. D., (2002), "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.

Martínez-Pujalte, A-L., (2016) *Derechos fundamentales y discapacidad*, Cinca, Madrid.  
Martínez-Pujalte A. L (Dir.) y Heredia, L. (Coord., (2018), *Nuevos horizontes en el Derecho de la Discapacidad. Hacia un Derecho inclusivo*, Aranzadi, Navarra.

Ortega, A. (Dir) y Heredia, L. (Coord.), (2016), *Manual práctico orientativo de Derecho de extranjería*, Aranzadi, Navarra.

Ortega, A. y Álvarez, A., (2010) "Aportaciones en torno a la integración de la población inmigrante en España. La Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de integración de las Personas inmigrantes en la Comunidad Valenciana", *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, Nº, 10, 1, 451-478 pp.

Ortega C. (2013), "Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público - Comentarios de sentencias - Extranjería. Constitucionalidad de la Ley Orgánica 14/2003 de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013 (Pleno), de 31 de enero", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 65, Nº 2, 2013, págs. 238-241.

Peña, 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., (2001), *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, pp. 292 y ss.