

EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA 140/2023, DE 26 DE MAYO

Nuria María Garrido Cuenca
Catedrática Derecho Administrativo UCLM

Carmen Delgado Garrido
Contratada Investigadora UCLM I+D 2022-INVGO-11138 P

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. El Trastorno del Espectro del autismo, las dificultades de una discapacidad de etiología variable en la participación social y el derecho al trabajo y la oportunidad de las recientes Estrategias políticas y normativas sobre su especial vulnerabilidad. II. LOS HECHOS: CONVOCATORIA DE PLAZAS POR TURNO DE DISCAPACIDAD INTELLECTUAL Y EXCLUSIÓN DE UNA ASPIRANTE DIAGNOSTICADA CON TRASTORNO DEL DESARROLLO POR NO ENCUADRARSE LA PATOLOGÍA CLARAMENTE EN NINGUNO DE LOS SUPUESTOS DE DISCAPACIDAD. III. LA CONCESIÓN DE JUSTICIA CAUTELAR POSITIVA FRENTE A LA EXCLUSIÓN DE UN PROCESO SELECTIVO. El ejemplo del caso y la especificidad del trastorno del desarrollo como paradigma de medida cautelar positiva. IV. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA: UNA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA SOBRE LA DISCRIMINACIÓN EN ATENCIÓN A LA CIRCUNSTANCIA PERSONAL DE DISCAPACIDAD. 4.1. Una causa de inadmisión diferente en la resolución definitiva respecto a la provisional no conlleva formalmente indefensión. 4.2. Las bases normativas para la convocatoria de procesos selectivos específicos con reserva de plazas para personas con discapacidad intelectual, como cupo específico distinto a la discapacidad general. 4.3. El trastorno del Espectro Autista y los segmentos de la discapacidad: física, sensorial, intelectual o mental. La discusión sobre su encaje y la necesidad del análisis de cada caso concreto. 4.4. La discapacidad intelectual no implica en todo caso retraso mental o cociente intelectual menor

a 85, ni mucho menos un trastorno del desarrollo. V. REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS PARA UNA INTERPRETACION NO DISCRIMINATORIA DE LA DISCAPACIDAD POR TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA. a) El avance normativo hacia la consideración de las personas con discapacidad por TEA como colectivo diferenciado por sus «especiales dificultades» en el acceso al empleo; b) Perspectiva de género y autismo; c) Perspectivas de futuro: El I Plan de Acción de la Estrategia Nacional sobre Trastornos del Espectro del Autismo, la creación del Centro sobre trastorno del espectro del autismo y las carencias de tratamiento diferenciado en el Proyecto de Ley de reforma de la Función Pública

Palabras clave: discapacidad, trastorno del espectro autista, empleo público, brecha de género.

I.- INTRODUCCIÓN

El Trastorno del Espectro del autismo, las dificultades de una discapacidad de etiología variable en la participación social y el derecho al trabajo y la oportunidad de las recientes Estrategias políticas y normativas sobre su especial vulnerabilidad

El trastorno del espectro del autismo (en adelante, TEA), como trastorno generalizado del desarrollo, es una condición de origen neurobiológico que debuta a edades tempranas acompañando a la persona a lo largo de su vida y se asocia con cambios en el neurodesarrollo manifestados en dificultades en dos áreas clave del funcionamiento adaptativo: comunicación e interacción social, y flexibilidad del comportamiento y del pensamiento¹. La percepción y el procesamiento de información conduce a limitaciones significativas en las interacciones sociales básicas, lo que dificulta la planificación, toma de decisiones, resolución de problemas, control de los impulsos, inhibición de reacciones, flexibilidad de acción y el pensamiento.

De acuerdo con la información actualizada sobre conceptualización y teorías explicativas del TEA, la quinta edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5) de la Asociación Norteamericana de Psiquiatría (APA) proporciona criterios estandarizados para diagnosticar el trastorno del espectro del autismo², destacando que es etioló-

1 Según la Clasificación Internacional de Enfermedades, la CIE-11 agrupa los síntomas del autismo en dos áreas principales:

Déficits persistentes en la capacidad para iniciar y mantener la reciprocidad en la interacción y la comunicación social.

Una serie de pautas de comportamiento e intereses restringidos, repetitivos y rígidos.

CIE-11. Clasificación Internacional de Enfermedades, 11.ª revisión. En: OMS [en línea] [consultado el 6/12/2023]. Disponible en <https://icd.who.int/es>

2 Donde se presentan las clasificaciones nosológicas que se emplean para clasificar el trastorno del

gicamente complejo por su heterogeneidad³. Quizás estas deben ser las primeras evidencias que debemos señalar para la reflexión sobre la cuestión de que trata este trabajo, donde se intentará responder, al hilo del comentario de una sentencia pionera sobre el acceso al empleo público de una persona con este trastorno, a la necesidad de clarificar los conceptos de la discapacidad cuando nos enfrentamos con este diagnóstico.

De acuerdo con los datos señalados en el recién aprobado I Plan de Acción de la Estrategia Española en Trastorno del Espectro del Autismo 2023-2027, acordado en el Pleno del Consejo Nacional de la Discapacidad de 5 de julio de 2023⁴, en la última década se ha producido un crecimiento significativo de los casos identificados en la categoría de trastorno del desarrollo, pasando de 31.703 personas en 2013 a 127.612 en la actualidad. Como se advierte, en razón a los estudios e investigaciones de los últimos años, las personas con TEA conforman el colectivo con más dificultades en la participación social y en el empleo. Los datos de Autismo Europa reflejan que entre el 76 y el 90 % de las personas adultas con autismo están desempleadas y no desarrollan ninguna actividad productiva o laboral, lo que les convierte en el colectivo con discapacidad con la tasa más alta de desempleo. Aunque en España no se dispone de datos oficiales específicos sobre TEA, sin embargo, los datos oficiales sobre

espectro autista de acuerdo con criterios diagnósticos específicos, en <https://www.eafit.edu.co/ninos/reddelaspreguntas/Documents/dsm-v-guia-consulta-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf>, recuperado en 6/12/2023

Una revisión reciente en García Cruz JM, González Lajas JJ. En: Guía de Algoritmos en Pediatría de Atención Primaria, *Trastorno del Espectro Autista*. Disponible en: <https://algoritmos.aepap.org/algoritmo/94/sospecha-de-trastorno-del-espectro-autista>, [consultado 6/12/2023]

- 3 Estos criterios son en la actualidad: A. Déficits persistentes en la comunicación y la interacción sociales en múltiples contextos: 1. Deficiencias en la reciprocidad socioemocional que oscilan, por ejemplo, desde un acercamiento social anormal y fracaso de la conversación normal en ambos sentidos; a la disminución de compartir intereses, emociones o afectos; o al fallo en el inicio o la respuesta a interacciones sociales; 2. Las deficiencias en las conductas comunicativas no verbales utilizadas para la interacción social; 3. Deficiencias en el desarrollo, mantenimiento y comprensión de las relaciones, que oscilan, por ejemplo, desde dificultades para ajustar el comportamiento a fin de encajar en contextos sociales diversos; a las dificultades para compartir juegos imaginativos o para hacer amigos; hasta la ausencia de interés por sus compañeras y compañeros. B. Repertorio de comportamientos, intereses o actividades restringidos y repetitivos, manifestando por lo menos dos de los siguientes criterios: 1. Acciones estereotipadas o repetitivas en los movimientos, el uso de objetos o el habla; 2. Insistencia en la invariabilidad, el excesivo cumplimiento de las rutinas o los hábitos ritualizados de comportamiento verbal o no verbal; 3. Intereses muy restringidos y fijos que son anormales en cuanto a su intensidad o foco de interés; 4. Reacción inusual a los estímulos sensoriales o interés inusual por los aspectos sensoriales del entorno. C. Los síntomas deben presentarse desde un periodo temprano del desarrollo, aunque pueden no manifestarse plenamente hasta que las capacidades limitadas ya no permiten responder a las exigencias sociales o ser encubiertos más tarde por estrategias aprendidas. D. Los síntomas suponen deficiencias importantes desde el punto de vista clínico en el ámbito social y profesional. E. La discapacidad intelectual (trastorno del desarrollo intelectual) o un retraso general del desarrollo no justifican mejor estos trastornos
- 4 Resolución de la Presidencia del Consejo Nacional de Discapacidad por la que se da publicidad al Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de Discapacidad por el que se aprueba el I Plan de acción Estrategia española en trastorno del espectro del autismo 2023-2027, en línea en https://www.rpdiscapacidad.gob.es/docs/Res_TEA.pdf

discapacidad (INE, 2021) apuntan que la tasa de actividad de las personas con discapacidad es hasta un 41 % inferior a la registrada en la población general.»⁵. A ello se suma la brecha de género que también han revelado los estudios: por un lado, las mujeres tienen más limitado aún el acceso al mercado de trabajo, y por otro, las oportunidades de empleo que se ofrecen con más frecuencia a las mujeres con autismo están frecuentemente limitadas al desempeño de tareas domésticas o de limpieza.

Entre otros aspectos para garantizar la calidad de vida, el desarrollo personal y la participación en sociedad de este colectivo especialmente vulnerable, el empleo y, en particular el empleo en el sector público, puede suponer una enorme oportunidad para conseguirlo con estabilidad, mejorando las barreras propias de estas patologías y las derivadas del todavía precario acceso a la función pública, planteándose como una oportunidad real y efectiva.

Sin embargo, por su especificidad, muchas personas con autismo no pueden ejercer su derecho en igualdad al empleo público a través de los cupos de reservas de plazas para personas con discapacidad que las Administraciones Públicas deben contemplar en sus ofertas de empleo. Efectivamente, a pesar de disponer de certificado oficial de discapacidad, los problemas se presentan especialmente para aquellas personas que tienen discapacidad intelectual asociada, pero no recogida en su certificación de discapacidad, lo que las excluye directamente de este posible cupo de plazas; lo mismo sucede cuando la persona con autismo tiene reconocida la discapacidad, pero no presenta discapacidad intelectual asociada.

