

URÍA  
MENÉNDEZ

FUNDACIÓN  
PROFESOR URÍA

OBSERVATORIO DE  
DERECHOS HUMANOS  
Informe 2025







URÍA  
MENÉNDEZ



OBSERVATORIO  
DE  
DERECHOS HUMANOS

Observatorio de Derechos Humanos de la Fundación Profesor Uría  
Informe 2025

© Fundación Profesor Uría  
Príncipe de Vergara, 187  
Plaza de Rodrigo Uría  
28002 Madrid

Depósito Legal: M-26274-2025  
ISBN: 978-84-10167-77-3

Revisor textual:  
José Antonio González Salgado  
Asesor Lingüístico de Uría Menéndez

Diseño de cubierta:  
Mónica López Fernández  
Diseñadora gráfica de Uría Menéndez

Diseño, impresión y coordinación técnica:  
Ediciones Cinca

La Fundación Profesor Uría autoriza la reproducción, distribución, comunicación pública y puesta a disposición al público del Informe para cualquier uso que no sea comercial o publicitario, siempre cuando se cite la fuente y reconozca la autoría.

URÍA  
MENÉNDEZ



OBSERVATORIO  
DE  
DERECHOS HUMANOS  
INFORME 2025

PEDRO CRUZ VILLALÓN  
VOLUNTARIOS DE LA FUNDACIÓN  
PROFESOR URÍA

COORDINACIÓN  
BERNAT DOMEYÓ FAURÓ



# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	15
<b>I. CONSIDERACIÓN PREVIA</b> .....	15
<b>II. DISCAPACIDAD Y DERECHOS DE LIBERTAD</b> .....	17
a) Discapacidad y derecho a la personalidad jurídica .....	18
b) Discapacidad e ingreso no voluntario en residencias .....	20
c) Discapacidad y proceso penal: la prueba preconstituida .....	24
<b>III. DISCAPACIDAD E INCLUSIÓN SOCIAL</b> .....	27
a) Derecho a la educación inclusiva de menores y jóvenes con discapacidad .....	28
b) Inclusión laboral.....	33
c) Acceso a los centros residenciales de los enfermos con TEA en la Comunidad Autónoma de Madrid .....	34
<b>IV. ENFERMEDADES MINORITARIAS (RARAS O POCO COMUNES)</b> ..	35
a) La desigualdad territorial en lo relativo al cribado neonatal y el acceso a los fármacos .....	36
b) La dificultad en el acceso a la prestación de incapacidad permanente .....	37
<b>V. CONSIDERACIÓN FINAL</b> .....	38
<b>I. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD VÍCTIMAS DE DELITO</b> .....	41
1. INTRODUCCIÓN .....	42
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE .....	44
2.1. Normativa internacional .....	44
2.2. Marco europeo .....	45
2.3. Normativa nacional .....	47
3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	51
3.1. Algunas reflexiones en torno a la evaluación inicial de la víctima .....	51
3.2. La declaración de la víctima con discapacidad necesitada de especial protección como prueba preconstituida durante la fase de instrucción y su posible realización a través de expertos .....	55

3.3. Las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio, y n.º 285/2024, de 21 de marzo: ¿un paso atrás? .....	66
4. CONCLUSIONES .....	69

**II. DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE NIÑOS CON DISCAPACIDAD, CON ESPECIAL ATENCIÓN A NIÑOS CON TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA (TEA): ESCOLARIZACIÓN, MEDIDAS DE APOYO Y PROCESOS DE EXCLUSIÓN EDUCATIVA .....** 77

1. INTRODUCCIÓN .....	78
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE .....	82
2.1. Constitución Española («CE») .....	82
2.2. Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación («LO 8/1985») .....	84
2.3. Ley Orgánica 2 / 2006, de 3 de mayo, de educación («LO 2/2006») .....	84
2.4. Carta Europea de Derechos Humanos y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad («CDPD») .....	88
3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	89
3.1. Planteamiento .....	89
3.2. Impugnación de la resolución administrativa de escolarización del alumno con discapacidad en un centro de educación especial .....	91
3.3. Reclamación de medidas de apoyo al alumno con discapacidad para hacer efectivo su derecho a la educación inclusiva .....	100
3.4. Reclamación frente a procesos de exclusión educativa .....	106
4. CONCLUSIONES.....	110

**III. LÍMITES AL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DEL ALUMNADO CON DISCAPACIDAD. OBTENCIÓN DE LA TITULACIÓN MEDIANTE UN CURRÍCULO DAPTADO A NECESIDADES ESPECIALES .....** 119

1. INTRODUCCIÓN .....	120
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE .....	123
2.1. El derecho fundamental a la educación inclusiva en la Constitución, según el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo .....	123
2.2. La educación inclusiva del alumnado con necesidades especiales derivadas de discapacidad en la legislación ordinaria .....	126
2.3. Medidas de atención a la diversidad para los alumnos con disca- pacidad en las etapas educativas de la ESO y el bachillerato .....	128

3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	129
3.1. Planteamiento .....	129
3.2. STS de abril de 2023. Límites a la titulación en la normativa anterior a la Ley 3/2020 .....	130
3.3. Análisis de los límites a la titulación a alumnos con currículos adaptados conforme a la normativa vigente tras la reforma de la Ley 3/2020 .....	132
4. CONCLUSIONES .....	139

**IV. EL ACCESO A CENTROS RESIDENCIALES POR PARTE DE PERSONAS CON TEA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID .. 145**

1. INTRODUCCIÓN .....	146
1.1. Los derechos de las personas con TEA en la Comunidad de Madrid .....	146
1.2. La falta de plazas en centros residenciales y la lista de acceso única en la Comunidad de Madrid .....	146
1.3. Los Acuerdos Marco de la Comunidad de Madrid .....	148
1.4. Dos bloques de problemas fundamentales interrelacionados .....	150
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE .....	150
2.1. Derechos de las personas con TEA .....	150
2.2. Acceso a plazas residenciales por parte de personas con TEA y lista de acceso única .....	153
2.3. Acuerdos Marco .....	154
2.4. La regulación de los trámites de emergencia y de urgencia para el acceso a un centro residencial .....	154
3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	156
3.1. Deficiencias del sistema de LAU .....	156
3.2. Deficiencias en la adjudicación de plazas a centros residenciales privados bajo los Acuerdos Marco .....	164
4. CONCLUSIONES .....	167
4.1. Reflexión general sobre el sistema actual .....	167
4.2. Conclusiones concretas sobre los problemas identificados .....	169

**V. DISCAPACIDAD Y EMPLEO: PROBLEMÁTICAS ALREDEDOR DEL DERECHO DE ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO .. 175**

1. INTRODUCCIÓN .....	175
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE .....	179
3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	182
3.1. Reducción y adaptación de jornada para las personas con discapacidad .....	182

3.2. Adaptación del puesto de trabajo con incidencia en el puesto de otros trabajadores .....	186
4. CONCLUSIONES.....	190

**VI. PERSONAS MAYORES CON DISCAPACIDAD O DÉFICIT DE  
AUTONOMÍA: INSTITUCIONES JURÍDICAS DE APOYO .....** 199

1. INTRODUCCIÓN .....	199
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE .....	203
2.1. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Disca- pacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 .....	203
2.2. La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.....	206
2.3. El Código Civil de Cataluña.....	217
3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	219
3.1. Guarda de hecho .....	219
3.2. Adopción de las medidas judiciales menos invasivas posible y respeto a la voluntad de la persona afectada.....	227
3.3. Las instituciones de protección ante conflictos familiares .....	234
4. CONCLUSIONES.....	236

**VII. INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO EN RESIDENCIAS  
GERIÁTRICAS .....** 245

1. INTRODUCCIÓN .....	246
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE .....	248
2.1. Consideración previa sobre el internamiento no voluntario de personas en edad avanzada .....	248
2.2 Marco normativo del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.....	251
2.3. Marco normativo del internamiento no voluntario por razón de proceso neurodegenerativo.....	252
2.4. Análisis de la potencial vulneración del derecho a la libertad de personas en edad avanzada que son internadas involunta- riamente en centros residenciales .....	254
3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	256
3.1. Doctrina del Tribunal Constitucional del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico .....	256
3.2. Doctrina del Tribunal Constitucional del internamiento no voluntario por razón de proceso neurodegenerativo.....	258
3.3. Doctrina de los tribunales menores sobre el internamiento no voluntario por razón de proceso neurodegenerativo .....	259
4. CONCLUSIONES.....	263

<b>VIII. LA DESIGUALDAD TERRITORIAL EN EL DIAGNÓSTICO Y ACCESO A PRESTACIONES QUE SUFREN LOS PACIENTES DE ENFERMEDADES MINORITARIAS .....</b>	<b>273</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	273
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE .....	276
2.1. El derecho a la salud en la normativa internacional .....	276
2.2. El derecho a la salud en la normativa de la UE .....	278
2.3. El derecho a la salud en la normativa de la Constitución Española .....	280
2.4. Distribución de competencias en materia de salud: previsión constitucional .....	280
2.5. Legislación básica en materia de sanidad .....	280
2.6. Interpretación constitucional de la regulación mínima uniforme ....	281
3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	283
3.1. Consideración previa .....	283
3.2. Análisis de un supuesto paradigmático en la denegación de acceso al tratamiento: la distrofia muscular de Duchenne .....	285
4. CONCLUSIONES.....	288
<b>IX. LA PROBLEMÁTICA EN EL ACCESO A LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE POR PARTE DE LOS PACIENTES DE ENFERMEDADES MINORITARIAS .....</b>	<b>297</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	298
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE .....	300
2.1. Regulación de la prestación por incapacidad permanente .....	300
2.2. Modificaciones normativas que han flexibilizado los requisitos para conceder la prestación por incapacidad permanente .....	301
2.3. Retos existentes en la regulación vigente para su aplicación a las personas con enfermedades minoritarias .....	303
3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	305
3.1. Consideraciones previas sobre los pronunciamientos de los órganos administrativos y judiciales .....	305
3.2. El criterio humanizador en la jurisprudencia del Tribunal Supremo..	307
3.3. Disparidad de criterios en la aplicación del ordenamiento jurídico ....	309
4. CONCLUSIONES.....	311



# INTRODUCCIÓN



# INTRODUCCIÓN

PEDRO CRUZ VILLALÓN

*Catedrático emérito de Derecho constitucional  
Universidad Autónoma de Madrid*

## I. CONSIDERACIÓN PREVIA

El Informe 2025 del Observatorio de Derechos Humanos de la Fundación Profesor Uría se sitúa bajo el signo de la *discapacidad* como el término hoy internacionalmente generalizado para designar la condición de quienes se encuentran en una posición de desventaja en sociedad en razón de características personales propias de índole diversa<sup>1</sup>. Solo por excepción, su última parte trata la situación de los pacientes de enfermedades raras o minoritarias<sup>2</sup>.

Esta orientación del Informe es particularmente oportuna en un momento en el que la tan costosa reforma del artículo que la Constitución dedica a las personas con discapacidad da sus primeros pasos<sup>3</sup>. Bien es verdad que el

---

1 «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 1, párr. 2 de la «Convención de Nueva York», *vid. infra* n. 5).

2 Ambos términos son utilizados indistintamente en el lenguaje usual, con predominio del primero en el lenguaje técnico. Aquí me serviré conjuntamente de ambos.

3 Art. 49.1. CE: «Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial necesaria para su ejercicio. – 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y de los menores con discapacidad. Reforma del artículo 49 de la constitución, de 15 de febrero de 2024».

nuevo artículo 49 CE no ha cambiado la sustancia del antiguo<sup>4</sup>. Más bien se ha tratado de una modernización de su lenguaje, no tanto de su intención ni de sus mandatos. Hay ante todo una sustitución de las diversas categorías de los anteriormente llamados *disminuidos* por una referencia genérica a las personas con discapacidad, a fin de adaptarnos al término que finalmente se ha impuesto. De esta manera, *discapacidad* y *personas con discapacidad* han recibido un significado autónomo que, para empezar, no necesita especificaciones o enumeraciones, siempre arriesgadas. No es este el lugar para entrar en un comentario detenido de esta reforma del art. 49 CE: baste ahora decir que ha tenido la virtud de reforzar la visibilidad de esta relevante cuestión.