Este problema, íntimamente ligado a las enormes variables de expresión clínica o sintomatológica de este tipo de patologías, de etiología todavía desconocida, da lugar a una discriminación múltiple o multisectorial, largamente denunciada por el movimiento asociativo del autismo, que viene reclamando como demanda histórica la mejora en el acceso al empleo público. Un hito en este camino ha sido la aprobación del nuevo baremo para valoración y calificación del grado de discapacidad, que reconoce específicamente el trastorno generalizado del desarrollo (trastorno del espectro del autismo conforme a las clasificaciones diagnósticas internacionales actualizadas) de forma independiente y diferenciada del diagnóstico de discapacidad intelectual, lo que supone el reconocimiento normativo explícito de sus características peculiares en el funcionamiento adaptativo y una ventana abierta para hacer realmente efectiva la garantía de apoyos en su ciclo vital. La reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, contempla asimismo como colectivo de atención prioritaria a las personas con trastorno del espectro del autismo como colectivo de «especiales dificultades» señalando que, sin perjuicio de las medidas específicas contempladas por el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se procurará particularmente el acceso al empleo ordinario, pero también la creación y funcionamiento de centros especiales de empleo y enclaves laborales que faciliten su integración en el mercado de trabajo.

Al hilo de esta problemática, el objeto de las líneas que siguen es el análisis de una relevante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la número

5 Resolución de la Presidencia del Consejo Nacional de discapacidad por la que se da publicidad al acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de Discapacidad por el que se aprueba el I Plan de Acción Estrategia Española en trastorno del espectro del autismo 2023-2027. *Vid.* Página 16 del documento.

140/2023, de 26 de mayo (Rec.559, 2021), que resuelve el recurso contencioso-administrativo tramitado por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales seguido a instancia de una joven diagnosticada con TEA y grado de discapacidad del 33 %, que es excluida de un proceso selectivo para la cobertura por el sistema general de acceso de personas con discapacidad, por el turno independiente para personas con discapacidad intelectual, en el Cuerpo de Auxiliar Administrativo y Escala Auxiliar de archivos y bibliotecas de personal funcionario de la Administración de la Junta de Comunidades castellano-manchega.

Esta resolución judicial presenta un enorme interés en el momento actual ante los cambios normativos que están por venir en la reforma del empleo público, a propósito, entre otros, del Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad de julio de 2023⁶, porque escenifica los problemas reales de acceso al empleo público de las personas con Trastorno del Desarrollo y la importancia de resolver las cuestiones administrativas que ligan patologías y diagnósticos de difícil o variada manifestación personal con la certificación de los distintos grados de discapacidad. El caso es demostrativo de las limitaciones, vulneraciones de derechos constitucionales y discriminación que puede llegar a sufrir una persona con este tipo de deficiencia en un procedimiento administrativo, donde la confusión reinante entre discapacidad intelectual, cociente intelectual ligado o no al retraso mental y la acreditación de la discapacidad no termina de estar definitivamente resuelta. La Sentencia, fundamentada impecablemente desde el punto de vista jurídico —e incluso científico—, terminó resolviendo la discriminación en que incurrió la Administración, con vulneración de los arts.14 y 23 CE, en atención a la discapacidad intelectual de la actora, anulando la exclusión de la participación en la convocatoria, en la que además pudo concurrir tras la aceptación por el mismo Tribunal Superior de Justicia de la medida cautelar positiva que se instó. En la actualidad, la demandante se encuentra trabajando en la Administración autonómica tras superar el proceso selectivo del que inicialmente fue ilegalmente excluida.

Como hemos señalado, esta sentencia resulta muy oportuna en la actualidad, cuando se acaba de publicar el Primer Plan de Acción de la Estrategia Española en Trastornos del Espectro del Autismo (aprobada por el Consejo de ministros el 6 de noviembre de 2015) para el periodo 2023-2027⁷, que será el futuro marco de referencia para la definición de políticas y acciones en el ámbito estatal, autonómico y local, vinculadas a las personas con trastornos del desarrollo, especialmente el espectro del autismo. Este Plan pivota sobre la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, imperativo legal y marco preceptivo de las políticas públicas de España. En este sentido, el Plan busca la inclusión en la comunidad, la vida independiente, la igualdad de oportunidades, y la no discriminación de las personas con autismo, planteándose como una herramienta de empoderamiento que contempla entre sus prioridades el acceso al empleo y las líneas directrices para conseguir la igualdad en este terreno. Por ello, el objetivo de este trabajo es también analizar los puntos clave para el efectivo desarrollo de esta iniciativa política, planteando líneas futuras de actuación y, en su caso, propuestas de *lege ferenda*, a la luz del Proyecto de reforma de la Ley de Empleo Público que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria.

6 Disponible en https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/Libro_blanco_empleo_discapacidad_2023.pdf

7 Disponible en https://www.rpdiscapacidad.gob.es/docs/Res_TEA.pdf

II.- LOS HECHOS: CONVOCATORIA DE PLAZAS POR TURNO DE DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y EXCLUSIÓN DE UNA ASPIRANTE DIAGNOSTICADA DE TRASTORNO DEL DESARROLLO, POR NO ENCUADRARSE LA PATOLOGÍA CLARAMENTE EN NINGUNO DE LOS SUPUESTOS DE DISCAPACIDAD

La actora en el proceso es una joven diagnosticada por la Unidad de salud mental infanto-juvenil del Complejo Hospitalario Universitario de Albacete de Trastorno de Espectro Autista no especificado. Recibió terapia de atención temprana en el centro ADAPEI de Albacete, a donde fue derivada por el Centro Base de la Consejería de Bienestar Social y, posteriormente, desde 2007, es usuaria de la Asociación Desarrollo Autismo de la misma localidad, donde asiste actualmente a terapia de psicología.

Paralelamente, bajo la calificación de «alumna con necesidades educativas especiales», cursó la etapa de educación obligatoria con los apoyos educativos que la Consejería acordó (específicamente: logopedia y pedagogía terapéutica).

Mediante sucesivos dictámenes del Centro Base de Albacete se valoró la existencia de un Trastorno del Desarrollo, y se le atribuyó un porcentaje de discapacidad en porcentaje igual o superior al 33 %. En ellos, se precisaba que la etiología de la deficiencia evaluada era de naturaleza psíquica. En dictamen de 20 de mayo de 2020 se acordó por el citado Centro, con carácter definitivo, la siguiente calificación: «D./Dña. X, presenta: deficiencia de TRASTORNO DEL DESARROLLO (que es una de las denominaciones con las que los técnicos se refieren a los Trastornos del Espectro Autista); con diagnóstico SIN ESPECIFICAR; de etiología: SIN ESPECIFICAR; que supone un grado de las limitaciones en la actividad del 33 por ciento.

Mediante Resolución de 22 de marzo de 2021, de las Consejerías de Hacienda y Administraciones Públicas y de Educación, Cultura y Deportes, la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha convocó los procesos selectivos para el ingreso por el sistema general de acceso de personas con discapacidad, turno independiente para personas con discapacidad intelectual, para acceder al Cuerpo de Auxiliar Administrativo y en la Escala Auxiliar de Archivos y Bibliotecas de personal funcionario de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha⁸ (JCCM, en adelante). En dicha convocatoria, se determinan como requisitos

8 DOCM n.º 62, de 31 de marzo de 2021, [2021/3489].

para participar, en la Base 2.^a, algunos generales en todo proceso selectivo público (nacionalidad, edad, titulación...) y específicamente, en sus apartados d) y e):

d) Tener reconocida oficialmente una discapacidad intelectual, en grado igual o superior al 33 %, con efectos anteriores a la finalización del plazo de presentación de solicitudes.

e) Poseer la capacidad funcional necesaria para el desempeño de los puestos a los que se aspira y las capacidades y aptitudes físicas y psíquicas que sean necesarias para el desempeño de las correspondientes funciones o tareas.

Una vez finalizado el procedimiento selectivo deberá ser acreditada mediante la presentación de los documentos establecidos en la base 11.2».

La propia base segunda establecía, en su punto 4.º, que «para la admisión en las pruebas selectivas bastará con que quienes soliciten su participación declaren en su solicitud que reúnen todos y cada uno de los requisitos exigidos, que se acreditarán en el momento y con la documentación relacionada en la base 11 y haber abonado la correspondiente tasa».

Dicha base 11, con la rúbrica «Presentación de documentos y solicitud de destinos», referida al momento en que las pruebas selectivas ya se hubieran realizado, el proceso selectivo finalizado y previa a los nombramientos de los aspirantes, determinaba que:

«1. La administración comprobará de oficio los requisitos exigidos. (...)

2. Para los requisitos exigidos en la base 2 apartado 1, párrafos e) y f) deberá presentar, en el mismo lugar y plazo previstos en la base 11.1:

a) Certificación de los órganos competentes, que acredite su compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones del puesto de trabajo correspondiente, así mismo, deberá expresar la tipología y porcentaje de la discapacidad»

Para corroborar el cumplimiento del requisito referido a la tipología de su discapacidad, se contactó con el Centro Base de Albacete, a fin de confirmar que podía participar en las pruebas selectivas. Esta llamada fue atendida por una profesional psicóloga del Centro que afirmó rotundamente que el baremo que se aplicaba a la valoración y reconocimiento del grado de discapacidad (RD. aprobado mediante R.D. 1971/1999, de fecha 23 de diciembre, modificado por R.D. 1364/2012, de 27 de septiembre; más adelante nos referiremos a la derogación de este RD, entrando en vigor a partir de 18 de octubre del año 2022 el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad⁹) clasifica la discapacidad en física, psíquica y sensorial, de manera que, de los tipos de discapacidad del baremo, la discapacidad intelectual estaba equiparada a la psíquica. El Trastorno del Espectro Autista era tributario de la calificación de discapacidad intelectual, sin necesidad de que concurriera ningún otro tipo de incapacitación adicional (en concreto, retraso mental), porque, a su juicio, las dificultades de comprensión, interacción social y comunicación que llevaba aparejado eran suficientemente limitantes, pues cohiben intelectualmente la situación vital de aquellas personas que las padecen.

9 Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, «BOE» núm. 252, de 20 de octubre de 2022. BOE-A-2022-17105. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2022/10/18/888>

El día 15 de junio de 2021 se publica la relación provisional de aspirantes admitidos y excluidos en los procesos selectivos del turno independiente¹⁰. La actora aparece como excluida en ambos procesos por no acreditar el requisito exigido en la Base 2.1, esto es, «*el Dictamen Técnico facultativo y/o la documentación aportada no acredita la discapacidad intelectual*». El citado motivo es el único que aparece en la Resolución que acuerda la exclusión provisional de la demandante.

Nuevamente se contacta con el Centro Base, con otra profesional psicóloga del centro. La opinión técnica de esta es diametralmente opuesta a la primera, e informa que, en su opinión, era necesaria la concurrencia de retraso mental para poder obtener el certificado de discapacidad intelectual, corroborando así la decisión administrativa.

Ante la decisión excluyente adoptada por la JCCM, se presentó un escrito de subsanación frente a la inadmisión y, junto a él, aportó el dictamen facultativo, de fecha 20 de mayo de 2020 antes mencionado, en el que se confirma que presenta una deficiencia en el desarrollo y se le reconoce un grado de limitaciones en la actividad de un 33 %.

La Resolución de 12 de julio de 2021¹¹ aprueba la relación definitiva de personas admitidas y excluidas. En esta, la actora aparece definitivamente excluida, si bien al amparo del motivo G, esto es «no tener reconocido y/o acreditado un grado de discapacidad intelectual igual o superior al 33 %». Este era un motivo distinto del que aparece en el listado de exclusión provisional y, por tanto, sorpresivo, que la actora entiende ha conculcado, entre otros, su derecho de defensa. De ahí que la reclamante basará su recurso frente a esta Resolución en la vulneración del artículo 47. 1. a) de la Ley 39/2015, como motivo de nulidad formal, en relación con lo dispuesto en el artículo 14 y el 23.2 de la Constitución Española; y concretamente los arts. 50. 3, 41 y 42 de la Ley 4/2011 de 10 de marzo, de Empleo de Castilla La Mancha, que prevén la convocatoria de procesos selectivos específicos para personas con discapacidad, y en concreto, con discapacidad intelectual, y la remisión que se hace, respecto a su definición, al art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Entiende la actora que la Administración se aparta de forma manifiesta de la convocatoria que ella misma ha confeccionado y publicado, interpretando sus bases de forma restringida y extraña al contenido de estas, provocándole un claro perjuicio al impedirle su acceso a la función pública. Pues, en pocas palabras, la discapacidad reconocida del 33 %, si no es física, ni sensorial ni mental, necesariamente debe encajarse en la discapacidad intelectual, pues lo contrario supondría el «dislate» de que una persona con discapacidad por patología de espectro autista quedaría excluida de cualquier convocatoria de procesos selectivos por el cupo especial de discapacidad, intelectual u otras.

10 DOCM n.º 136, 19 julio, (2021/7039).

11 DOCM n.º 136, 19 julio [2021/8360]

III.- LA CONCESIÓN DE JUSTICIA CAUTELAR POSITIVA FRENTE A LA EXCLUSIÓN DE UN PROCESO SELECTIVO

El ejemplo del caso y la especificidad del trastorno del desarrollo como paradigma de medida cautelar positiva

En el escrito de demanda, la recurrente solicita la adopción de la medida cautelar positiva consistente en su inclusión provisional en la lista de admitidos a fin de poder participar en el proceso, fundamentando que, pese a la excepcionalidad de este tipo de medidas positivas, su petición no causaría perjuicio al interés público ni al resto de aspirantes admitidos, y en caso de prosperar tampoco provocaría consecuencias negativas. Mientras que su no adopción le provocaría el perjuicio irreparable de impedirle participar en el proceso y, en consecuencia, la exclusión definitiva de cualquier posibilidad de concurrir en igualdad al acceso a la plaza. La Administración se opuso a esta petición bajo el pobre argumento de poder solventar el problema adscribiendo a la actora a la plaza o con una indemnización alternativa si es que finalmente se diera una sentencia positiva que anulara la exclusión de la aspirante. El Ministerio Fiscal rechaza este argumento y considera que debe adoptarse la medida interesada pues, siendo claro que el interés público no resulta perjudicado, un hipotético resultado favorable del proceso sería irreparable a posteriori, mientras que permitir su concurrencia y evaluación siempre podría conllevar su exclusión si la sentencia fuera desfavorable.

Mediante Auto 451/2021, de 17 de agosto, el TSJCM estimará la medida cautelar, entendiéndose además que se trata de un supuesto «paradigmático sobre la necesidad de adoptar este tipo de medidas», por dos razones: primero, rechazando las vías de resarcimiento propuestas por la Administración, por inadecuadas y complicadas cuando la denegación del acceso a las pruebas llevaría a la pérdida de la finalidad legítima del recurso si la sentencia definitiva fuera favorable a la demandante; y en segundo lugar porque permitirle participar en el proceso de forma cautelar no causa perjuicio alguno al interés público o a terceros.

La escueta, pero impecable y contundente resolución hace una aplicación al caso de Autos de la doctrina general del TS relativa a las medidas cautelares, contenida, entre otros recientes, en ATS de 9 de febrero de 2021 (Rec.36/2021). Como es sabido, estas se configuran como la acción que pretende asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer en el ulterior procedimiento judicial o administrativo. Y pretenden dar respuesta a la rémora en nuestro sistema del hecho de que los procesos judiciales se dilatan enormemente en el tiempo, haciendo peligrar el ejercicio legítimo de los derechos cuando se puedan derivar perjuicios de difícil o imposible reparación justamente por el retraso en una resolución judicial potencialmente favorable. Por ello, la construcción legal y, sobre todo, jurisprudencial, ha enmarcado las medidas cautelares como parte inescindible del efectivo derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE¹².

12 *Medidas cautelares (derecho administrativo)* guiasjuridicas.es — Documento Relacionado (laley.es)
Recuperado 6 de noviembre de 2023

Valga como muestra la STC 78/1996, de 20 de mayo, que tempranamente señaló que «la posibilidad de acordar medidas cautelares adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso se vincula a la tutela judicial efectiva, pues la ejecución inmediata de un acto administrativo es relevante desde la perspectiva del art. 24.1 CE (SSTC 14/1992, 238/1992, 148/1993)».

Los artículos 129 a 136 de la LJCA introducen la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, positiva o negativa, atendiendo a las circunstancias de cada caso. Su fin es asegurar la efectividad de la sentencia, pero dado su carácter excepcional, únicamente podrán acordarse, «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición que se impugna pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso».

Los requisitos generales para la adopción son los siguientes:

- a) Cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, el elemento básico, esto es el *periculum in mora*: el riesgo que corre el objeto del proceso durante su tramitación.
- b) Ponderación del perjuicio al interés público y los intereses privados que se pretenden en el objeto del proceso.
- c) Aunque no previsto de forma expresa en nuestra ley rituaria, la jurisprudencia en la práctica ha introducido la consideración del *fumus boni iuris*, es decir, la apariencia de buen derecho, que corresponde probar al demandante.

La problemática en este caso es que lo que se pretende es la adopción judicial de una medida cautelar positiva, esto es, permitir la realización de las pruebas, cuando la Administración se lo había denegado. Y en este tipo de supuestos sigue resurgiendo el delicado debate entre las funciones de juzgar y administrar y la posible sustitución del juez en una actuación puramente administrativa¹³.

El fin principal de las medidas cautelares es proteger la integridad de un derecho una vez ejercitada la oportuna acción ante los Tribunales. En el orden contencioso-administrativo se articulan para prevenir lesiones derivadas de la dilación del proceso. Es cierto que en la anterior regulación del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo solo se permitía, de un modo restrictivo, solicitar la suspensión del acto impugnado. Aunque incluso durante su vigencia la posibilidad de adoptar una medida cautelar positiva, ya era posible. Inspirada por el Derecho comparado y comunitario, la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa introdujo nuevos mecanismos para evitar tales lesiones. Así, la reforma

13 Sobre las medidas cautelares positivas, sigue siendo lectura obligada el clásico de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Nuevas medidas cautelares positivas: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho», *Revista de Administración Pública*, n.º 126, sep-dic 1991, p.297. Interesante es también GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, S., «La aparente bondad del sistema de *numerus apertus* de las medidas cautelares», Ministerio de Justicia, 2015, recurso on line en file:///C:/Users//Downloads/Dialnet-LaAparenteBondadDelSistemaDeNumerusApertusDeLasMed-5188581%20(1).pdf

posibilitó la adopción de medidas cautelares en sede contenciosa cuando el recurso fundamentara adecuadamente la existencia del riesgo de que el resultado del proceso terminara perjudicado en caso de no adoptarlas. Por otro lado, la LJCA ha ampliado las posibles medidas cautelares. Ya no se admite únicamente la suspensión del acto, sino cualquier medida que «asegure la efectividad de la Sentencia».

La cita jurisprudencial que avala esta nueva concepción de las medidas cautelares es importante¹⁴. A título ejemplificativo, ya la STS de 2 de marzo de 2012 (Rec. 52/2012) señaló:

«Desde la aprobación del nuevo régimen de medidas cautelares de la Ley 29/1998, la suspensión es una más, pero no la única de las medidas posibles. La Sala puede, para preservar los intereses en juego tras la ponderación que de ellos se ha hecho, adoptar otras medidas de carácter singular que se corresponden con la potestad —inherente a la justicia cautelar— de configurar provisionalmente las relaciones jurídicas objeto de litigio, más allá de lo que supone la estricta limitación de las medidas cautelares al ámbito de la suspensión general de la norma impugnada. Puede, dentro del respeto al principio de congruencia procesal, adoptar aquellas cautelas que, según las circunstancias, sean necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere».

Ejemplar también es la doctrina de la STS 1688/2020, de 09 de diciembre (Recurso: 7831/2018), que sintetiza perfectamente la plena virtualidad en nuestro sistema jurídico de las medidas cautelares positivas:

«No puede identificarse el ámbito objetivo del recurso contencioso administrativo con el tipo y alcance de las medidas cautelares, pues estas pueden y deben ser todas aquellas que impidan que se frustre la finalidad del recurso contencioso administrativo...no cabe limitar la medida cautelar de suspensión única y exclusivamente al acto impugnado en el proceso.