En toda esta materia ha resultado crucial la entrada en vigor en nuestro ordenamiento de la *Convención de las Naciones Unidas de Derechos de las Personas Discapacitadas* (en adelante, «la Convención», o «CDPD»)<sup>5</sup>. Por apuntar algunos extremos que han sido tratados en este Informe, la derogación del instituto de la incapacitación, las garantías de las personas con discapacidad en el proceso penal o el objetivo transversal de la inclusión social son todas cuestiones que tienen específico arranque en esta norma internacional, parte integrante al mismo tiempo de nuestro ordenamiento.

Ahora la Constitución dice textualmente que *«las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas»*. Esta declaración, más allá de su formulación concreta, equivale a una interdicción de discriminación en el ejercicio de los derechos y libertades en razón de una discapacidad. Pero la referencia también a la «libertad» puede verse como expresión de la garantía de un contenido sustantivo de los distintos derechos que va más allá del postulado de «igualdad». El principio se proyecta sobre todo el Título I de la Constitución, siempre con el contenido normativo diferenciado que ostentan sus diversos capítulos.

Así las cosas, ante el considerable reto de introducir el presente Informe, he optado en esta ocasión por establecer algún tipo de diálogo con cada uno de los capítulos que lo integran. Ello ha requerido elaborar mi propio resumen, como si dijera, de cada uno de ellos, en la confianza de que se vieran aceptablemente reflejados en el resultado. Ha sido un trabajo por momentos

---

4 *«Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente en el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos»*.

5 De 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, con entrada en vigor de manera general, comprendida España, el 3 de mayo de 2008 (también «Convención de Nueva York»).

laborioso desde el momento en que no partía de una mayor familiaridad con todo lo concerniente a las personas con discapacidad. La consecuencia, no del todo negativa, ha sido el acercamiento a las cuestiones suscitadas en el Informe con una mirada alejada de posicionamientos previos.

En fin, con el indicado propósito, en lo que sigue agruparé los temas tratados en el Informe de la siguiente manera. Bajo el epígrafe «Discapacidad y derechos de libertad» dedicaré una primera parte a los derechos a la personalidad jurídica (a), a la libertad personal, amén de las libertades de residencia y de movimiento (b), y a un proceso con todas las garantías en el marco de las pruebas testificales (c). A continuación, y bajo el epígrafe «Discapacidad e inclusión social», dedicaré una segunda parte a los supuestos de inclusión social tratados en el Informe: la inclusión educativa, comprendiendo tanto el derecho a la escolarización y permanencia en los centros como el acceso al correspondiente certificado o título (a), a la inclusión laboral (b) y, por fin, el derecho de acceso a residencias de las personas específicamente aquejadas de síndrome del espectro autista (TEA) (c). Finalmente, en una tercera parte («Derechos de los pacientes de enfermedades raras»), abordaré los problemas de las personas aquejadas de enfermedades raras o minoritarias, tanto en lo que se refiere a un tratamiento médico igual (a) como al reconocimiento de las pensiones de invalidez (b).

## II. DISCAPACIDAD Y DERECHOS DE LIBERTAD

De las tres cuestiones incorporadas bajo este epígrafe, son las dos primeras las que plantean una problemática más básica y a la vez más compleja. Hay, en efecto, una estrecha relación entre los «institutos de ayuda» a las personas con grave deterioro de la capacidad cognitiva, tratados en el capítulo sexto del Informe, y las situaciones en las que se acuerda el internamiento, no expresamente consentido, de dichas personas (internamiento no voluntario), tratados en el capítulo séptimo. Considero que es la cuestión con diferencia más relevante de las tratadas esta vez, tanto cuantitativa como cualitativamente. En efecto, el número de personas en esta situación avanza en nuestro país de manera acelerada como consecuencia de factores demográficos de sobra conocidos, hasta el punto de afectar ya a un porcentaje apreciable de la población. De otra parte, los derechos fundamentales a los que nos estamos refiriendo son los más básicos: el principio general de libertad (libre desarrollo de la personalidad, alternativamente) y la libertad personal (junto a las vinculadas a esta última). Por definición, hay una desgraciada coincidencia entre las personas que sufren un deterioro cognoscitivo y las que no han podido participar en la decisión relativa a su internamiento en instituciones especializadas. El tercero de los temas aquí tratados concierne al derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de la jurisdicción penal en el contexto del derecho a un proceso con todas las garantías, siempre desde la perspectiva de la víctima

como persona discapacitada, singularmente donde concurre una grave degeneración cognitiva, con incidencia en el derecho a no sufrir padecimientos adicionales («revictimización» o «victimización secundaria»)<sup>6</sup>.

### **a) Discapacidad y derecho a la personalidad jurídica**

*«Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho [...] al reconocimiento de su personalidad jurídica»* (art. 12.1 CDPD). De este modo, el derecho a la personalidad jurídica, como derecho esencial de toda persona, es así reafirmado en la Convención respecto de las personas con discapacidad, y ello *«en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida»*.

De esta proclamación arranca el tratamiento de toda la problemática desarrollada en el detallado capítulo sexto<sup>7</sup>. Se trata, por tanto, de las personas de edad avanzada aquejadas típicamente de una discapacidad consecuencia de un proceso de grave de degeneración cognitiva. A nivel interno, la Convención ha supuesto, como ya se ha adelantado, una desautorización de la «incapacitación» genéricamente concebida de estas personas, para, en su lugar, disponer la previsión de los «apoyos» individualizados que puedan estas personas necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (12.2 CDPD).

La rápida ratificación de la Convención no fue seguida con la misma celebridad en lo referente a las reformas legislativas que esta implicaba. Es así como nuestros jueces y tribunales han debido proceder desde un primer momento a una aplicación directa de la Convención con los instrumentos a su alcance y con la inevitable disparidad en las respuestas. Esencialmente, hubo que esperar a la entrada en vigor de la reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021, que introdujo señaladamente en él un Título XI expresivamente titulado «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica»<sup>8</sup>.

El Informe se ha ocupado detenidamente de la evolución normativa y jurisprudencial ocurrida en la materia desde la ratificación del Convenio. Ha dado cuenta de los hitos de la jurisprudencia y ha efectuado una serie de atinadas observaciones y recomendaciones que no es cuestión de repetir en esta sede. En relación con él, me limitaré a unas pocas observaciones de orden general, centrándome en aquellos apoyos previstos legalmente que, con vocación de excepción, se traducen en la sustitución de la voluntad de la persona afectada. En concreto, y dicho directamente, se trata de los supuestos

---

6 Capítulo primero: «Derechos y garantías ante la jurisdicción de personas con discapacidad».

7 «Personas mayores con discapacidad o déficit de autonomía: Instituciones jurídicas de apoyo».

8 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El legislador actuaba así en

en los que la curatela, como la institución hoy más caracterizada, va acompañada de funciones representativas o de sustitución de la voluntad, y no meramente de asistencia o acompañamiento, en el proceso de toma de decisiones por parte de la persona intelectualmente discapacitada.

Esta focalización de la materia es coherente con la posición preeminente que le otorgo en mi orden expositivo. En efecto, las injerencias legalmente previstas, por necesarias, en la autonomía de la voluntad afectan al núcleo último de la personalidad jurídica, lo cual nos lleva inevitablemente a abordar la cuestión desde una perspectiva constitucional.

La *Constitución*, a diferencia de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*<sup>9</sup>, no contiene una declaración expresa del derecho a la personalidad jurídica. Con independencia de ello, nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado la vigencia de este derecho en términos inequívocos. Así, en el FJ 5, párrafo 3 de la STC 174/2002 (con reiteración en sentencias posteriores: SSTC 7/2011, 34/2016, 31/2017) se comienza diciendo en términos que merecen ser íntegramente reproducidos:

*«En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)».*

El tribunal asume así lo consagrado en el art. 6 DUDH con la consecuencia de considerar que cualquier restricción de la capacidad de obrar repercute en la dignidad de la persona y derechos inherentes, así como en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). La cuestión que inmediatamente se plantea es la de cómo se introducen estos valores constitucionales básicos en la competencia jurisdiccional de amparo de derechos fundamentales que específicamente le corresponde. La continuación del referido párrafo 3 lo explica con nitidez:

*«En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759*

---

cumplimiento del mandato contenido en el inciso segundo del art. 49.1 CE, ya reproducido. Vid. n. 1.

9 Art. 6: *«Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica».*

*LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al art. 24.2 CE».*

Es así como la tutela constitucional de amparo del derecho a la personalidad jurídica tiene lugar *sub specie* derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). De este modo, la garantía del derecho a la personalidad se reconduce a la garantía del derecho a la intervención del juez y a la de las consecuentes garantías procesales. Así, y en hipótesis, una ley que confiriese la garantía de este derecho a una autoridad distinta de la judicial sería inconstitucional y nula.

Más allá de esto, entiendo que la cuestión del control de la propia actuación del juez en estos expedientes de jurisdicción voluntaria desde la perspectiva del contenido sustantivo del derecho (verbigracia, proporcionalidad de la medida acordada) correspondería a la jurisdicción ordinaria (a menos que la jurisdicción constitucional en casos extremos contemplase un supuesto de resolución judicial puramente arbitraria). Dicho de otro modo, no me parece que la jurisdicción constitucional de amparo se extienda de *lege lata* a la garantía del derecho de personalidad jurídica autónomamente considerado.

Por último, el control de constitucionalidad de la legislación que nos ocupa no se reduce a la garantía de la intervención judicial. Entiendo que una legislación que, en hipótesis, desatendiese las obligaciones básicas resultantes del CDPD y singularmente su art. 12 incurriría en inconstitucionalidad formal por vulneración de lo previsto en el art. 96.1. inciso 2.º CE, y así sería declarado por el Tribunal Constitucional<sup>10</sup>.

## **b) Discapacidad e ingreso no voluntario en residencias**

En el marco siempre de los derechos de libertad, el Informe aborda la cuestión del internamiento en residencias especializadas de las personas aquejadas de deterioro cognitivo grave sin que para ello haya sido posible contar con la

---

<sup>10</sup> Siempre en el deseable supuesto de que el Tribunal Constitucional abandonase la doctrina que viene sosteniendo desde 2018, relativa a un control de convencionalidad difuso de las leyes posteriores a una norma de Derecho internacional y en contradicción con esta, supuestamente como cuestiones ajenas a la Constitución (SSTC 140/2018, FJ 6, reiterado en 10/2019, 80/2019, 118/2019, 120/2021).

manifestación concorde de su voluntad<sup>11</sup>. Como ya se ha hecho notar, esta situación se produce en la gran mayoría de los casos en personas de edad avanzada, en frecuente concurrencia con la afectación del ejercicio de su personalidad jurídica. En sociedades como la nuestra, ya se ha señalado, se trata de un fenómeno de alcance creciente que el Informe no deja de resaltar, no siendo siempre posible contar con el consentimiento de la persona afectada. Es el caso de este sector de la población el que en este capítulo del Informe aparece contemplado, con exclusión por tanto de los internamientos que tienen su base en trastornos específicamente psíquicos<sup>12</sup>.

Lo primero que debe hacerse notar es que, a diferencia del derecho a la personalidad jurídica, ahora contamos con la consagración expresa en la Constitución del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), con el correlato de los derechos igualmente fundamentales a elegir lugar de residencia y a circular por el territorio nacional, así como el de entrar y salir de España (art. 19 CE). Esto se traduce, por de pronto, en una jurisprudencia constitucional, singularmente de amparo, que, a diferencia de nuevo de lo que ocurre con el derecho a la personalidad jurídica, no precisa presentarse *sub specie* derecho a la tutela judicial y a un proceso con las debidas garantías.

Aplicado a las personas con discapacidad, los arts. 17 y 19 CE deben integrarse con el contenido del art. 49 CE en lo relativo a la garantía de la igualdad en el ejercicio de estos derechos de libertad por parte de dichas personas. De algún modo, esta garantía así integrada en el Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución debiera pasar coherentemente al contenido normativo de derechos que se encuentran situados en el ámbito de las garantías previstas en el art. 53.2 CE (reserva de ley, respeto del contenido esencial) y, en su caso, en las del art. 53.1 (recurso de amparo constitucional)<sup>13</sup>.