Es cierto que normalmente esta cautela será la que asegure "la efectividad de la sentencia" (artículo 129.1 de la LJCA)... para garantizar la ejecución efectiva de la sentencia, su efectividad, puede y debe adoptarse cualquier medida —"cuantas medidas" señala el artículo 129.1 de la LJCA— que, aunque excedan de ese ámbito objetivo, tienen esa conexión esencial con el acto impugnado... De modo que no existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias».

Y además esta doctrina está siendo de relevancia en supuestos similares al que aquí se plantea, hasta el punto de que el TS haya incluso admitido la suspensión cautelar de un reglamento, más poderoso y de efectos mucho más amplios que un mero acto administrativo, para garantizar el efecto útil de una medida cautelar positiva. Así, en el Auto de la Sala tercera de 28 de septiembre de 2021 (rec. 244/2021) dispone la suspensión cautelar de dos previsiones reglamentarias de causas de exclusión para el ingreso en la Policía Nacional, para dejar participar en el proceso selectivo a los candidatos excluidos por llevar lentes intraoculares,

14 Un análisis de la doctrina y jurisprudencia reciente en DELGADO GARRIDO, C., «El permiso de reducción de jornada para cuidado de menores con enfermedad grave en el ámbito de la función pública: naturaleza jurídica y problemas de la falta de desarrollo reglamentario», Premio TFM Cátedra Clara Campoamor, de próxima publicación en Instituto de la Mujer de Castilla La Mancha, <https://instituto-mujer.castillalamancha.es/temasdeinteres>

cuando en ninguna convocatoria anterior ello había sido causa de inadmisión en el proceso. Y es interesante lo que se señala por el Alto Tribunal para justificar la claridad del *periculum in mora*: «de no otorgarse la suspensión cautelar de los puntos del Real Decreto 326/2021 que son objeto de este recurso contencioso-administrativo, la eventual estimación de éste no impediría que los recurrentes hubieran perdido al menos la oportunidad de participar en una oposición libre para el ingreso en la Policía Nacional. Y la pérdida de esta oportunidad comportaría, sin duda, un perjuicio en términos de tiempo, energía e incluso motivación psíquica»¹⁵.

Incluso, en una pionera jurisprudencia, la Audiencia Nacional en Auto de 10 de marzo de 2023 (P.O. 452/2023), abrió la puerta, en plena ola de convocatorias de concurso y concurso-oposición al amparo de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, a la estratégica suspensión cautelar de los procesos selectivos de estabilización en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, porque, en apariencia, existía una manifiesta ilegalidad en la misma. La clave para conceder la suspensión estará en la ponderación de intereses en conflicto, para señalar que: «Es patente que son mayores los males que provocaría la ejecución, posibilitando accesos a la función de Letrados y posibles consolidaciones, al amparo del principio de buena fe, que la suspensión de un procedimiento destinado a terminar con la temporalidad de determinados puestos ocupados por interinos. Estos permanecerán, en su caso, en sus puestos sin mayores consecuencias, o bien reclutados por medio de los cauces legales».

Interesante también es el Auto del TSJ Galicia de 17 de junio de 2022, que concede una medida cautelarísima para permitir a un aspirante excluido por incumplimiento de un requisito de la convocatoria —esto es, un asunto muy similar al que analizamos— para señalar que no es justificación administrativa suficiente «el potencial riesgo de que un aspirante con mejor derecho —a la luz del resultado final del proceso judicial— resultare preterido frente al derecho del recurrente a poder participar en igualdad de condiciones con el resto de aspirantes». La Sala entiende que no existe tal conflicto, o al menos no con carácter prevalente para la denegación de la medida cautelar: «No existe tampoco razón de peso que implique dar mayor protagonismo a ese potencial riesgo de un tercer aspirante, que por otro lado tampoco tiene porque concretarse, con el perjuicio cierto de apartar al recurrente de la realización de dichas pruebas. Pudiendo señalar igualmente que la potencial retroacción del procedimiento, para el caso de estimación del recurso judicial no es tampoco una solución óptima, en el sentido de que la única posibilidad de baremar a todos los aspirantes en régimen de igualdad, es que realicen todos la misma prueba».

Aplicando esta doctrina al caso de Autos, resulta evidente que la concesión de la medida cautelar positiva estaba plenamente justificada, como escueta, pero claramente, resuelve el Tribunal. Por añadir algún argumento, primero, haciendo la ponderación requerida, es obvio que el único perjuicio que podría causarse es a la propia aspirante, pues ni siquiera podría optar a examinarse (sin saber aún el resultado de la prueba). Así lo confirmaría además la ulterior sentencia recaída en el procedimiento, confirmando la legitimidad de la integración en el cupo reservado a la discapacidad intelectual de la patología autista de la aspirante. Además, vetarle el derecho a examinarse conlleva un seguro impedimento de acceso al

15 Vid. el atinado comentario de este importante Auto en CHAVES, Blog «De la Justicia», recuperado en <https://delajusticia.com/2021/09/29/avances-sensibles-del-tribunal-supremo-sobre-la-suspension-cautelar-de-disposiciones-generales/>

empleo público, pues su exclusión *ab initio* solo podría tener ese efecto directo y seguro que difícilmente podría solventarse de una manera justa: la opositora debería esperar al siguiente concurso, con la pérdida efectiva e irrecuperable del tiempo que ha dejado o hubiera podido dejar de desempeñar el empleo al que tenía derecho a concurrir, y la pérdida a la percepción del salario correspondiente. Plantear, como hace la Administración demandada, una potencial indemnización, desde luego que ni es la solución apropiada, ni la más justa ni ética, si se nos permite la apreciación.

Es más, tomando como ejemplo la doctrina del TS en casos similares, desde luego que «*la pérdida de esta oportunidad comportaría, sin duda, un perjuicio en términos... incluso de motivación psíquica*». Y nos parece muy importante este razonamiento en aplicación a nuestro caso, por la especial importancia que cobran los daños morales y psicológicos para algunas personas especialmente vulnerables. En este colectivo se encuentran, sin lugar a duda, las personas con trastornos como el TEA, puesto que sus deficiencias en la reciprocidad socioemocional varían desde un acercamiento social normal en ambos sentidos, pasando por la disminución en intereses, emociones o afectos compartidos, hasta el fracaso en iniciar o responder a interacciones sociales. De modo que su reacción, asunción y respuesta a la exclusión de una prueba o examen seguramente no es igual que la de una persona sin esta discapacidad.

Un estudio de la Fundación General de la Universitat de València, Centro Universitario de Diagnóstico y atención temprana¹⁶, nos muestra que los tratamientos más efectivos para esta patología fundamentalmente se dirigen a: i) Fomentar las habilidades de socio-comunicativas que están afectadas; ii) desarrollar las habilidades sociales y de autonomía personal, para favorecer la inclusión y la participación en la sociedad; iii) facilitar la adaptación de la persona a los cambios y flexibilizar su conducta y su pensamiento; iv) prestar apoyo a la familia ayudándoles a afrontar las dificultades que vayan surgiendo. De ahí que, entre las medidas más efectivas, para conseguir la mejora de la sintomatología se encuentre en un lugar destacado el acceso al mercado laboral, especialmente al empleo público, que garantiza la estabilidad. De ahí que la resolución e interpretación de la Administración resulte más cercana a la discriminación prohibida que a la obligación de fomento y colaboración en la inserción de los colectivos especialmente vulnerables.

Pero es que, además, las personas con este cuadro patológico muestran patrones de conducta poco frecuentes, no asumen la realidad o perciben situaciones cotidianas o no (como puede ser nuestro caso) de la misma manera que una persona que no padece este tipo de trastorno. Un interesante artículo de Autismo en vivo¹⁷ muestra que «*aproximadamente el 40 por ciento de los niños con un trastorno del espectro autista (TEA) también tienen un trastorno de ansiedad (Steensel, Bögels y Perrin, 2011). La ansiedad puede exacerbar los síntomas del TEA haciendo que la comunicación y las interacciones sociales sean cada vez más difíciles*». Por ende, está científicamente demostrado que la gestión de las emociones es

16 *Trastorno del Espectro Autista (TEA)* Fundación General de la Universitat de València, Centro Universitario de Diagnóstico y atención temprana <https://www.uv.es/fundacion-general-cudap/es/documentacion-recursos/trastornos-del-desarrollo-mas-comunes/trastorno-espectro-autista-tea.html> [Recurso en línea recuperado el 6 de noviembre de 2023]

17 *Ansiedad y autismo: las mejores formas de aliviar los efectos de la ansiedad*, Autismo en Vivo AEV, <https://www.autismovivo.org/post/ansiedad-y-autismo-las-mejores-formas-de-aliviar-los-efectos-de-la-ansiedad> [Recurso en línea recuperado el 10 de noviembre de 2023]

diferente. En el caso de la ansiedad, el miedo, el enfado, la decepción, el nerviosismo, afectan porcentualmente en un grado mucho mayor a las personas con trastornos del comportamiento. Por tanto, como después se encargará de corroborar la sentencia, el alcance que puede tener la decisión restrictiva de derechos que podía haber propiciado la Administración, difícilmente va a poder ser recompensada en términos estrictamente económicos, como se desprende de su escueta fundamentación para el caso de que la decisión judicial final reconociera el derecho de la recurrente a poder siquiera examinarse.

En definitiva, como aviso a navegantes —especialmente en patologías como la del autismo y otras similares relacionadas con los trastornos del comportamiento—, creemos que la opción de la demandante instando la medida cautelar positiva fue la decisión más acertada del proceso que terminó resolviéndose en la sentencia que comentamos. Si se hubiera esperado, sin esa solicitud de justicia cautelar, a la sentencia que avaló su derecho a la opción de examinarse, la actora habría perdido todas las oportunidades de acceso a la función pública y además se habrían generado unos daños morales difícilmente recompensables con una indemnización monetaria.

IV.- LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA: UNA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA SOBRE LA DISCRIMINACIÓN EN ATENCIÓN A LA CIRCUNSTANCIA PERSONAL DE DISCAPACIDAD

La STSJCM debe resolver las dos cuestiones planteadas por el recurso: una formal y otra de fondo. La primera solicitaba la nulidad de la resolución por contradicción en sus bases provocadora de indefensión al excluir a la demandante en la resolución definitiva de admitidos y excluidos por motivo distinto de la exclusión en la resolución provisional. La segunda, si la misma, diagnosticada del TEA, con grado de discapacidad reconocido del 33 % y sin constancia de limitación a nivel cognitivo (retraso mental) reúne el requisito de participación de tener reconocida una discapacidad intelectual. La respuesta de la sentencia es que no ha existido indefensión, pero sí reúne el requisito en lid para participar en la convocatoria.

4.1.- Una causa de inadmisión diferente en la resolución definitiva respecto a la provisional no conlleva formalmente indefensión

Aunque el Tribunal reconoce que existe una aparente contradicción en las bases de la convocatoria, pues una de ellas avala la admisión automática con la presentación de la solicitud, para regular en otra posterior un procedimiento con examen de documentación, periodo de

subsanción y resolución definitiva de admitidos y excluidos, entiende la sentencia que la secuencia de actuaciones ha sido correcta, pudiendo la actora en su extenso y fundamentado escrito de subsanción entrar en la cuestión de fondo: que la discapacidad reconocida era —y solo podía ser— intelectual. Por ello, anudando el examen de las bases desde el punto de vista formal con la cuestión esencial del proceso el Tribunal entiende que no ha habido indefensión y que el auténtico debate del proceso es el objeto material de dilucidar la concurrencia o no de un diagnóstico de discapacidad mental asociado al TEA, como requisito habilitante para la participación en la convocatoria.

4.2.- Las bases normativas para la convocatoria de procesos selectivos específicos con reserva de plazas para personas con discapacidad intelectual, como cupo específico distinto a la discapacidad general

La sentencia entra en la cuestión de fondo, esto es, si la recurrente reúne el requisito de participación establecido en las bases del proceso selectivo: «tener reconocida oficialmente una discapacidad intelectual, en grado igual o superior al 33 %», con un exhaustivo y sistemático análisis de la normativa de aplicación.

En primer lugar, de la Ley 4/2011, de 10-3 de Empleo Público de Castilla La Mancha, que prevé la posibilidad de convocar procesos selectivos, específicamente para personas con discapacidad intelectual, como un cupo específico al margen de las convocatorias de la discapacidad general, atendiendo a las grandes dificultades del colectivo, y a la desigualdad cognitiva respecto a personas con plena capacidad intelectual (art. 42). En concreto, se permite a las Administraciones autonómicas la creación de puestos de trabajo singulares para «*personas con un grado de limitaciones en la actividad intelectual de, al menos, un 25 %;*» y además dentro de este grupo «*se pueden establecer diferentes subgrupos en razón al tipo de limitaciones en la actividad, de tal modo que las personas que participen en ellos concurren exclusivamente con otras con limitaciones en la actividad similares*». Destacamos que el Tribunal resalta ya en este punto la importancia del precepto, pues las Bases controvertidas no distinguían tipos o grupos de discapacidad intelectual.

Concretamente, el artículo 41 establece en su apartado primero que «*en las ofertas de empleo público se debe reservar un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración pública de Castilla-La Mancha*». El párrafo segundo añade que «*la reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad*».

Como puede apreciarse, la Ley no incorpora una definición de «personas con discapacidad», remitiéndose a la definición del art. 1.2 de la Ley estatal 51/2003, de 2 de diciembre, de

igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Tampoco define qué ha de entenderse por «discapacidad intelectual», aunque reconoce que este es uno de los posibles tipos de discapacidad. Esta segunda norma de aplicación al caso dispone que *«son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás»*. Aunque esta Ley fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, su art. 4.1 reproduce literalmente aquel concepto. Esta definición de discapacidad coincide sustancialmente con la contenida en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006¹⁸ (art. 1.2).

En este punto, resultan esenciales las normas que disciplinan la valoración del grado de discapacidad, que en el momento de inicio de la disyuntiva planteada tenía su procedimiento específico de fijación y un Baremo para cuantificar su reconocimiento, aprobado mediante R.D. 1971/1999, de fecha 23 de diciembre, modificado por R.D. 1364/2012, de 27 de septiembre, y que se traslada en el ámbito propio autonómico por Orden de 21-03-2000 de la Consejería de Bienestar Social. Ahora bien, el citado baremo sólo se ocupa de las discapacidades físicas, las sensoriales y las denominadas enfermedades mentales. No hace referencia explícita a la discapacidad intelectual. Como veremos más adelante, el nuevo Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, modifica esta clasificación, actualizando el procedimiento, y definiendo, ahora sí, la incapacidad intelectual en su Anexo: *«1.5. Según lo propuesto por la American Association on Intellectual and Developmental Disabilities, se adopta el término discapacidad intelectual (DI) que se define como: Una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa que se manifiestan en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas»*.

Con esta nueva normativa puede que la interpretación de la Administración hubiera sido distinta, pero lo cierto es que la normativa aplicable seguía siendo la establecida en 1999, referida al «retraso mental» y a la «enfermedad mental». En su capítulo XV se establecen las normas generales para la valoración de la discapacidad derivada del Retraso Mental, definido como *«capacidad intelectual general significativamente inferior al promedio, que se acompaña de limitaciones de la capacidad adaptativa referidas a cómo afrontan los sujetos las actividades de la vida diaria y cómo cumplen las normas de autonomía personal esperables de su grupo de edad, origen sociocultural y ubicación comunitaria»*. La norma distingue entre la capacidad intelectual límite, retraso mental leve, moderado y grave y/o profundo.

Y el Capítulo XVI, cuyo Título es la «Enfermedad Mental», establece esta definición: *«Partiendo del hecho reconocido de que no existe una definición que especifique adecuadamente los límites del concepto «trastorno mental» entendemos como tal el conjunto de síntomas psicopatológicos identificables que interfiere el desarrollo personal, de manera diferente en intensidad y duración»*.

18 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Publicado en: «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008.
Referencia: BOE-A-2008-6963. Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/(1))

La Administración, en base a los informes solicitados a su Dirección General de Discapacidad y el Centro base de la Delegación Provincial de Albacete, interpretará que la discapacidad intelectual viene anudada de forma acumulativa con un cociente intelectual menor de 85 junto a las limitaciones significativas en la conducta adaptativa. Y en tanto aquellos informes constatan que la recurrente no presenta limitaciones en el funcionamiento intelectual y su capacidad a nivel cognitivo no se encuentran afectadas, en este caso no existe discapacidad intelectual: *«Las limitaciones en las personas afectadas por diagnóstico del espectro del autismo pueden cursar con una capacidad intelectual normal o, por el contrario, ir acompañadas de discapacidad intelectual. En este último caso, la persona debe obtener una puntuación en su cociente intelectual de la menos una desviación típica por debajo de la media (CI menos de 85), así como limitaciones significativas en la conducta adaptativa»; y en el caso, «a lo largo de todas las revisiones que se mantuvieron, en todo momento se han tenido en cuenta los datos e informes aportados, donde no hay constancia ni evidencia de una limitación a nivel cognitivo».*

En consecuencia, la recurrente tiene una discapacidad psíquica (Resolución 13-4-2011), pero no reúne las características para calificar la discapacidad de intelectual y, por tanto, no ostenta el requisito esencial de la convocatoria. Con esta interpretación, las personas con trastornos como el TEA o similares que no llevan aparejada una limitación intelectual —lo que ocurre en no pocos supuestos, como el del caso—, se encontrarían excluidas de las convocatorias con cupo reservado a personas con discapacidad intelectual, quedando en el limbo de una discapacidad sin encaje en ninguna otra categoría normativa (física, sensorial, mental o intelectual).

4.3.- El trastorno del Espectro Autista y los segmentos de la discapacidad: física, sensorial, intelectual o mental. La discusión sobre su encaje y la necesidad del análisis de cada caso concreto

En el análisis lógico del Tribunal, la siguiente disyuntiva es resolver la ecuación sobre el encaje de la recurrente diagnosticada con TEA en alguno de los tipos normativos de la discapacidad, de acuerdo con el art. 4 LGDPCD: física, sensorial, intelectual o mental. Recordemos que la calificación de su grado de discapacidad fue «psíquica». Y que, de acuerdo con los informes solicitados por la Administración, en algún caso contradictorios, no se termina de definir el concepto de discapacidad intelectual. Salvo para ligarlo al índice de deficiencia cognitiva. En ello se escudará la Administración demandada, para concluir que no es que haya interpretado erróneamente el concepto de discapacidad intelectual —como le achaca la demandante—, es que ni lo ha interpretado, *«ni tan siquiera ha llevado a cabo una interpretación de la situación individual de la demandante, sino que se ha limitado a solicitar al órgano competente en la materia, la DG de Discapacitados de la Consejería de Bienestar Social, la información relativa a dicho requisito».*

Desde luego, el argumento de la Administración convocante no es asumido por el Tribunal, que se mostrará muy crítico, aun desde el reconocimiento de lo confuso del concepto de discapacidad intelectual y la falta de una definición técnico-médica comúnmente aceptada. La sentencia emplea tres argumentos sucesivos que nos parecen impecables: en primer lugar, que si el requisito de la discapacidad intelectual es básico para acceder a la convocatoria es

precisamente a la Administración convocante a la que corresponde interpretarlo. En segundo lugar, la Administración se limita a excluir la discapacidad reconocida de la recurrente de los tipos que resultan de la normativa, pero se abstiene de calificar el tipo de discapacidad que sería, en una corta interpretación literal, donde parece que la discapacidad «psíquica» que reconocieron los técnicos no encaja en la normativa de modo explícito; en tercer lugar, *«por lógica deductiva, y dado que objetivamente no es una discapacidad física ni sensorial, sólo podría ser mental o intelectual, y si dice que no es intelectual, solo podría ser mental; sin embargo, ni la Administración ni los informes en los que se apoya califican esta discapacidad 'psíquica' como mental»*. O, en otros términos, como decía la demanda: *«la discapacidad que tiene la recurrente solo es posible incluirla en la citada categoría, so pena de incurrir en la contradicción de que, a pesar de tener reconocido un porcentaje de discapacidad del 33 %, no concurre sintomatología de etiología física, ni mental, ni sensorial ni intelectual. Lo cual es un dislate»*.