Señalado lo anterior, el Convenio contiene a este respecto una declaración que no es posible pasar por alto. Su artículo 14 dice textualmente que los Estados asegurarán que «*la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad*»<sup>14</sup>. En este sentido, el Informe recoge en su nota

---

11 Capítulo 7. «Internamiento no voluntario de personas mayores».

12 Art. 763 LEC, sobre el que se volverá enseguida.

13 Nos llevaría lejos entrar en la cuestión de si la reforma del art. 49 CE, a la vista de lo indicado y en este extremo concreto, no hubiera debido llevarse a cabo mediante el procedimiento agravado de reforma de la Constitución (art. 168 CE).

14 Art. 14.1. CDPD: «*Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: [...] b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad*». Por su parte, el art 18.1 CDPD

95 cómo el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad había mostrado ya en 2019 su preocupación por el hecho de que «*el art. 763 de la Ley de enjuiciamiento Civil siga permitiendo que las personas con discapacidad psicossocial o intelectual sean objeto de internamiento no voluntario en instituciones en las que puedan resultar privadas de su libertad*». Como se verá enseguida, el citado precepto regula el internamiento, «*por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí*». Se apunta así a una situación que deberá ser abordada con todo cuidado en la futura reforma del citado art. 763 LEC. Hay aquí, en efecto, un llamamiento implícito a que el régimen de internamiento no pueda, en razón de sus características, llegar a ser calificado de privación de libertad. No es posible entrar aquí con el mínimo detenimiento exigido en un enfoque que pusiera el acento más en la perspectiva de las restricciones de los derechos del art. 19 CE, que no en los del art. 17 CE. Quizá esta consideración pudiera formar parte de la referida deliberación legislativa en curso respecto del art. 763 LEC<sup>15</sup>.

El Informe ha detectado dos tipos de problemas. Por una parte, el abuso en los ingresos con carácter de urgencia, no precedidos por tanto de intervención judicial, que no siempre tiene lugar con la inmediatez requerida. Por otra, la falta de claridad respecto del procedimiento a seguir a la hora de acordar estos internamientos. Es a este al que nos ceñiremos en esta ocasión.

«*A salvo lo legalmente dispuesto a efectos de internamiento*». Así reza el art. 287, 1.º del Código Civil, al regular los actos de sustitución del curador que requieren intervención judicial<sup>16</sup>. Pero podríamos preguntarnos qué es lo que en nuestro país se encuentra «*legalmente dispuesto a efectos de internamiento*». La respuesta, como se verá, no es sencilla. Para los internamientos de personas con grave degeneración cognitiva se había venido siguiendo el procedimiento previsto en el citado art. 763 LEC para las personas con «*trastorno psíquico*» en los establecimientos de salud mental, a falta de otro más específico<sup>17</sup>.

---

declara el derecho de las personas con discapacidad a la «*libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia [...] en igualdad de condiciones con las demás*».

15 *Vid. infra* n. 21.

16 «*El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes: 1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales*».

17 Ver la STC 112/88, FJ 3, respecto de las garantías de estos supuestos de internamientos, doctrina extensible a los supuestos de discapacidad por grave degeneración cognitiva aquí planteados.

Sea para unas personas u otras y como recoge el Informe, es ya en la temprana fecha de 2001 cuando un juzgado de A Coruña plantea una cuestión de inconstitucionalidad específicamente basada en una insuficiencia de rango orgánico del citado artículo: en la medida en que su materia resultaría comprendida en la categoría de leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas. El Tribunal Constitucional se toma toda la primera década del siglo para responder al juez con un fallo de inconstitucionalidad sin nulidad ceñido a determinados pasajes del precepto<sup>18</sup>. No me consta de qué modo se satisfizo, en el ínterin, el derecho a la tutela judicial en las circunstancias del caso. Por su parte, el legislador se tomó otros cinco años para adoptar la sencillísima medida legislativa requerida<sup>19</sup>. Considero que todo esto es ya expresivo de una falta de sensibilidad de nuestros poderes públicos hacia este tipo de afectaciones a los derechos fundamentales.

La situación, como se desprende del Informe, es confusa. Por una parte, el Tribunal Constitucional, todavía antes de la citada Ley 8/2021, declaró que la vía procedente era el extinto proceso de incapacitación, y no el del art. 763 LEC. Ello habría de ser interpretado en el sentido de que, a partir de dicha Ley, procedería seguir el procedimiento de adopción de medidas judiciales de apoyo que ha venido a sustituir a la incapacitación. No obstante, en determinados casos, los órganos judiciales han venido dando preferencia al procedimiento del art. 763 LEC. Sea como sea, lo único claro es que la presencia del juez es en todo caso preceptiva.

La referida confusión normativa va a continuar al menos por algún tiempo. Como ya se ha apuntado y se refleja en el Informe, en la actualidad se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley de reforma de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad que, por lo que aquí interesa, se conforma con prever en su disposición adicional octava que el Gobierno elabore en el plazo de un año una amplia reforma del artículo 763 de la LEC<sup>20</sup>.

---

18 STC 132/2010, que emplaza al legislador a que corrija la situación «a la mayor brevedad posible».

19 Mediante modificación de la disposición adicional primera LEC introducida por el art. 2.3 de la Ley 8/2015: «Disposición adicional primera. Carácter ordinario y Título competencial. 1. La presente ley es ordinaria a excepción de los artículos 763, 778 bis y 778 ter que tienen carácter orgánico y se dictan al amparo del artículo 81 de la Constitución».

20 Literalmente: «1. El Gobierno, en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el objeto de adaptar el procedimiento recogido en el mismo a lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Española y las recomendaciones a España del Comité

En conclusión, hay que convenir con el Informe en la urgencia de una normativa clara y suficientemente detallada, que en nuestro caso deberá adoptar la forma de ley orgánica. Hay que subrayar en este sentido la importancia que el TEDH tradicionalmente otorga a la «calidad» de la ley como parte de la reserva de ley en todo lo relativo a limitaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>21</sup>. La situación presente no puede ser, desde dicha perspectiva, más insatisfactoria.

### **c) Discapacidad y proceso penal: la prueba preconstituida**

De nuevo conviene partir del Convenio. Su art. 13.1 declara el objetivo de que las personas discapacitadas gocen plenamente del derecho a la tutela judicial y a las garantías procesales si es preciso por medio de «ajustes de procedimiento», en lo que particularmente se comprende su «*declaración como testigos, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares*»<sup>22</sup>. Como se comprueba, este llamamiento a los necesarios ajustes de procedimiento tiene un alcance genérico, con independencia de lo cual el precepto menciona específicamente el caso de las «declaraciones como testigos» de las personas discapacitadas. El objetivo universalmente reconocido en esta materia es el de evitar la llamada revictimización o victimización secundaria de las personas con una discapacidad, que las hace necesitadas de una especial protección en el marco del ejercicio de la acción penal.

En definitiva, nos encontramos ante una materia muy concreta en el marco del artículo 13.1 CDPD: por una parte, por cuanto nos ceñimos a las personas discapacitadas en su eventual condición de víctima de un ilícito penal necesitada de especial protección; y, por otra parte, por cuanto la problemática tratada en este contexto es la de la configuración de la declaración, en un estadio temprano, de estas personas como prueba preconstituida.

---

*sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas en la revisión de España a los mandatos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». Ver en este sentido n. 95 del Informe.*

21 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho Privado y Constitución*, 17 (2003), pp. 377-406. En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, P.: «Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley», *ibid*, pp. 147-168.

22 Art. 13.1 CDPD: «*Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares*».

El tema en cuestión ha encontrado atención específica en el Derecho de la UE, a la que se dedica la Directiva 2012/29<sup>23</sup>, habiendo sido implementada esta, a su vez, en el ordenamiento interno por la vía de la Ley 4/2015<sup>24</sup>. Es en este marco como el Informe dedica su detallado capítulo primero a esta problemática<sup>25</sup>.

Más en concreto, el análisis se centra en las cuestiones que suscita el ajuste de procedimiento, en la terminología del Convenio, consistente en la previsión de la preconstitución de la prueba testifical en el caso de estas personas, con independencia de que su condición conste o no de manera formalizada<sup>26</sup>.

El precepto clave a nivel interno es el recientemente introducido artículo 449 *ter* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>27</sup>. El citado artículo dispone que, en el caso de una serie de delitos tasados, la autoridad judicial acordará «en todo caso» la práctica de la audiencia (de la persona con discapacidad necesitada de especial protección) «*como prueba preconstituída, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral*». Tratándose de otros delitos habrá de estarse a lo que de manera general regula el art. 448 LeCrim<sup>28</sup>.

El Informe destaca cómo el primero de los problemas que se plantea en orden temporal es el de la llamada *evaluación inicial* de la víctima necesitada

---

23 Directiva 2012/29, de 25 de octubre, del Parlamento y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delito. Ver en particular el considerando n.º 15 y los arts. 20, 22 y 23.

24 «Del Estatuto de la víctima del delito».

25 «El acceso a la justicia de las personas con discapacidad víctimas de delito».

26 Es de señalar que la preconstitución de la prueba testifical por mandato del legislador no aparece expresamente exigida en la Convención o en la Directiva. Ver, no obstante, el asunto Pupino (C- 105/03), anterior a la Directiva, punto 56: «*En estas circunstancias, la consecución de los objetivos perseguidos por las disposiciones anteriormente citadas de la Decisión marco exige que un órgano jurisdiccional nacional tenga la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba previsto en el Derecho de un Estado miembro y las formas particulares de declaración asimismo previstas, cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública*».

27 Concretamente como parte de la disposición final 1.ª de la Ley 8/2021, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

28 Hay que tener en cuenta que se trata de una regulación prevista indistintamente para menores y personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Con la peculiaridad de que, a lo largo de los apartados del artículo, su texto se limita a referirse sólo a los primeros. Es evidentemente un mero descuido, pero de algún modo pone en evidencia que el caso de las personas discapacitadas parece ir a rastras del de los menores de edad.

de especial protección, relativa esta a la eventual concurrencia de una discapacidad de orden mental en la persona señaladamente llamada a testificar en un proceso penal, de manera ordinaria en el curso del juicio oral, y específicamente en la condición de víctima. Pues no es necesario argumentar que no en todos los casos la discapacidad se muestra de manera evidente y manifiesta, singularmente cuando de una discapacidad mental se trata.

La evaluación inicial que podrá servir de fundamento a un «ajuste de procedimiento» legalmente previsto o de manera singular a la declaración de esta persona como testigo adquiere así una indudable relevancia. No debe olvidarse que toda esta materia se sitúa en el contexto más amplio del derecho a un proceso con todas las garantías de la persona acusada. Es aquí donde hacen su entrada las cuestiones relativas al momento de efectuar dicha evaluación y las garantías de las que deba estar rodeada, singularmente la colaboración de profesionales peritos en la materia. El Informe, como es la regla, presenta aquí la relevancia de la cuestión, pasa revista a la legislación y a la jurisprudencia y concluye con una serie de recomendaciones.

Desde la perspectiva constitucional que preferentemente estoy adoptando me limitaré a una única consideración. No es objeto de polémica que hay una serie de delitos respecto de cuya represión penal y por su propio carácter es imperativo evitar en todo lo humanamente posible la revictimización o victimización secundaria de la víctima del delito, y ello cualesquiera que sean sus circunstancias personales. Este es el objetivo esencial de la legislación referida. En este contexto, la urgencia se refuerza en los casos de las personas discapacitadas necesitadas de especial protección, así como el de los menores de edad, específicamente los menores de 14 años de acuerdo con nuestra legislación.

Mi consideración se desdobra en dos sencillas observaciones: la primera es que en toda esta materia es necesario no perder nunca de vista que nos situamos en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías, singularmente en el contexto de la jurisdicción penal. Ciertamente, también aquí se comprenden las garantías de quienes comparecen en condición de víctimas. Pero no menos cierto es que estas garantías se proyectan, casi diría que primordialmente, sobre una persona ciertamente acusada, pero siempre acreedora de la presunción de inocencia.