Por ello el tribunal entiende que le corresponde dar una respuesta *ad hoc*, atendiendo a las particulares circunstancias de la recurrente de acuerdo con la prueba practicada, en el entendido que, de otro modo, quedarían desprotegidos los derechos de una persona con discapacidad del 33 % y diagnosticada con un TEA sin disminución de coeficiente intelectual. Lo cual, a nuestro juicio, ha abocado a una actuación administrativa de discriminación múltiple y sectorial en el acceso al empleo público: primero por no haber atendido su condición de discapacidad; segundo por dejar huérfana a una patología que específicamente no encajaba desde una interpretación estrictamente literal en la normativa, al menos hasta la entrada en vigor del RD 8/2022, que sí contempla sin lugar a duda la discapacidad intelectual. Este va a ser el eje para estimar la demanda, con apoyo en un Informe de la psicóloga coordinadora de la Asociación Desarrollo Autismo de Albacete, que viene tratando a la recurrente desde el año 2007, y que fue ratificado en la vista oral.

Nos parece importante que, frente a los informes de los órganos administrativos, el Tribunal otorgue *«especial relevancia a este Informe»*, que será la clave de la resolución judicial. Pues, como señala, en este se ha realizado una descripción personalizada profunda y detallada de la discapacidad de la recurrente, señalando sus carencias y dificultades de tipo «intelectual», excluyendo que supongan una «discapacidad mental». El Informe de esta psicóloga se adapta en la conceptualización y aplicación al caso, dirá el tribunal, *«como un guante»* al RD 888/2022, de 18 octubre, que, aunque sea norma posterior, servirá para proporcionar los elementos interpretativos medulares para concretar la discapacidad intelectual de la demandante. Puesto que sus limitaciones significativas en la conducta adaptativa se manifiestan en las habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas que se reflejan en el Informe y coinciden absolutamente con la norma. Llama la atención la sentencia sobre el hecho de que este Informe pericial fuera previo al RD 888/2022, pero es que justamente la norma se adapta a la última actualización del concepto de discapacidad intelectual de la AAIDE, antes mencionado. Luego la Administración podría haber utilizado perfectamente, en caso de duda o de discrepancia en los informes —como sucedió— este nuevo criterio interpretativo, mucho más acorde con el tipo de discapacidad intelectual que puede plantearse en una persona con TEA, que el antiguo concepto de enfermedad o retraso mental.

Por ello la sentencia concluye que: *«si la discapacidad del 33 % reconocida deriva no solo de su diagnóstico de TEA, sino también de las limitaciones a la conducta adaptativa, la conclusión debe ser que la recurrente tiene discapacidad intelectual, y que por tanto reúne el requisito de la participación»*.

4.4.- La discapacidad intelectual no implica en todo caso retraso mental o cociente intelectual menor a 85, ni mucho menos en un trastorno del desarrollo

La última cuestión que resuelve la sentencia se refiere a si la discapacidad intelectual del 33 % exigida en la convocatoria debe ligarse necesariamente con el retraso mental o cociente intelectual menor a 85. Al faltar este, la Administración excluye a la recurrente, entendiendo la discapacidad intelectual como un conjunto de requisitos acumulativos que exigirían en todo caso esa deficiencia añadida a las limitaciones significativas en la conducta adaptativa.

Sin embargo, el Tribunal es claro al señalar que este es un requisito no establecido en la Base de la convocatoria, *«que únicamente exige que se tenga «discapacidad intelectual en el porcentaje del 33 %»; y donde la norma no distingue no se debe distinguir»*.

Y esta es una interpretación esencial para la recurrente, pues ya hemos señalado que no todo TEA debuta o se presenta con un menor cociente intelectual. Con ella se abre la puerta a la posibilidad de que una persona con esta discapacidad pueda acceder al empleo público por el cupo específico. A no ser que la Administración hubiera arbitrado un proceso selectivo para discapacitados intelectuales con el requisito añadido de tener un menor cociente intelectual. Lo que en principio permitiría el art. 42 de la Ley 4/2011 de Empleo Público de Castilla-La Mancha, que recordemos permite establecer estas convocatorias para: a) Personas con un grado de limitaciones en la actividad intelectual de, al menos, un 25 %; b) Personas con cualquier otro tipo de limitaciones en la actividad originadas por deficiencias permanentes de grado igual o superior al cincuenta por ciento. E incluso dentro de ellos crear subgrupos en razón al tipo de limitaciones en la actividad. Pero, al menos en esta convocatoria, tal posibilidad no se previó. Por lo que, concluirá la sentencia:

«En definitiva, siendo la discapacidad de la actora de índole intelectual, del 33 %, no exigiendo la Base otro tipo de condicionantes, pudiendo hacerlo, ha de entenderse que cumple el requisito de participación con arreglo a las Bases, y que su exclusión vulneró los art. 14 y 23 de la CE, existiendo discriminación en atención a su circunstancia personal de discapacidad, por lo que debemos anular dicha exclusión, con los efectos que procedan con arreglo al devenir que haya tenido el proceso selectivo en el que, cautelarmente, se permitió su participación».

V.- REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS PARA UNA INTERPRETACION NO DISCRIMINATORIA DE LA DISCAPACIDAD POR TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA

La sentencia analizada demuestra que, a pesar de los avances normativos, las medidas de integración en el mercado laboral de las personas con discapacidad y el sólido aval jurisprudencial a la discriminación positiva¹⁹, todavía nuestras Administraciones siguen provocando situaciones restrictivas de derechos protegidos especialmente por instrumentos nacionales e internacionales²⁰. Con la paradoja de que, en el compromiso de los poderes públicos en la promoción del acceso al empleo de acuerdo con al art. 49 CE²¹, parezcan utilizarse dos varas de medir, contundente si se trata del impulso y el fomento dirigido al sector privado, frente a las dificultades y trabas que todavía se manifiestan en el empleo público, de dudoso sentido jurídico integrador y poco ejemplarizantes.

La sentencia resulta interesante porque insta a la Administración a una interpretación práctica realmente favorable y no discriminatoria en un supuesto de discapacidad complejo, por las razones científicas y normativas que hemos señalado. Y porque además lo hace desplegando la interpretación hermenéutica de la que se desentendió la propia Administración explícitamente. Aun siendo reseñable la pulcritud de la motivación jurídica del Tribunal en base a un amplio espectro normativo, el apoyo a la decisión finalmente adoptada puede encontrar todavía un sustento político y jurídico más amplio.

19 Por todas, STS de 28 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3352), «no basta con que la reserva de plazas para el turno de discapacitados se aplique sobre el total de las plazas incluidas en la Oferta de Empleo Público», sino que «(...) debemos partir de que la reserva porcentual a favor de las personas discapacitadas es una medida de discriminación positiva legalmente establecida y que, conforme a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 269/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 269), resulta perfectamente legítima. El Fundamento jurídico 4 de dicha sentencia que «(...) el art. 14 CE (RCL 1978, 2836) es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación (...) tanto el legislador como la normativa internacional [Convenio 159 de la OIT (RCL 1990, 2434)] han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas»

20 Un análisis detenido, con la bibliografía reciente, en COLLADO GARCÍA, L., ROMERO RODENAS, M.J., TARANCÓN PÉREZ, E., *Incapacidad temporal: guía práctica*, Bomarzo, 2020 (3 ed.)

21 El art. 371 LGPCD, establece explícitamente que las Administraciones Públicas fomentarán sus oportunidades y promoción profesional en el mercado laboral y promoverán los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo.

a) El avance normativo hacia la consideración de la discapacidad por TEA como colectivo diferenciado por sus «especiales dificultades» en el acceso al empleo

Son ya muchos los instrumentos internacionales (desde la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 27), la Agenda de objetivos de desarrollo sostenible (ODS 10), la Carta de Derechos fundamentales de la UE (arts. 21 y 26), la Estrategia europea sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2021), que establecen un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíben la discriminación (directa e indirecta) en el empleo por razón de discapacidad y promueven la adopción de medidas de acción positiva, así como la implementación de ajustes razonables que remuevan las barreras u obstáculos en el acceso al empleo, selección, contratación, promoción, formación profesional para el empleo y en las condiciones de trabajo en todos los ámbitos, incluida la Administración pública.

Desde la perspectiva estatal, la normativa que ha reconocido al colectivo de la discapacidad como prioritario en las políticas de empleo, es también ingente. Por citar las más recientes y significativas, la Ley 15/2022 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo que coinciden en establecer como principios básicos para la igualdad de oportunidades la efectiva ocupación, la no discriminación y la necesidad de políticas de integración (arts.50 y 54). Como magníficamente señala el reciente Libro Blanco de Empleo y Discapacidad: *«La inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad implica la igualdad y no discriminación en el ejercicio de sus derechos y en la toma de sus decisiones. Debe venir amparada por políticas que aborden la discapacidad, mismos derechos humanos y libertades fundamentales universales –incluidos los derechos laborales– que las demás personas. Exige, asimismo, superar pluralidad de estereotipos, entre ellos, los relativos al rendimiento y productividad de las personas con discapacidad»*²²

Pero, además, recientes normativas y las principales estrategias para el empleo futuro han incorporado a las personas con trastornos del desarrollo, específicamente con TEA, como colectivo de atención prioritaria por sus «especiales dificultades». Recordemos, como señalábamos en la introducción, que la mayoría de estas personas tienen más dificultades de acceso al empleo respecto al resto de personas con discapacidad, viven en el hogar familiar y tienen una escasa participación social y comunitaria. Entre el 70 y 90 % de personas con espectro autista se encuentran desempleadas y no desarrollan ninguna actividad laboral (Estudio INE 2021). Además, la tasa de mujeres sin empleo es bastante superior a la de los hombres.