El Informe muestra con razón su inquietud ante una eventual interpretación desacertada de las declaraciones contenidas en recientes sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las cuales podrían ser leídas como relativizando el mandato del legislador de que, en el caso de determinados delitos, la prueba testifical de la víctima sea preconstituida, aun con todas las garantías

de contradicción, etcétera, legalmente previstas<sup>29</sup>. Conuerdo con el Informe en que lo que estas sentencias, en un llamamiento a la prudencia, están sugiriendo no es tanto desvincularse del referido mandato cuanto el de hacerlo compatible, en muy determinadas circunstancias, con una comparecencia de la víctima dirigida a reforzar las notas inherentes al juicio oral.

Mi segunda observación se encuentra directamente conectada con la primera. Y es que, si bien la actual regulación no distingue entre menores de 14 años y personas discapacitadas necesitadas de especial protección, eso no quiere decir que, *de lege ferenda*, una regulación que distinguiera entre ambas condiciones personales no estuviera plena de sentido. Por la sencilla razón de que no es lo mismo, concretamente en punto a victimización secundaria. No siempre es equiparable el caso de la persona que padece una discapacidad de orden mental que la de un menor próximo a alcanzar los 14 años. Es de tener en cuenta que las sentencias en cuestión conciernen a víctimas menores de edad, sin que sus llamadas a la prudencia deban ser al cien por cien extensibles al supuesto de discapacidad mental.

### III. DISCAPACIDAD E INCLUSIÓN SOCIAL

El Informe dedica varios capítulos al tratamiento de distintas vertientes del principio constitucional de «inclusión social», o casi mejor de «inclusión» sin más, siempre específicamente referido a las personas con discapacidad<sup>30</sup>. Con toda intención hablo de «principio constitucional» porque considero que no es solo que la categoría le cuadre, sino que es la manera más adecuada de manejarla. Como principio constitucional conecta con el valor de dignidad de la persona y como pauta interpretativa de la prohibición de discriminación<sup>31</sup>.

El legislador español ha definido en abstracto este principio, en cuanto referido a las personas discapacitadas, como *«el principio en virtud del cual la sociedad promueve valores compartidos orientados al bien común y a la cohesión social, permitiendo que todas las personas con discapacidad tengan las oportunidades y recursos necesarios para participar plenamente en la vida política, económica, social, educativa,*

---

29 STS 588/23 y 285/24.

30 De las categorías de inclusión y exclusión se ha ocupado destacadamente la sociología en términos que exceden de este Informe. *Cfr.*, MASACAREÑO, A. y CARVAJAL, F.: «Los distintos rostros de la inclusión y exclusión», *Revista CEPAL*, 116, agosto 2015, pp. 131-146.

31 *Cfr.*, RODRÍGUEZ RUIZ, B.: «La interdicción de discriminación por denegación de ajustes razonables en la Ley 15/2022, Reflexiones sobre su alcance y posibilidades», en Irigoyen, A./Goizueta, J./Barrère, M. (dirs.), *La Ley 15/2022, de 12 de julio, para la igualdad de trato y la no discriminación. Aportaciones multidisciplinares y teórico-críticas*, Madrid, Dykinson, 2025, pp. 141-154.

*laboral y cultural, y para disfrutar de unas condiciones de vida en igualdad con los demás»<sup>32</sup>.*

El texto original del art. 49 CE anticipaba ya, si bien de manera débil, este principio al disponer que los poderes públicos llevasen a cabo una política de «integración» de estas personas<sup>33</sup>. Hoy el enunciado del art. 49.1, inciso 2.º es más decidido: «Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen [...] la inclusión social de las personas con discapacidad». En línea con lo que ya vengo apuntando, esta inclusión del precepto en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución no implica que el mandato de inclusión reduzca de manera general su fuerza de obligar a la prevista en el art. 53.3 CE, debiendo estarse por el contrario a la respectiva eficacia normativa que resulta del art. 53 en sus tres apartados.

De manera general, entiendo que el mandato de inclusión implica que la legislación relativa al desarrollo de todos los derechos y libertades deberá incorporar una «perspectiva de inclusión social», se entiende siempre que por su propia naturaleza dicha perspectiva posea sentido. Esto llevaría a demandar del legislador, como repetidamente se hace en el Informe, la previsión de disposiciones suficientemente precisas en lo que se refiere a la inclusión de las personas discapacitadas en el goce de los distintos derechos en los que esta perspectiva específicamente tenga sentido. Enseguida habrá ocasión de verlo.

### **a) Derecho a la educación inclusiva de menores y jóvenes con discapacidad**

La noción de inclusión social ha encontrado un ámbito caracterizado de aplicación en el derecho fundamental a la educación<sup>34</sup>. Hablamos así en este sentido de «derecho a una educación inclusiva» o, en sentido objetivo, de mandato dirigido a la «inclusión educativa». El Informe trata la materia en sus ca-

---

32 Art. 2 («Definiciones») del Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad (R.D.L. 1/2013). Sobre la discriminación por indiferenciación, cfr., Cobreros Mendazona, E., «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, 71-114.

33 Cfr. en fecha temprana, *Ley 13/82, de integración social de minusválidos*. A notar que esta ley se encuentra derogada por la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad. Ello a pesar de la alteración que efectúa en el nombre de aquella, seguramente por políticamente incorrecto: *Ley 13/82, de integración social de personas con discapacidad*.

34 De particular interés, y también más allá del supuesto enunciado en su título, RODRÍGUEZ RUIZ, B.: «Educación y residencia en la Frontera Sur: El caso de Ceuta y Melilla», en Castaño, A./El Mouden, M., *Sin garantías. Menores y jóvenes migrantes en la Frontera Sur de Europa*. Tres Cantos, Akal, 2025, pp. 258-276.

pítulos segundo y tercero, cuyo comentario puede ser agrupado sin dificultad en este apartado<sup>35</sup>.

El artículo 27 CE comienza reconociendo en el primero de sus apartados el derecho a la educación a «todos», lo que ya apunta a la voluntad de no dejar a nadie fuera del goce de este derecho. Del mismo modo, cabría sostener que el segundo de sus apartados, al disponer que la educación tenga por objeto, en abstracto, «*el pleno desarrollo de la personalidad humana*», está sugiriendo una orientación de la educación adaptada a las distintas manifestaciones de la personalidad. De esta manera, se desprende con naturalidad que el mandato del artículo 49 CE, que dota de igual alcance de los derechos y libertades en el caso de las personas discapacitadas, encuentre particular vigencia en el caso del derecho a la educación. La inclusión no sería, pues, tanto un derecho referencial, en forma de no discriminación, cuanto un derecho de contenido sustantivo, es decir, en sí mismo considerado.

El art. 24 del Convenio regula por extenso el derecho a la educación de las personas discapacitadas. Su apartado primero propugna «un sistema de educación inclusivo», siendo de particular relevancia la exigencia dirigida a los Estados de que «*se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales*»<sup>36</sup>. Es conveniente citar el siguiente párrafo del art. 2 CDPD («Definiciones»), con proyección en todo el Convenio: «*Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*». Previamente, el mismo artículo, al definir lo que debe entenderse por discriminación por motivos de discapacidad, concluye declarando que quedan comprendidas «*todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*».

---

35 Capítulo segundo: «Derecho a la educación inclusiva de niños con discapacidad, con especial atención a niños con trastorno del espectro autista (TEA): Escolarización, medidas de apoyo y procesos de exclusión educativa»; Capítulo tercero: «Límites al derecho a la educación inclusiva del alumnado con discapacidad. Obtención de la titulación mediante un currículo adaptado a las necesidades espaciales».

36 «1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida [...] c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales» (subrayados míos). Por lo demás, es claro el paralelismo entre estos «ajustes razonables» con los ya mencionados «ajustes de procedimiento», referidos al acceso a la justicia (art. 13.1 CDPD).

A nivel interno, el art. 6.3.e) de la Ley Orgánica 8/1985, de Educación reconoce el derecho de los alumnos a «una educación inclusiva y de calidad», sin ofrecer una definición de lo que específicamente por educación inclusiva deba entenderse<sup>37</sup>. Sí contiene una descripción de lo que se entiende por *alumnado con necesidades educativas especiales*. Se trata de una enumeración de circunstancias variadas entre las que figuran las necesidades «derivadas de discapacidad» (art. 73.1 Ley Orgánica de Educación 2/2006). Por tanto, la educación inclusiva ciertamente comprende la de los alumnos con discapacidad, si bien abarca otros supuestos, verbigracia, los de aquellos con altas capacidades intelectuales (art. 71.2 Ley Orgánica de Educación 2/2006). Cabe decir que, a fin de cuentas, por educación inclusiva debe entenderse el conjunto de medidas de diferente naturaleza destinadas a que las oportunidades de recibir una educación no se resientan por la circunstancia de tratarse, en nuestro caso, de personas jóvenes con discapacidad.

A partir de aquí me propongo dar un tratamiento sucesivo al derecho a la escolarización inclusiva, comprendido el derecho a la permanencia en el centro (a') y a lo que podríamos denominar derecho consecuente a la prolongación de la vigencia de las adaptaciones curriculares efectuadas durante los años de escolarización hasta el momento de su evaluación global al final del ciclo educativo correspondiente (b').

*a') Derecho a la escolarización y permanencia en el centro*

La perspectiva aquí adoptada es la de los escolares diagnosticados de trastorno del espectro autista o «TEA». Esta discapacidad aparece caracterizada por una extremada variedad en sus manifestaciones, lo que se traduce en que las peculiaridades de cada caso se erigen en un factor determinante de la respuesta a adoptar por las autoridades educativas. Como cabe imaginar, el núcleo de los problemas detectados se sitúa en la categoría de los *ajustes razonables* exigidos por el Convenio en los términos más arriba reproducidos. Como se verá, el término se repite en el caso de la inclusión laboral. Este criterio de la razonabilidad de los ajustes orientados a la inclusión en uno u otro ámbito es objeto de una descripción de su alcance general ya en el art. 2 CDPD. Pero hay que tener en cuenta que el lenguaje ahí utilizado remite a su vez a categorías necesitadas de concreción por parte de las Administraciones públicas y de los responsables de los centros educativos, bajo el control último de la justicia: necesidad, adecuación, proporcionalidad<sup>38</sup>.

---

37 El art. 74.1 de la Ley orgánica 2/2006, de Educación enuncia un «principio de inclusión» («principios de normalización e inclusión»), dando en cierto modo por supuesto su contenido.

38 «Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso parti-

En este contexto, la Ley Orgánica de Educación formula la categoría de «*alumnado con necesidades especiales*», derivadas singularmente de «*discapacidad o de trastornos graves de conducta*» (art. 73.1). Para estos supuestos la ley posibilita la introducción de «*medidas de flexibilización*» de las distintas etapas educativas, de tal manera que la escolarización en centros de educación especial solo tenga lugar ante la insuficiencia de las anteriores medidas.

El análisis de la abundante jurisprudencia analizada en el Informe pone de manifiesto un primer grupo de problemas derivados de la impugnación por parte de los progenitores de la decisión de escolarizar en un centro especial. Las resoluciones centran el control de estas decisiones administrativas en el *grado de motivación* de estas, por tanto, en el control de la suficiente exteriorización de las razones que han llevado a la decisión. En este sentido destaca la sentencia del Tribunal Constitucional 10/2014. En ella, el tribunal da por suficiente la motivación de la decisión de escolarización en un centro especial, sin que ello alcance a la exigencia de una motivación que explicita las razones por las que el alumno no podría, con las adaptaciones pertinentes, ser escolarizado en un centro ordinario. Este último extremo es objeto de un voto particular suscrito por dos magistrados en el sentido de exigir una motivación expresa desde esta última perspectiva<sup>39</sup>.

Respecto de la litigiosidad derivada de la negativa del centro a facilitar determinadas medidas de apoyo al alumno con discapacidad (particularmente, profesorado especializado), el Informe destaca una sentencia en sentido estimatorio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la que se constatan las carencias del centro educativo en consideración a estos alumnos<sup>40</sup>. Es la tónica seguida por diversos Tribunales Superiores de Justicia, estimando los recursos dirigidos a la provisión de profesorado de educación especial en centros ordinarios.