La razón se encuentra en las específicas barreras que las personas con autismo encuentran para acceder a un empleo, que podemos resumir en: la ausencia e inadecuación de la normativa sobre empleo en relación con las personas con autismo (del que ha resultado ejemplo paradigmático el caso y la sentencia comentada); la falta de programas que consideren esta realidad desde un enfoque inclusivo de apoyo y el difícil acceso a la figura del preparador/a laboral en los espacios del tejido empresarial²³; la escasez de modelos de formación dual

22 Libro Blanco de empleo y discapacidad (referenciado en citas anteriores), *vid.* página 651.

23 Apenas existen actuaciones orientadas a promover la inclusión laboral, a excepción de algunas llevadas a cabo puntual y mayoritariamente por el tercer sector. Algunas experiencias positivas de colocación laboral de personas con discapacidad gestionadas por instituciones y empresas privadas son: el proyecto «Rain Man» para personas jóvenes diagnosticadas con autismo de alto

que proporcionen la cualificación técnica y las competencias necesarias para afrontar la vida adulta y desempeñar un puesto de trabajo mediante prácticas en entornos laborales reales; la falta de oportunidades de empleo (prospección laboral): es muy complicado generar alianzas entre entidades de discapacidad y empresas en el contexto actual, tanto en entornos laborales como pre-laborales; una pobre detección de intereses vocacionales que se ajusten a las necesidades de las personas con autismo; los prejuicios existentes en el tejido empresarial y el desconocimiento sobre el potencial laboral de las personas con autismo. Incluso algunas de estas razones pueden tener un sustrato anterior más dramático, pues las barreras para el acceso al empleo comienzan ya en la etapa educativa, donde apenas se dispone de información sobre este trastorno, ni cómo se ha de actuar adecuadamente siguiendo un protocolo diferenciado. Aparte de los problemas latentes derivados del retraso diagnóstico, mayor en las personas sin discapacidad intelectual asociada. Ello precipita resultados de altas tasas de fracaso escolar y abandono, aparte de los especiales problemas como diana del acoso escolar o el *bullying*²⁴.

De ahí la importancia del tratamiento particularizado de estas personas en las normativas sobre empleo, que debe verse como un paso de gigante para la plena inclusión del colectivo. Entre ellas, destaca el muy reciente Libro blanco de empleo y discapacidad, que señala como un acierto la inclusión de una referencia transversal en la actual política de empleo, distinguiendo entre personas con discapacidad (definidas como tales en la LGDPD) y personas con discapacidad con mayores trabas para el acceso al mercado de trabajo, entre las que se cuentan: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con *trastorno del espectro autista*, así como con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.

El Real Decreto Ley 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral, ya las había incluido entre las políticas prioritarias para las personas con mayores dificultades de acceso al empleo²⁵: art. 6. c) las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento. Ya el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes

funcionamiento, personas que pueden expresar rendimientos muy buenos o superiores a la media en ciertas áreas (Bologna) o la experiencia «No olvidar» para personas jóvenes diagnosticadas con autismo de alto funcionamiento y Asperger en colaboración con el Servicio de Mediación Laboral, asistidas por tutores o tutoras y especialistas en informática (Milán).

24 Aunque la normativa específica también va dando pasos en el sentido de contemplar necesariamente estos trastornos especiales. Así, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, recoge bajo el término de necesidades educativas especiales al alumnado con autismo con o sin discapacidad, para avanzar en sus derechos e inclusión. También la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional contiene necesidades específicas dirigidas a las personas con discapacidad, y específicamente con TEA, impulsando la Formación Profesional para favorecer a la integración laboral del colectivo.

25 Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.«BOE» núm. 9, de 11/01/2023. BOE-A-2023-625. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/01/10/1/con>

de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo²⁶, sistematiza las ayudas y subvenciones destinadas al fomento y ayuda para contratación y mantenimiento del empleo de las personas con especiales dificultades de acceso al empleo, entre las que se incluyen, entre otros, las personas con TEA (art. 5.c). El Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 también incluye como personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo a las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %. Pero el espaldarazo definitivo lo lleva a cabo la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, al contemplar como colectivo de atención prioritaria por su «especiales dificultades» a las personas con trastorno del espectro del autismo para señalar que, sin perjuicio de las medidas contempladas por la LGDPD, la atención de personas demandantes de servicios de empleo con discapacidad se encauzara por múltiples vías a través de programas específicos y generales. Los servicios de empleo procurarán, prioritariamente, el acceso de dichas personas al empleo ordinario, pero también la creación y funcionamiento de centros especiales de empleo y enclaves laborales que faciliten su integración en el mercado de trabajo.

Estas innovadoras previsiones deben además ponerse en conexión con los principios de la Estrategia española de empleo y discapacidad 2022-2030²⁷, que pretende potenciar el acceso al empleo público entre las personas con discapacidad, mediante el desarrollo, extensión y mejora de la aplicación de la cuota de reserva del 7 % general y 2 % de la discapacidad intelectual con estas concretas medidas: extensión a todos los puestos, grupos, categorías y perfiles profesionales; extensión a las bolsas de empleo y tanto al personal funcionario como al personal laboral; y considerando todos los aspectos, elementos y fases de acceso, mantenimiento y promoción en el empleo público (regulación de cupos, formación, carrera profesional, movilidad, flexibilidad horaria, medidas de conciliación, permisos, excedencias, etc.)²⁸. Y lo que es más importante, se prevé la incorporación de realidades con necesidades especiales, como el trastorno del espectro del autismo. El objetivo final es incrementar la cuota de reserva de la discapacidad en el sector público hasta que el número de empleados sea proporcional a la proporción de personas con discapacidad activas. En este sentido, el I Plan de Acción Estrategia Española en Trastorno del Espectro del Autismo 2023-2027 llega a contemplar como medida estratégica: *«M22 Reconocer el diagnóstico de TEA y los ajustes necesarios en las convocatorias de empleo público de manera específica y diferenciada a la discapacidad intelectual, para facilitar el acceso a todas las personas con autismo y evitar su exclusión si este diagnóstico no aparece de manera concurrente o no se encuentra explícitamente reconocido»*. Lo cual, como nos ha demostrado la sentencia analizada, puede resultar un enorme problema que llega a excluir a personas con este diagnóstico, pero sin clara discapacidad intelectual, de las convocatorias públicas de empleo.

26 Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo. «BOE» núm. 233, de 29/09/2021. BOE-A-2021-15771. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2021/09/28/818/con>

27 Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Aprobada por el Consejo de ministros el 3 de mayo de 2022.

28 Sobre las cuestiones de fondo principales de este trabajo, es de lectura imprescindible AAVV, Dir. CUADROS GARRIDO, M.E., SELMA PENALVA, A., GARCÍA ROMERO, B., *La contratación laboral en la Administración pública: vicisitudes y patologías*, COLEX, Constitución y Leyes, 2023.

b) Perspectiva de género y autismo

En fin, recordemos que, en el caso analizado, la recurrente era una mujer de 19 años en el momento de la convocatoria. Lo que podría analizarse también desde la discriminación por razón de género. Una cuestión que solo en los últimos tiempos está siendo objeto de atención respecto a este tipo de trastornos. En efecto, según los datos que nos ofrece el I Plan de Acción Estrategia Española en Trastorno del Espectro del Autismo 2023-2027²⁹, las niñas y las mujeres han estado infrarrepresentadas en los estudios científicos sobre el autismo, de modo que es posible que la conceptualización que actualmente se maneja del mismo no abarque adecuadamente importantes manifestaciones típicamente femeninas del espectro. Las investigaciones habían apuntado durante años que el TEA se presenta cuatro veces más en el caso de los hombres que en las mujeres. No obstante, en los últimos años han crecido los estudios que señalan una diferencia menor en esta proporción, considerando una ratio de hasta 3 niños por cada niña. Aunque las causas de este desequilibrio no están claras, existen explicaciones de distinta naturaleza para comprender el fenómeno. Entre estas se barajan posibles diferencias neurobiológicas en el sexo biológico: diferencias en las manifestaciones nucleares del autismo, como pueden ser unas mejores competencias sociales y de comunicación; una menor sensibilidad de los instrumentos de detección y diagnóstico en las niñas y mujeres; sesgos de género en la valoración diagnóstica, que predisponen a los profesionales a identificar otro tipo de trastornos en el caso de las mujeres.

En un estudio reciente realizado por Autismo España sobre detección y diagnóstico del autismo en niñas y mujeres³⁰, se vislumbran las barreras o dificultades para la detección y diagnóstico de la patología en nuestro país: *«Los instrumentos y herramientas de detección y diagnóstico disponibles son poco sensibles a las manifestaciones en niñas y mujeres. No existen suficientes recursos públicos especializados, lo cual obliga a muchas mujeres a buscar un diagnóstico privado o en movimientos asociativos. Las niñas y mujeres suelen tener más habilidades sociales y lingüísticas, así como una mayor capacidad de adaptación o enmascaramiento social. Presentan menos conductas estereotipadas y dificultades conductuales, siendo estas, además, menos observables».*

Todo ello conduce a la conclusión de que las mujeres con autismo pueden tener más dificultades para obtener empleo o avanzar en su carrera, cifrándose el desempleo en cerca del 70 %, lo que puede limitar sus oportunidades económicas e independencia. Asimismo, los estereotipos de género pueden conducir a la discriminación interseccional. Por ello, es importante reconocer y abordar estas barreras para garantizar que se preste atención a su situación y se traduzcan en acciones y políticas que aborden también la brecha de género en el colectivo femenino de TEA.

29 Las citas de los estudios científicos sobre todos los datos pueden encontrarse en el propio documento del Plan de Acción, pp.17 y ss.