Por último, cabe constatar la presencia de supuestos de exclusión. Son casos de especial complejidad en los que los centros educativos llevan a cabo actuaciones que se traducen en una expulsión de hecho del proceso educativo. Para ilustrarlo, el Informe cita un par de supuestos suficientemente expresivos. Así, el de un centro que había reclamado un tratamiento farmacológico del alumno, considerado contraindicado por la familia. O el de estimación de una exigencia de responsabilidad patrimonial por el comportamiento claramente negligente del centro educativo.

---

*cular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».*

39 STC 10/2014, de 27 de enero, votos particulares de los magistrados Ortega Álvarez y Xiol Ríos.

40 STS 3257/2011, de 9 de mayo.

Prescindiendo de estos últimos supuestos y en forma de consideración conclusiva, debe llamarse la atención, en línea con el Informe, sobre cómo los tribunales de justicia están extremando su control de la presencia de una motivación o justificación suficiente debidamente exteriorizadas antes que extender su control a la efectiva solidez de las apreciaciones formuladas por la Administración. No obstante, y por vía de excepción, hay justificaciones que no se consideran aceptables, como notablemente la falta de dotación presupuestaria.

*b') Problemas del acceso a la titulación correspondiente a la etapa educativa cursada*

Podría pensarse que la adaptación curricular efectuada en beneficio de los escolares con especiales necesidades encontraría su prolongación natural en el momento de una eventual fase de evaluación global. Puede ocurrir, en efecto, que un nivel educativo, sea la enseñanza primaria, la secundaria o la formación profesional, comprenda un control global final, que es el que finalmente conduce a la obtención del correspondiente certificado o título. El problema se presenta cuando un alumno que, en razón de una discapacidad, ha superado con éxito las distintas materias, si bien en régimen de adaptación curricular no supera ese control final por no haberse tomado en consideración dichas *adaptaciones curriculares* en función de las cuales fue superando los sucesivos controles hasta llegar a la evaluación global previa a la obtención del correspondiente título.

Este es el problema analizado en el capítulo tercero del Informe<sup>41</sup>, en el que se aboga decididamente por que el currículo adaptado constituya el criterio que debe regir para la evaluación final dirigida a la obtención del correspondiente título. El análisis se proyecta en particular sobre el criterio o principio de permanencia, en el sentido de hacer posible la continuación de la formación en ciclos superiores.

El estado de la cuestión aparece marcado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la modificación de la Ley Orgánica de Educación de 2020<sup>42</sup>. Con arreglo a dicha jurisprudencia, la superación de los cursos en régimen de adaptación curricular no conduciría sin más a la obtención del título, sino que ha de haberse alcanzado el conjunto de capacidades correspondientes, constatado en una evaluación final. Esta jurisprudencia se encontraría en entredicho desde la entrada en vigor del referido cambio legislativo. Con

---

41 «Límites al derecho a la educación inclusiva del alumnado con discapacidad. Obtención de la titulación mediante un currículo adaptado a las necesidades especiales». Más allá del referido problema, este capítulo debe ser leído de manera general como complemento del anterior.

42 STS 4558/2022.

arreglo al mismo, el art. 28.10 de la Ley Orgánica de Educación pasa a disponer en su primer inciso que *«los referentes de la evaluación, en el caso del alumnado con necesidades educativas especiales, serán los incluidos en las correspondientes adaptaciones del currículo, sin que este hecho pueda impedirles la promoción o titulación»*.

Esta especificación del legislador debe excluir cualquier falta de correspondencia entre las adaptaciones curriculares con arreglo a las cuales estos alumnos han ido superando los distintos cursos y aquellas con arreglo a las cuales se efectuará la evaluación que dará acceso al correspondiente título. Es en este sentido como el Informe aboga acertadamente por un principio de favorecimiento o preferencia orientado a facilitar la obtención del título. Esta orientación debería extenderse lógicamente también a las llamadas adaptaciones curriculares «significativas», es decir, las que abarquen la programación de contenidos o criterios de evaluación de cursos o ciclos anteriores.

### **b) Inclusión laboral**

En línea de principio, podría decirse que la inclusión laboral constituye la prolongación natural de la inclusión educativa. No en balde una dimensión primordial de la educación es la preparación para una vida laboral activa, en definitiva, el acceso al mercado de trabajo. Ocurre, sin embargo, que la inclusión laboral se proyecta también y de manera muy relevante en la dimensión de permanencia en el puesto de trabajo.

Como en el ámbito de la educación inclusiva, la noción rectora es la de los *ajustes razonables* también recogida en el artículo 27 de la Convención: el mandato de que los Estados velen *«por que se realicen ajustes para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo»*. La Directiva 2000/78 (art. 5) contiene una descripción de esta noción, conectada al acceso, la participación y el progreso en el empleo, como las medidas *«adecuadas y necesarias»* en cada caso, bajo la reserva de que dichas medidas *«no supongan una carga excesiva para el empresario»*, en el bien entendido de que la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada suficientemente por la intervención pública. A nivel nacional, el art. 40.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad (en adelante, LGDPD) se expresa en muy similares términos.

El capítulo que el Informe dedica a esta materia analiza con detenimiento el específico problema de la adaptación de la jornada de trabajo. Se destaca cómo de *lege lata* la única previsión de adaptación de la jornada de trabajo concierne a los trabajadores que tienen a su cuidado directo personas con discapacidad, siempre con una reducción proporcional del trabajo, pero no así cuando la persona con discapacidad es el trabajador mismo. Han sido los tribunales, siguiendo la línea marcada por el Tribunal de Justicia de la UE, quienes han reconocido este derecho a los propios trabajadores en su condición de perso-

nas con discapacidad<sup>43</sup>. No obstante, los tribunales han debido incorporar a su análisis las repercusiones de estas medidas de adaptación de la jornada de trabajo en la organización de la empresa.

En general, en el ámbito de la inclusión laboral, me interesa especialmente llamar la atención, como hace el Informe, sobre la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2021 (STC 51/20021, de la Sala primera), que reconoce los derechos a no sufrir discriminación, en este caso por una discapacidad de orden mental (síndrome de Asperger), así como los derechos a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad. El contexto de estas vulneraciones constatadas es el de una discapacidad con repercusión en el rendimiento del trabajador, no tanto el de una específica reclamación de ajustes razonables en el puesto de trabajo. En mi criterio, la relevancia de esta sentencia supera con mucho el concreto ámbito de la inclusión laboral para proyectarse sobre la garantía de los derechos de las personas con discapacidad en su conjunto y, de manera primordial, sobre la prohibición de discriminación por discapacidad. Referido al caso, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral ve reconocido el acceso al recurso de amparo constitucional, con consecuencias sobre la carga de la prueba ante la invocación de indicios suficientes de discriminación.

### **c) Acceso a centros residenciales de los enfermos con TEA en la Comunidad Autónoma de Madrid**

El Informe recupera la problemática específica de las personas con discapacidad que sufren trastorno del espectro autista (TEA), si bien de manera desligada del principio de inclusión tratado en los dos anteriores epígrafes<sup>44</sup>. Se trata en este caso de la claramente insatisfactoria situación de estas personas en lo que se refiere a sus singulares necesidades de acceder a un puesto en una residencia adaptada a sus condiciones personales, ya sea sustentada por recursos públicos o privados. El Informe, a partir de un estudio de la situación en la Comunidad Autónoma de Madrid, ofrece un expresivo ejemplo de cómo se asume a nivel autonómico la competencia en esta sensible materia.

Debe señalarse desde el inicio que la Convención no es muy específica en materia de derecho de residencia, si bien se ocupa de él en los apartados a) y b) de su art. 19 («Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad»)<sup>45</sup>. Por su parte, el art. 50 de la Ley General de derechos de las

43 Sentencia de 11 de abril de 2013, *HK Danmark* (Asuntos acumulados C-335 y 337/11).

44 Capítulo cuarto: «El acceso a centros residenciales por parte de personas con TEA en la Comunidad Autónoma de Madrid».

45 «a) Las personas con discapacidad (deben tener) la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a

personas discapacitadas («Contenido del derecho a la protección social») incluye entre los servicios sociales a prestar el «de residencias». Por su parte, el artículo 51, párrafo 7 especifica que *«los servicios de residencias [...] podrán ser promovidos por las administraciones públicas, por las propias personas con discapacidad y por sus familias, así como por sus organizaciones representativas»*, añadiendo seguidamente que *«en la promoción de residencias, centros de día y viviendas tuteladas, realizados por las propias personas con discapacidad y por sus familias, así como por sus organizaciones representativas, éstas gozarán de la protección prioritaria por parte de las administraciones públicas»*<sup>46</sup>.

La disposición adicional primera de la LGDPD declara que se dicta sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, a las que por lo demás se hace referencia en diversos momentos de la ley. Es en este contexto como la Comunidad Autónoma de Madrid ha dado cuerpo al compromiso público de satisfacer las necesidades residenciales de las personas con TEA. El Informe ha llevado a cabo en este punto un análisis de las deficiencias de este servicio, que identifica en el funcionamiento decididamente mejorable del sistema de «lista de acceso única», en la falta de claridad respecto de la aplicación de los trámites de urgencia y emergencia, el problemático peso del argumento de la Administración relativo a la falta de presupuesto y en la falta de desarrollo de fórmulas de colaboración público-privada.

En conjunto, este capítulo del Informe ofrece un excelente ejemplo de la forma como, en la realidad de las cosas, se pasa de las proclamaciones genéricas del legislador a la efectiva satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad, en este las aquejadas de TEA. Es en definitiva este el reto de las Administraciones públicas, en este caso esencialmente el de las Comunidades Autónomas como primeras responsables de estos servicios.

#### **IV. ENFERMEDADES MINORITARIAS (RARAS O POCO COMUNES)**

Los dos últimos capítulos del Informe prestan atención a problemas específicos a los que deben enfrentarse las personas que sufren una enfermedad de las catalogadas como raras o poco comunes. Son, por así decir, males que se superponen a la frecuente dureza de estas enfermedades. Pero debe quedar claro que con ello el Informe abandona el espacio de las personas con discapacidad. La Convención contiene un artículo, el 25, bajo el epígrafe «Salud»,

---

vivir con arreglo a un sistema de vida específico; b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta».

46 Ver en este último sentido el art. 72 de la LGDPD.

pero sin contener especificación alguna respecto de este género de enfermedades. En suma, la circunstancia de que una enfermedad tenga el carácter aquí contemplado no lleva por sí sola a su consideración como discapacidad. Esta es la razón de que el Informe tome como punto de partida en la materia las declaraciones internacionales, europeas y nacionales relativas al derecho de todos a la salud.

Dos son los problemas aquí contemplados: el de las diferencias territoriales en su tratamiento, según las distintas Comunidades Autónomas<sup>47</sup>, y el de las dificultades de estos pacientes para acceder la prestación de invalidez permanente<sup>48</sup>.

#### **a) La desigualdad territorial en lo relativo al cribado neonatal y el acceso a los fármacos**

Centrándome directamente en la cuestión de la disparidad territorial en el acceso a los fármacos por parte de los pacientes con enfermedades raras o minoritarias, el Informe arranca de la constatación de que en nuestro sistema autonómico solo se encuentran uniformadas las *«bases y coordinación general de la sanidad»*, junto con la legislación de productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE), lo que supone la existencia de una pluralidad de administraciones sanitarias a lo largo del territorio nacional cuyas decisiones no siempre son coincidentes o absolutamente coordinadas. A partir de aquí es prácticamente inevitable que no haya una correspondencia exacta entre todos los territorios en lo que hace al nivel de las prestaciones en materia de salud.

Es sobre esta base como se plantea la cuestión del acceso a los fármacos en el caso particularmente delicado de aquellos que pueden resultar indicados en el caso de los padecimientos de enfermedades raras. Por su propia singularidad, estas enfermedades son de modo privilegiado objeto de una permanente labor de investigación, como resultado de la cual surgen nuevos fármacos, los cuales deben pasar por un proceso de confirmación de su eficacia, de su autorización por las autoridades sanitarias y, finalmente y en su caso, de prescripción a estos pacientes.

Cuando las autoridades sanitarias territoriales adoptan políticas dispares en lo que al acceso a estos medicamentos se refiere resulta prácticamente inevitable que quienes ven cerrado el acceso a dichos medicamentos en deter-

---

47 «Capítulo octavo: La desigualdad territorial en el diagnóstico y acceso a las prestaciones que sufren los pacientes de enfermedades minoritarias».