30 HERNÁNDEZ, C., VERDE, M., VIDRIALES, R., PLAZA, M. y GUTIÉRREZ, C. (2021). *Recomendaciones para la detección y el diagnóstico del trastorno del espectro del autismo en niñas y mujeres*. Confederación Autismo España. https://autismo.org.es/wpcontent/uploads/2018/09/2021_detecciony-diagnosticomujeres_autismoespana.pdf

c) El I Plan de Acción de la Estrategia Nacional sobre Trastornos del Espectro del Autismo, la creación del Centro sobre trastorno del espectro del autismo y las carencias de tratamiento diferenciado en el Proyecto de Ley de reforma de la Función Pública

Para concluir, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el Real Decreto 670/2022, de 1 de agosto, previó la creación de un centro piloto sobre trastorno del espectro del autismo³¹. Este ya se encuentra en funcionamiento, gestionado por la Confederación Autismo España; con la aspiración de convertirse en un referente en la investigación y formación sobre el TEA, tanto a nivel nacional como europeo³². Como se señala en su página web, pese a la alta prevalencia del autismo (manifestado en 1 de cada 100 nacimientos), el desarrollo de la investigación en nuestro país es limitado, lo que supone que apenas existe información contrastada sobre la realidad y necesidades de las más 470.000 personas con autismo que residen en España. De ahí que su principal objetivo será la puesta en marcha de soluciones que incrementen el conocimiento sobre la situación del colectivo y promuevan la implementación de prácticas basadas en la evidencia. Y sus metas, el impulso de la investigación y la formación especializada en TEA de distintos sectores clave (educativo, sanitario, justicia, empleo, social, etc.).

No menos importante es el I Plan de Acción de la Estrategia Nacional sobre Trastornos del Espectro del Autismo, aprobado el 5 de julio de 2023³³, con la participación de los agentes clave para la consecución de una ayuda e integración eficiente para las personas con TEA: las personas afectadas por el trastorno, sus allegados, profesionales especialistas, Administración o tercer sector. Entre sus 59 acciones estratégicas, el empleo aparece específica y transversalmente en muchas de ellas, y su línea de acción 4 se dedica a las acciones para *«contribuir a la educación y al empleo inclusivos y de calidad de las personas en el espectro del autismo»*. En una simbiosis acertada entre educación y empleo, se plantea: impulsar el diseño, evaluación e implementación de acciones de innovación y buena práctica en la educación del alumnado; favorecer acuerdos para el acceso del alumnado a las distintas ofertas del sistema de formación profesional garantizando la existencia y especialización de los apoyos que precisan para cursarlos; fomentar el empleo y la formación para el empleo de las personas en el TEA en el marco de la nueva ley de empleo; *reconocer el diagnóstico de TEA y los ajustes necesarios en las convocatorias de empleo pública de manera específica y diferenciada a la discapacidad intelectual*, para facilitar el acceso a todas las personas con autismo y evitar su exclusión si este diagnóstico no aparece de manera concurrente o no se encuentra explícitamente reconocido; *desarrollar políticas de empleo que reconozcan a las*

31 Real Decreto 670/2022, de 1 de agosto, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a diversas entidades para la realización de proyectos de innovación tecnológica, investigación y divulgación científica en materia de accesibilidad universal, así como para la creación de un centro español de accesibilidad cognitiva y un centro piloto sobre trastorno del espectro del autismo, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Publicado en: «BOE» núm. 184, de 2 de agosto de 2022,

BOE-A-2022-12935. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2022/08/01/670>

32 La página web del Centro puede consultarse en <https://autismo.org.es/que-hacemos/acciones-destacadas/centro-piloto-de-autismo/>

33 https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechossociales/discapacidad/docs/Estrategia_Espanola_en_TEA.pdf

personas con autismo con un grado de discapacidad igual o superior al 33 % como personas que presentan una mayor dificultad en el acceso al empleo, de acuerdo con la nueva Ley de Empleo; impulsar el diseño, evaluación e implementación de proyectos piloto, modelos de buena práctica, acciones de innovación e intervenciones basadas en la evidencia dirigidas a potenciar el empleo de las personas con autismo (empleo con apoyo, programas de orientación profesional e intermediación laboral, unidades especializadas, etc.).

Por ello, en este contexto choca que el actual Proyecto de reforma de la Ley de la Función Pública de la Administración del Estado, de 24 de marzo de 2023³⁴, la discapacidad siga tratándose de forma monolítica, aportando pocas novedades a la regulación actual, cuando podría haber seguido el ejemplo inclusivo y mucho más real y justo de las normativas que han incorporado criterios de discriminación positiva en favor de algunos grupos de discapacidad especialmente sensibles, como el de los afectados por TEA. De modo que, como señalábamos, existirán otra vez dos nuevas varas de medir en este colectivo: la prevista en la Ley de empleo para el ámbito privado, mucho más tuitiva, y la del empleo público, donde podremos seguir encontrándonos problemas como los que hemos analizado en este trabajo. Desde luego, si el texto del proyecto no cambia³⁵, se habrán hecho caso omiso a las recomendaciones y evidencias científicas que, para concluir, terminarán por discriminar a un colectivo en el que, como señalan Chiang y Wineman:

«Disponer de un empleo es un factor con una influencia esencial en la calidad de vida, el desarrollo personal, la capacidad de acceder a una vida independiente y la inclusión de cualquier persona en la sociedad. Particularmente, el empleo se ha demostrado como uno de los mejores predictores de una buena calidad de vida para las personas con autismo, especialmente cuando el puesto y las condiciones son relevantes para las mismas»³⁶.

34 https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-149-1.PDF

35 Lo cierto es que las novedades son mínimas para el colectivo de la discapacidad, como reflejan los arts.28.6: «En la oferta de empleo público se reservará un porcentaje no inferior al diez por ciento de las plazas convocadas para ser cubiertas entre personas con discapacidad siempre que superen las pruebas selectivas, acrediten su discapacidad y acrediten igualmente que ésta es compatible con el desempeño de las tareas y funciones, de forma que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado incluida en el ámbito de aplicación de la presente ley. La reserva del mínimo del diez por ciento se realizará de manera que, al menos el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad. Y el art. 40.4. 4, que mantiene también la previsión sobre el acceso a plazas reservadas a personas con discapacidad intelectual, siempre que estas tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, que se llevará a cabo mediante la convocatoria de pruebas selectivas específicas e independientes.

36 CHIANG, H. M., y WINEMAN, I. (2014). «Factors associated with quality of life in individuals with autism spectrum disorders: A review of literatura». *Research in autism spectrum disorders*, 8(8), 974-986.

VI. BIBLIOGRAFÍA

DOCUMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES

- CIE-11. Clasificación Internacional de Enfermedades, 11.^a revisión. En: OMS [en línea] [consultado el 6/12/2023]. Disponible en <https://icd.who.int/es>
- Resolución de la Presidencia del Consejo Nacional de Discapacidad por la que se da publicidad al Acuerdo del pleno del Consejo Nacional de Discapacidad por el que se aprueba el I Plan de acción Estrategia española en trastorno del espectro del autismo 2023-2027, en línea en https://www.rpdiscapacidad.gob.es/docs/Res_TEA.pdf
- Libro Blanco sobre Empleo y discapacidad Disponible en https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechossociales/discapacidad/docs/Libro_blanco_empleo_discapacidad_2023.pdf
- Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2021. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1484&langId=es>
- Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Aprobada por el Consejo de ministros el 3 de mayo de 2022. <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/estrategia-espanola-discapacidad-2022-2030-def.pdf>
- Plan de Acción de la Estrategia Nacional sobre Trastornos del Espectro del Autismo. https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechossociales/discapacidad/docs/Estrategia_Espanola_en_TEA.pdf
- Plan Nacional de Bienestar Saludable de las Personas con Discapacidad. <https://www.rpdiscapacidad.gob.es/estudios-publicaciones/plan-bienestar.htm>

DOCTRINA Y RECURSOS EN LÍNEA

AAVV, DIR. CUADROS GARRIDO, M.E., SELMA PENALVA, A., GARCÍA ROMERO, B., *La contratación laboral en la Administración pública: vicisitudes y patologías*, COLEX, Constitución y Leyes, 2023.

AAVV, Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5) de la Asociación Norteamericana de Psiquiatría (APA) <https://www.eafit.edu.co/ninos/reddelas-preguntas/Documents/dsm-v-guia-consulta-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf>

COLLADO GARCÍA, L., ROMERO RODENAS, M.J., TARANCÓN PÉREZ, E., *Incapacidad temporal: guía práctica*, Bomarzo, 2020 (3 ed.)

CHAVES, Blog «De la Justicia», recuperado en <https://delajusticia.com/2021/09/29/avances-sensibles-del-tribunal-supremo-sobre-la-suspension-cautelar-de-disposiciones-generales/>

DELGADO GARRIDO, C., «El permiso de reducción de jornada para cuidado de menores con enfermedad grave en el ámbito de la función pública: naturaleza jurídica y problemas de la falta de desarrollo reglamentario», Premio TFM Cátedra Clara Campoamor, de próxima publicación en Instituto de la Mujer de Castilla La Mancha, <https://instituto-mujer.castillalamancha.es/temasdeinteres>

FUNDACIÓN GENERAL DE LA UNIVERSITAT DE VALÈNCIA, CENTRO UNIVERSITARIO DE DIAGNÓSTICO Y ATENCIÓN TEMPRANA TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA (TEA) <https://www.uv.es/fundacion-general-cudap/es/documentacion-recursos/trastornos-del-desarrollo-mas-comunes/trastorno-espectro-autista-tea.html>

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Nuevas medidas cautelares positivas: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho», *Revista de Administración Pública*, n.º 126, sep-dic 1991, p.297.

GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, S., «La aparente bondad del sistema de numerus apertus de las medidas cautelares», Ministerio de Justicia, 2015, recurso on line en [file:///C:/Users//Downloads/Dialnet-LaAparenteBondadDelSistemaDeNumerusApertusDeLasMed-5188581%20\(1\).pdf](file:///C:/Users//Downloads/Dialnet-LaAparenteBondadDelSistemaDeNumerusApertusDeLasMed-5188581%20(1).pdf)

HERNÁNDEZ, C., VERDE, M., VIDRIALES, R., PLAZA, M. y GUTIÉRREZ, C. (2021). *Recomendaciones para la detección y el diagnóstico del trastorno del espectro del autismo en niñas y mujeres*. Confederación Autismo España. https://autismo.org.es/wpcontent/uploads/2018/09/2021_deteccionydiagnosticomujeres_autismoespana.pdf

CHIANG, H.M., y WINEMAN, I. (2014). «Factors associated with quality of life in individuals with autism spectrum disorders: A review of literatura». *Research in autism spectrum disorders*, 8(8), 974-986.