48 «Capítulo noveno: La problemática en el acceso a la prestación de incapacidad permanente por parte de los pacientes de enfermedades minoritarias».

minados territorios, a diferencia del caso de otros, vean esta situación prima facie como una discriminación de trato particularmente sangrante que no debiera estar permitida por la Constitución.

La cuestión de si este enfoque *relacional* del problema resulta en términos constitucionales el más correcto dista a mi juicio de estar clara. Para empezar, porque nada asegura que la política sanitaria de las Comunidades Autónomas, por así decir más permisivas, sea siempre la correcta. El Informe aboga con buenos argumentos por una desaparición de estas disparidades.

Ello exigiría, a mi juicio, la activación de las competencias estatales, ya sea de «bases» de la sanidad, ya sea de «coordinación general» de la misma. En principio, me inclino más por esta última, en cuanto se presta mejor a una situación como la descrita, en permanente cambio.

Menos me convence la línea de la Sentencia del Tribunal Supremo 264/2024, destacada en el Informe, identificando aquí una vulneración del principio de igualdad de trato. Ciertamente, es una respuesta comprensible, en ausencia de la apreciada ausencia de activación de las competencias estatales. No obstante, en términos de principio, considero que un enfoque en términos sustantivos, es decir, como vulneración directa del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) en conexión eventualmente con el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), me hubiera parecido más correcta. Un buen ejemplo sería la sentencia del TSJ de Galicia n.º 293/2013, citada destacadamente en el Informe, donde se declara una vulneración del art. 15 CE, a la vez que se ordena dispensar el fármaco en cuanto, por su «esencialidad», *«suponía la única opción terapéutica autorizada y homologada cuyo uso permitiría llevar una vida normal»*.

El capítulo concluye, entre otras, con dos propuestas que me parecen particularmente atinadas: la creación de una «red estatal de centros de referencia» que atienda a pacientes de todo el territorio, que entiendo debiera ser por vía de coordinación; y la facilitación a los pacientes de la carga de probar el estado de la cuestión en otras Comunidades Autónomas, a mi juicio, como indicio de que la administración del fármaco es perfectamente viable.

## **b) La dificultad en el acceso a la prestación de incapacidad permanente**

La rigidez de la normativa reguladora de la concesión de la incapacidad permanente rebasa con mucho el problema específico de los pacientes con enfermedades raras o minoritarias. El Informe desarrolla en el último de sus capítulos un pormenorizado análisis tanto de esta normativa como de su interpretación y aplicación por los tribunales de justicia. Por lo que se refiere a la actuación de los tribunales, se pone el acento en algunos criterios de

flexibilización, singularmente el designado como «criterio humanizador». En este contexto, se destaca la toma en cuenta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de un *animus laborandi* a la hora de encarar una interpretación flexible del requisito de una trayectoria laboral continuada.

Sobre esta base, el Informe subraya las especiales dificultades con que se encuentran los pacientes de enfermedades raras o minoritarias a la hora de satisfacer los diferentes requisitos exigidos, como, notablemente, el de haber seguido el tratamiento médico prescrito. La valoración de conjunto insiste en la inevitable variedad de los casos, variedad que se agudiza en el caso de estas enfermedades y que se resisten a una catalogación previa. A fin de cuentas, todo esto se reconduce a una expectativa de que primero la Administración y, en definitiva, los tribunales operen con un factor de sensibilización a la hora de interpretar y aplicar una legislación que siempre podrá parecer insuficiente en su grado de detalle.

## V. CONSIDERACIÓN FINAL

A la hora de formular alguna consideración de cierre, resulta difícil no centrarla en las personas con discapacidad como sujetos o titulares, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades que la Constitución consagra. Como he venido señalando, es cierto que la atención a las personas con discapacidad sigue apareciendo formalmente en nuestro ordenamiento constitucional en el marco, normativamente debilitado (art. 53, apartado 3 CE), del Capítulo III del Título I de la Constitución («De los principios rectores de la actividad social y económica»). Ahora bien, esta radicación no debe inducir a engaño. Notablemente desde la ratificación por España de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su consecuente inclusión en el ordenamiento con la relevancia que le otorga el art. 10.2 CE, el enunciado «personas con discapacidad» ha pasado a integrar el alcance subjetivo de cada uno de los derechos y libertades del Título Primero de la Constitución, por más que con la diferente fuerza normativa que de los tres apartados del art. 53 CE resulta. Ahora bien, esto significa de manera muy particular que la fuerza del «mandato de equiparación» del art. 49 CE, cuando se proyecta sobre el principio de igualdad (art. 14) y sobre el Capítulo II («Derechos y libertades») del Título I, incorpora las garantías de reserva de ley y de respeto del contenido esencial (art. 53.1 CE), a lo que viene a sumarse la garantía de índole procesal del recurso de amparo constitucional cuando de los derechos declarados en los arts. 14 a 29 CE se trata (art. 53.2 CE). La sólida jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la inserción de la discapacidad entre las interdicciones de discriminación del art. 14 CE es paradigmático. El Informe ha puesto de manifiesto esta potencialidad del enunciado del art. 49 CE de manera elocuente.

I.  
EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS  
PERSONAS CON DISCAPACIDAD  
VÍCTIMAS DE DELITO



# I.

## *El acceso a la justicia de las personas con discapacidad víctimas de delito<sup>1</sup>*

ALBERTO GÓMEZ FRAGA  
LINDA GUERRA HENRÍQUEZ  
IGNACIO MARÍN DURÁN  
JUAN ÁLVAREZ SUÁREZ  
LUCA ERHART  
YOLANDA NAVARRO  
PAULA DIMERMAN

**Resumen:** *La legislación vigente tutela de forma particularmente intensa a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección en su acceso a la justicia. Sin embargo, su aplicación práctica no está exenta de problemas. En el presente capítulo se analizará el marco normativo que regula la forma en que debe practicarse la declaración de la persona con discapacidad víctima de delito durante el procedimiento penal para minimizar el riesgo de victimización secundaria y las principales deficiencias que existen, tanto en su regulación como en su aplicación por nuestros juzgados y tribunales. A tal efecto, prestaremos una especial atención a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo. A modo de conclusión, se propondrán posibles líneas de actuación para reforzar la protección de las personas con discapacidad que han sido víctimas de un delito.*

---

1 Este capítulo no habría sido posible sin la ayuda de las personas que componen la Fundación A la Par, cuyos comentarios y sugerencias, fruto de su experiencia práctica en el apoyo a las personas con discapacidad a través de la Unidad de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad Intelectual, nos han servido para conocer de primera mano los problemas a los que se enfrenta este colectivo en su acceso a la justicia.

## 1. INTRODUCCIÓN

Quienes nos dedicamos al Derecho sabemos lo difícil que resulta enfrentarse a un procedimiento penal, ya sea como víctima o investigado. Los procedimientos penales son por naturaleza complejos y con frecuencia someten a sus intervinientes a situaciones de fuerte estrés e incertidumbre, cuando no directamente incomprensión. Desafortunadamente, quienes más sufren estos inconvenientes son —como siempre— los más vulnerables y, de forma particularmente intensa, las personas con discapacidad.

Difícilmente podemos abordar en un solo texto todos los desafíos que enfrentan las personas con discapacidad en su acceso a la justicia. Cuando hablamos de discapacidad hablamos de muchas y muy diferentes realidades: las discapacidades físicas son distintas de las sensoriales o intelectuales —cada una con sus diferentes grados de afectación— y, consecuentemente, distintos son también los desafíos u obstáculos a los que estas personas se enfrentan en su día a día, también en el acceso a la justicia. Las barreras arquitectónicas (e. g., edificios judiciales antiguos y mal adaptados) son un obstáculo evidente para las personas con discapacidad —especialmente para quienes tienen una discapacidad física—, aunque muy posiblemente constituyen el obstáculo más sencillo de remover si existe voluntad para ello. Otros obstáculos, por el contrario, afectan la esencia misma del procedimiento penal (formalismo excesivo, lenguaje técnico, etc.) y su solución resulta por ello notablemente más compleja. Nuestra pretensión al escribir estas líneas es, por tanto, más limitada.

Nos centraremos en analizar los obstáculos procesales que encuentran las personas con discapacidad (fundamentalmente, intelectual) que han sido víctimas de un delito y que, como consecuencia de la denuncia interpuesta, deben hacer frente a un procedimiento penal y declarar en su seno como testigos.

En la actualidad existe una creciente preocupación por garantizar el acceso a la justicia de los colectivos más vulnerables en condiciones de igualdad y no discriminación. A este respecto, es fácil comprobar cómo desde finales del pasado siglo se han sucedido a nivel internacional diferentes iniciativas destinadas a reforzar la protección de las personas con discapacidad en el ámbito judicial<sup>2</sup>. En consonancia con lo anterior, en los últimos años nuestro legisla-

---

2 En una primera etapa los tratados y acuerdos internacionales se centraron en la protección de la infancia por su especial vulnerabilidad y, quizás también, por ser el colectivo vulnerable más numeroso. Con el tiempo, esta protección se fue extendiendo a otros sujetos en situación de especial vulnerabilidad, como las personas con discapacidad.

dor ha realizado un notable esfuerzo normativo destinado a facilitar el acceso a la justicia de este heterogéneo colectivo, fruto de los compromisos internacionales adquiridos y la jurisprudencia de nuestros juzgados y tribunales. En este contexto, cabe destacar especialmente la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito («Estatuto de la víctima del delito») y la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* («Ley Orgánica de Protección de la Infancia»). Como veremos a continuación, estas normas han supuesto un cambio sustantivo.

En nuestro ordenamiento procesal penal la declaración de la víctima practicada durante la fase de instrucción carece con carácter general de valor probatorio y debe reproducirse durante el juicio oral al objeto de garantizar los principios de inmediación y contradicción, y el derecho de defensa del acusado. De este modo, a lo largo del procedimiento, la víctima se encuentra con frecuencia obligada a prestar declaración en dos ocasiones, si no más. Y, dado que su declaración se configura procesalmente como una testifical, la víctima está obligada decir verdad y contestar a todas y cada una de las preguntas que se le formulen.

La experiencia acumulada en el trato con víctimas ha demostrado que su declaración en el seno del procedimiento penal puede constituir un proceso traumático y agudizar su sufrimiento, especialmente cuando el proceso judicial exige la repetición del relato traumático o se actúa con falta de sensibilidad (victimización secundaria). Por ello, a través de las normas anteriormente citadas, el legislador ha tratado de proteger en general a las víctimas y tutelar de forma particularmente intensa a quienes, por sus características y circunstancias personales, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad (fundamentalmente, menores de edad, personas con discapacidad y víctimas de violencia de género). A tal efecto, se ha generalizado la obligación de realizar una evaluación inicial a la víctima del delito a fin de determinar sus necesidades especiales de protección. Además, cuando la víctima sea un menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se ha normalizado la preconstitución probatoria de su declaración y la posibilidad de practicar esta prueba por medio de expertos<sup>3</sup>.

Obviamente, la implementación práctica de estas medidas no está exenta de desafíos. Por ello, en las siguientes páginas examinaremos los principales obstáculos que han de enfrentar las personas con discapacidad víctimas del

---

3 En la práctica, los expertos —también llamados equipos psicosociales— están compuestos por médicos especialistas, trabajadores sociales y/o los psicólogos especialmente cualificados.

delito con motivo de su declaración judicial, prestando especial atención a dos aspectos: (i) la ya mencionada evaluación inicial de la víctima por su importancia para detectar situaciones de discapacidad necesitadas de especial protección; y (ii) la forma y los requisitos que debe reunir la declaración de la víctima practicada durante la fase de instrucción para considerarse válidamente como prueba preconstituida. Y, más importante todavía, o al menos igual de importante, examinaremos cómo esta normativa está siendo aplicada en la práctica por nuestros juzgados y tribunales, evaluando así la efectividad real de estas reformas en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

### 2.1. NORMATIVA INTERNACIONAL

Si echamos la vista atrás, comprobamos una sustancial evolución en el reconocimiento y desarrollo de los derechos fundamentales de las personas a nivel internacional. La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, constituye el punto de partida al establecer por primera vez un amplio catálogo de derechos y libertades fundamentales aplicables a todas las personas, entre los que naturalmente se incluye el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación<sup>4</sup>. Esta norma —clave a nivel internacional— ha sido reconocida en nuestro ordenamiento a través del artículo 10 de la Constitución española.

En materia penal, este catálogo general de derechos fue objeto de concreción por medio de la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 (Resolución 40/34). Sin fuerza vinculante, el texto aprobado en 1985 contiene un conjunto de principios y recomendaciones que han servido de guía en el establecimiento de mecanismos específicos de protección a las víctimas, e incluye una previsión genérica de adecuación de los procedimientos a las «*necesidades de las víctimas*».

Sin embargo, no fue hasta principios de este siglo cuando, por medio de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 («Convención de Nueva York»)<sup>5</sup>, se abrió el camino al establecimiento

---

4 Ver artículos 2, 7 y 10 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

5 La Convención de Nueva York fue firmada por España el 30 de marzo de 2007 y el Instrumento de Ratificación se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el 21 de abril de 2008.

de un catálogo de derechos específico de las personas con discapacidad<sup>6</sup>. En materia de justicia, el texto aprobado obliga a los Estados signatarios a garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, incluso mediante ajustes de procedimiento, aunque no concreta qué ajustes han de hacerse. Solo contiene una mención genérica a la posibilidad de que estos ajustes afecten a la declaración del testigo con discapacidad durante la fase de investigación. Literalmente<sup>7</sup>:

*«Los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares».*

Más concretas resultan las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, formuladas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, hecha en Brasilia entre el 4 y 6 de marzo de 2008. Con un alcance más limitado (se trata de un conjunto de principios y recomendaciones sin fuerza vinculante), el texto aprobado contiene una detallada propuesta de regulación sobre:

- La obligación de facilitar información adecuada a la víctima del delito y la forma en que esta debe facilitarse *«de modo que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria»* (Regla 55) y *«que esta pueda comprender su alcance y significado»* (Regla 58).
- Las condiciones en las que debe desarrollarse la comparecencia judicial de la persona con discapacidad a fin de evitar o minimizar el riesgo de victimización secundaria. A tal efecto, el texto aprobado recomienda abiertamente que la declaración de la víctima se articule como prueba preconstituida y se realice con el apoyo de profesionales para *«garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad»* (Reglas 65, 67 y 70).

## 2.2. MARCO EUROPEO

A nivel europeo el desarrollo ha sido todavía mayor, especialmente en el marco de la Unión Europea. El punto de partida lo encontramos, sin embargo,

---

6 Según esta norma (artículo 1): *«Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».*

7 Ver artículo 13 de la Convención de Nueva York.

en el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, aprobado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el texto aprobado entonces y que, tras sufrir diferentes enmiendas, sigue hoy plenamente vigente, tiene por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros del Consejo de Europa (incluido el derecho a un juicio justo y la prohibición de toda discriminación<sup>8</sup>). Por medio de esta norma se creó, además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia vinculante ha servido para consolidar un marco común de protección de los derechos humanos en Europa.

A nivel de la Unión Europea, aunque mucho más reciente, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, proclamada en Niza el 7 de diciembre del año 2000 (2000/C 364/01), establece a su vez un amplio catálogo de derechos de las personas<sup>9</sup> de obligado cumplimiento para los Estados miembros<sup>10</sup> y susceptible de control judicial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el ámbito penal, debemos destacar en primer lugar la *Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal* (2001/220/JAI). Aunque ya derogada, esta norma contemplaba un conjunto mínimo de derechos para las personas que habían sido víctimas de un delito y obligaba a los Estados miembros a velar «por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación». No definía, sin embargo, qué cabía entender por persona especialmente vulnerable ni desarrollaba un marco específico de protección.

Esta indefinición desapareció con la promulgación de la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, hoy vigente<sup>11</sup>. A diferencia de su predecesora, esta norma contempla

---

8 Pueden verse a este respecto los artículos 6 y 14 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.

9 Entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva y la igualdad ante la ley, con prohibición de cualquier discriminación. Pueden verse a este respecto los artículos 20 y 21 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* que, además, reconoce de manera específica el derecho a la integración de las personas con discapacidad por medio de su artículo 26.

10 Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* pasó a ser jurídicamente vinculante para los Estados miembros y tener la misma validez jurídica que los tratados de la UE.

11 La Directiva 2012/29/UE sustituye a su predecesora la Decisión Marco 2001/220/JAI.

expresamente que las comunicaciones con las víctimas del delito se realicen teniendo en cuenta sus características personales «*incluida cualquier discapacidad que pueda afectar a su capacidad de entender o de ser entendida*»<sup>12</sup> y establece:

- La obligación de realizar una evaluación individual a las víctimas del delito con discapacidad a fin de determinar sus necesidades especiales de protección<sup>13</sup>.
- La posibilidad de adoptar determinadas medidas de protección durante la declaración de la víctima con necesidades especiales<sup>14</sup>; entre ellas, la toma de declaración por un profesional y el uso de la tecnología para evitar el contacto con el infractor.

Todo ello, sin perjuicio de «*los derechos de la defensa y con arreglo a las normas relativas a la facultad de apreciación de los tribunales*» (cuestiones que, como veremos a continuación, resultan fundamentales en nuestro ordenamiento).

### 2.3. NORMATIVA NACIONAL

Nuestra Carta Magna, a través de su artículo 49, garantiza que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos y deberes fundamentales en condiciones de libertad e igualdad. Textualmente:

*«1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.*

*2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad».*

En desarrollo de este mandato constitucional y los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país —fundamentalmente, la Convención de Nueva York—, se aprobó hace más de una década 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*<sup>15</sup>. Con vocación de uni-

---

12 Ver artículo 1 de la Directiva 2012/29/UE.

13 Ver artículo 22 de la Directiva 2012/29/UE.

14 Ver artículo 23 de la Directiva 2012/29/UE.

15 Según esta norma (artículo 2) la discapacidad «*es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*».

versalidad, esta norma contiene un conjunto de medidas destinadas a promover con carácter general la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y suprimir las barreras con las que se encuentran, también al ámbito de la Administración de Justicia<sup>16</sup>. Precisamente en este ámbito, en los últimos años se han producido importantes reformas legislativas destinadas a reforzar la protección de las personas con discapacidad en materia penal:

- *Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal.*

Por medio de esta norma se modifica la redacción del artículo 25 del Código Penal a fin de suprimir expresiones poco afortunadas (incapaz) y añadir una categoría específica de discapacidad necesitada de especial protección. Textualmente:

*«A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

*Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».*

La reforma, sin duda, acierta al actualizar la definición de persona con discapacidad al incorporar expresiones más acordes con la normativa internacional y el sentir de los tiempos. Se opta, sin embargo, por una definición abierta que plantea especiales problemas en lo que respecta a la noción de *personas con discapacidad necesitadas de especial protección* al precisar que no es necesario que exista una modificación judicial de la capacidad de obrar para pertenecer a dicha categoría. A la vista de lo anterior, cabe pensar razonablemente que todas las personas cuya capacidad de obrar haya sido judicialmente modificada se incluirán, al menos en principio, dentro de esta categoría. Sucede que no todas las personas con discapacidad necesitadas de una especial protección tienen judicialmente modificada su capacidad de obrar. Como veremos más adelante, esta circunstancia plantea importantes desafíos en la aplicación práctica de las normas que regulan su especial protección, pues no todas las discapacidades son fácilmente identificables a simple vista (lo que dificulta su detección temprana).

---

16 Ver artículo 5 (f) del RDL 1/2013.

- *Estatuto de la víctima del delito*<sup>17</sup>.

En consonancia con la Directiva 2012/29/UE que traspone, esta norma prevé la realización de una evaluación individual de la víctima con la finalidad de detectar situaciones de vulnerabilidad de forma temprana y servir de guía al órgano judicial en la adopción de las medidas de protección que resulten necesarias en *atención a las características y circunstancias personales de la víctima*<sup>18</sup>. La norma también prevé medidas de protección específicas para menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección y víctimas de violencias sexuales<sup>19</sup>. Esencialmente<sup>20</sup>:

- o La grabación de la declaración de la víctima para que pueda ser reproducida durante el juicio oral, «*en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal*» (se apunta así, aunque de manera prudente, hacia la preconstitución probatoria, si bien manteniéndose dentro del régimen procesal general).
- o La intervención de expertos durante el desarrollo de la declaración de la víctima, cuando esta sea una persona con discapacidad necesitada de especial protección (hasta entonces, la normativa solo contemplaba esta posibilidad en supuestos de menor edad).

- *La Ley Orgánica de Protección de la Infancia*.

Esta norma ha supuesto un paso más en la protección de las personas con discapacidad al modificar de manera sustancial la regulación de la prueba preconstituida, que pasa de facultativa a preceptiva en los casos de menores de catorce años y personas con discapacidad necesitadas de especial protección<sup>22</sup>.

---

17 Publicado en el BOE el 28 de abril de 2015.

18 Ver artículo 23 del Estatuto de la víctima del delito.

19 Ver artículo 26 del Estatuto de la víctima del delito.

20 A estos efectos, el Estatuto de la víctima del delito modifica los artículos 433, 448, 707, 730 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otros muchos.

21 La *Ley Orgánica de Protección de la Infancia*, a través de su disposición final primera, introduce los artículos 449 bis, 449 ter y 703 bis y modifica los artículos 730, 777 y 788 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

22 Esta modificación, nos explica la *Ley Orgánica de Protección de la Infancia* en su exposición de motivos, tiene como finalidad principal evitar la victimización secundaria (existen también razones epistemológicas que así lo aconsejan, tal y como había venido señalado la jurisprudencia).

Además, por medio de esta norma se positivizan los principales criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>23</sup> y el Tribunal Supremo<sup>24</sup> en relación con la prueba preconstituida<sup>25</sup>. En concreto, se detalla:

- o La forma en que debe practicarse la declaración durante la fase de instrucción de los menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.
- o La forma en que esta declaración debe acceder al juicio oral para ser tenida por válida.
- *Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.*

Como su propio nombre indica, esta norma tiene por finalidad principal aprobar diferentes medidas para reforzar y agilizar la Administración de Justicia. En lo que aquí interesa, el legislador aprovecha esta norma para modificar el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (que regula la declaración de la víctima durante la instrucción) al objeto de recoger de forma expresa la obligación de realizar las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios en los procesos en los que par-

---

23 Ver sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, n.º 174/2011, de 7 de noviembre (Rec. 10202/2009), ponente Excmo. Sr. D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

24 A este respecto, resulta especialmente ilustrativa la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 579/2019, de 29 de noviembre, ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet, en la que podemos leer lo siguiente: «Según reiteradísima jurisprudencia del TC y de esta Sala sólo son válidas para enervar la presunción de inocencia, como regla general, las pruebas practicadas en el juicio oral, aunque se admiten excepciones que permiten conferir validez como prueba de cargo a la prueba preconstituida en fase sumarial bajo ciertos presupuestos y requisitos: (a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral (b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción (c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo y (d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, o si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante el visionado de la grabación de la diligencia, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral».

25 A estos efectos, la Ley Orgánica de Protección de la Infancia, a través de su disposición final primera, introduce los artículos 449 bis, 449 ter y 703 bis y modifica los artículos 730, 777 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

tipicen personas con discapacidad (todo ello, en consonancia con las previsiones establecidas en el Estatuto de la víctima del delito)<sup>26</sup>.

En resumen, en los últimos años ha existido un notable esfuerzo legislativo destinado a reforzar la protección de las personas con discapacidad víctimas del delito a través de una detección temprana de las situaciones de vulnerabilidad (evaluación inicial), la generalización de la preconstitución probatoria y la intervención de expertos facilitadores ajenos al proceso (equipos psicosociales). Con todo, su implementación práctica no está exenta de problemas, algunos de los cuales abordaremos a continuación. A ello cabe añadir algunos pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo, cuya lectura apresurada puede llevar a una malinterpretación de su contenido. Nos referimos, en particular, a las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio y n.º 285/2024, de 21 de marzo.

### 3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

#### 3.1. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA EVALUACIÓN INICIAL DE LA VÍCTIMA

Hemos visto que la adecuada protección de las personas con discapacidad exige una temprana comprobación de la situación de vulnerabilidad y, por ello, el legislador ha previsto la obligación de realizar una evaluación inicial a las víctimas<sup>27</sup>. Pues bien, esta evaluación se regula con carácter principal, aunque de forma notablemente mejorable, en los artículos 23 y 24 del Estatuto de la víctima del delito y los artículos 109, 707, 773.2 y 777.3 de la Ley de En-

---

26 En concreto, la reforma añade un tercer párrafo al precepto, con el siguiente contenido (que, en lo sustancial, reproduce lo dispuesto en el artículo 4 del Estatuto de la víctima del delito): «*En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios. Dichas adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. Se deberá garantizar que: (a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se realicen en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. (b) Se facilite a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. (c) Se permita la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. (d) La persona con discapacidad pueda estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.*».

27 La evaluación o comprobación de la capacidad tiene su correlativo, en lo que respecta a la persona física investigada con discapacidad, en el artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

juiciamiento Criminal. Es mejorable porque ni el artículo 109 (que regula la declaración de la víctima en fase de instrucción) ni el artículo 707 (que regula la declaración de la víctima en el plenario) ni el artículo 773.2 (que regula la declaración de la víctima ante el Ministerio Fiscal) ni el artículo 777.3 (que regula la declaración de la víctima en fase de diligencias previas) determinan con claridad cuándo y cómo debe realizarse esta evaluación inicial.

Solo a través de la lectura conjunta de estos preceptos y lo dispuesto en el Estatuto de la víctima del delito resulta posible concluir que corresponde al órgano instructor<sup>28</sup> comprobar por primera vez la capacidad de la víctima al momento de realizar la información de derechos y, en todo caso, con carácter previo a oír la declaración<sup>29</sup>. Existe una razón para ello: es en ese momento cuando el órgano judicial debe asegurarse de que la víctima del delito conoce y comprende cuáles son los derechos que le asisten de acuerdo con la «legislación vigente», lo que en el caso de personas con discapacidad implica el derecho de la víctima a conocer que el órgano judicial está facultado para realizar ajustes en el procedimiento y acordar medidas de protección. Consecuentemente, si, con ocasión de la información de derechos, el juez detecta que la víctima es o puede ser una persona con discapacidad necesitada de especial protección, deberá realizar las actuaciones que resulten necesarias al objeto de verificar tal situación, *«pudiendo delegar esta función en personal especializado en la asistencia a víctimas»*.

La adecuada realización de la evaluación inicial constituye una pieza clave para evitar una situación de desprotección, ya que no todas las personas con discapacidad necesitadas de especial protección presentan una discapacidad fácilmente detectable o tienen su capacidad de obrar judicialmente modificada (tampoco tienen por qué estar siempre acompañadas). En este sentido, no resulta difícil imaginar a una persona con discapacidad presentando una denuncia en dependencias policiales sin acompañamiento y sin que los agentes que la atiendan tengan la oportunidad de comprobar su capacidad (por falta de medios, de formación o, simplemente, de tiempo suficiente). Y no resulta difícil imaginar tampoco que, si tal denuncia es admitida a trámite, la víctima sea convocada a ratificar su contenido a través de una breve comparecencia, que se sustancia sin abogado (su presencia no es preceptiva) y, en no pocas ocasiones, ante el oficial del Juzgado encargado del asunto, que no tiene ni el

---

28 En las diligencias de investigación de Fiscalía, tal tarea recaería en el Ministerio Fiscal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

29 Esta comprobación puede y debe ser realizada también por el órgano enjuiciador, ya sea para verificar que siguen concurriendo las condiciones que en su momento determinaron la atribución de la condición de persona con discapacidad necesitada de especial protección a la víctima, ya sea para evaluar a la víctima por primera vez si antes no se hizo.

tiempo ni los medios ni la formación para evaluar correctamente la capacidad de la víctima (posiblemente, tampoco el juez, si estuviere).

Lógicamente, en tales casos, se incrementa exponencialmente el riesgo de que esa víctima necesitada de especial protección no sea capaz de entender lo que está sucediendo a su alrededor ni hacerse entender ni ejercitar correctamente sus derechos (tampoco el órgano judicial podrá acordar medidas de protección adecuadas); y, con ello, se incrementa también el riesgo de que se acuerde el sobreseimiento del asunto en fase instructora o su continuación sin las debidas garantías. Esta es, desde luego, la experiencia que nos trasladan los profesionales que forman parte de la Unidad de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad Intelectual de la Fundación A la Par. Para evitar lo anterior, se hace necesario dotar a las oficinas judiciales de los medios y la formación necesarios para detectar situaciones de discapacidad que *a priori* pueden no resultar evidentes. La detección temprana de la situación de discapacidad es lo que falla en la mayoría de los casos, pues, una vez esta es detectada, lo normal es que el órgano judicial recabe el auxilio de los expertos, quienes a partir de ese momento se ocuparán de evaluar adecuadamente el grado de discapacidad y auxiliar al juez en la adopción de medidas de protección.

Otro aspecto problemático en relación con la intervención de estos profesionales es que ni el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal detallan cuál debe ser su concreta participación. Como acertadamente ha puesto de manifiesto la doctrina, las reformas operadas por el legislador apelan constantemente a la figura de los expertos «*sin mayor desarrollo que su mero enunciado (convirtiendo así, su incorporación al proceso penal en una mera ingenuidad)*»<sup>30</sup> y sin abordar cuestiones tan esenciales como cuál deba ser su estatuto profesional (cualificación, obligaciones, etc.) o cuál el contenido de sus informes<sup>31</sup>.

¿Y qué dice la jurisprudencia a este respecto? No demasiado. La evaluación inicial de la víctima aparece mencionada en numerosas resoluciones, casi siempre tangencialmente y con ocasión de la comprobación de si concurren o no los requisitos de la prueba preconstituida. Estas resoluciones no desarrollan,

---

30 CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Nueve ejes esenciales de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencial (casi existencial: El Facilitador judicial) no suman 10», *Diario LA LEY*, n.º 10469, Sección Tribuna, 19 de marzo de 2024.

31 Solo algunas Comunidades Autónomas se han ocupado de regular la intervención de estos profesionales. Sirva destacar, a modo de ejemplo, el *Decreto 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el servicio y se regula la figura del personal experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las sedes judiciales de la Comunidad de Madrid*, en donde se regula su capacitación (artículos 4 y 5), los principios que deben regir su actuación (artículo 6) y las actuaciones que deben realizar (artículo 7 y 8)

sin embargo, sobre qué concretos aspectos pueden o deben pronunciarse los expertos. Lo que sí hace la jurisprudencia es destacar la importancia del informe experto para justificar la preconstitución probatoria. A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 579/2019, de 26 de noviembre (Rec. 2104/2018), ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet, cuyos razonamientos, pese a estar referidos a un supuesto que afectaba a un menor de edad, son perfectamente extrapolables a personas con discapacidad:

*«En el caso Bocos-Cuesta contra Holanda (STEDH de 10 de noviembre de 2005) ya se dejó establecido que aunque la razón dada por los tribunales para no escuchar a las víctimas —antes oída solamente en sede policial— consistió en no obligarles a revivir una experiencia posiblemente muy traumática, ello es insuficiente si no existe indicación en el expediente de que este motivo se fundamente en prueba concreta, como, por ejemplo lo sería un dictamen pericial, aun cuando el Tribunal es consciente de que la organización de los procesos penales, de tal manera que se protejan los intereses de los testigos de muy corta edad, en particular en los procedimientos judiciales que implica delitos sexuales, es una consideración pertinente, para ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 6, en este concreto caso, la razón dada por los tribunales de primera instancia para rechazar la petición del demandante para oír a las cuatro víctimas, no resulta suficientemente justificado y, por tanto, deriva de meras especulaciones.*

*Como recuerda nuestra STS n.º 470/2013 de 5 de junio, los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores».*

En definitiva, la correcta evaluación inicial a la víctima del delito, con el apoyo de profesionales cualificados, resulta indispensable para la adecuada protección de la persona con discapacidad, pues solo a través de esa evaluación podrán determinarse, con las suficientes garantías, las medidas de protección que resulten aconsejables o necesarias en el caso concreto. En este contexto, resultaría cuando menos deseable (i) dotar a nuestros juzgados y tribunales (también a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado), de los medios y la formación necesarios para garantizar la efectiva realización de esta evaluación inicial<sup>32</sup>; y también (ii) una mayor concreción en cuanto al objeto

---

32 En la actualidad encontramos algunos intentos para dotar de efectividad a esta garantía, siendo un buen ejemplo de ello la *Guía de intervención policial con personas con Discapacidad Intelectual* ([https://www.policia.es/miscelanea/ufam/guia\\_int\\_pol\\_pers\\_discapacidad.pdf](https://www.policia.es/miscelanea/ufam/guia_int_pol_pers_discapacidad.pdf)), si bien su difusión dista mucho de ser la deseable.

y contenido mínimo del informe de expertos (bien a nivel normativo, bien a nivel jurisprudencial).

### **3.2. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA CON DISCAPACIDAD NECESITADA DE ESPECIAL PROTECCIÓN COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA DURANTE LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y SU POSIBLE REALIZACIÓN A TRAVÉS DE EXPERTOS**

**3.2.1.** Los requisitos exigibles para acordar la declaración de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección como prueba preconstituida se recogen con carácter principal en el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según este precepto:

*«Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios.*

*La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.*

*Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.*

*Las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve».*

De acuerdo con este precepto, la declaración de la persona con discapacidad necesitada de especial protección —así como la declaración del menor de catorce años— durante la fase de instrucción del proceso penal se realizará como prueba preconstituida, siempre que el delito investigado pertenezca a alguna de las categorías de delito expresamente enumeradas. La preconstitución probatoria se configura así como preceptiva. No otra interpretación puede hacerse de la expresión «*en todo caso*» empleada por el legislador.

La redacción del precepto resulta, sin embargo, poco afortunada, pues, si bien en su inicio se refiere tanto a los menores de edad como a las personas con discapacidad, posteriormente alude únicamente a la práctica de la audiencia «del menor» como prueba preconstituida, omitiendo toda referencia a las personas con discapacidad. Esta precisión adicional relativa a la audiencia del menor no solo era innecesaria, sino que induce a confusión al romper la coherencia interna del enunciado normativo. Pese a ello, no parece razonable considerar que se trate de una exclusión deliberada, sino más bien de una omisión involuntaria por parte del legislador<sup>33</sup>, tal y como se han ocupado de destacar la doctrina<sup>34</sup> y la jurisprudencia, aunque esta última solo de forma implícita. Sirva citar a este respecto la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 3/2024, de 10 de enero (Rec. 6636/2021), ponente Excm. Sra. Dña. Susana Polo García:

---

33 Esta interpretación es, además, la única compatible con la exposición de motivos de la norma, donde se anticipa un mismo tratamiento procesal para los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Textualmente: «*En relación con la prueba preconstituida es un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Atendiendo a su especial vulnerabilidad se establece su obligatoriedad cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. En estos supuestos la autoridad judicial, practicada la prueba preconstituida, solo podrá acordar motivadamente su declaración en el acto del juicio oral, cuando, interesada por una de las partes, se considere necesario. Por tanto, se convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores de catorce años o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciéndose como norma general la práctica de la prueba preconstituida en fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio evitando que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato, así como la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables*».

34 Pueden verse a este respecto: (i) GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José: «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en el proceso penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2258, diciembre de 2022; y (ii) ARANGÜENA FANEGO, Coral: «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n.º 3, pp. 1093-1126, set./dez. 2022.

*«Se introduce un precepto general que regula la práctica como prueba preconstituida de la declaración testifical, estableciendo las garantías necesarias para que pueda incorporarse al juicio oral (art. 499 bis, en relación con el art. 730.2 LECR). La prueba preconstituida se configura, con carácter general, como una posibilidad que debe acordar la autoridad judicial, conforme a los supuestos legalmente previstos. Tal posibilidad se convierte en obligación (la redacción en términos imperativos no ofrece duda: “la autoridad judicial acordará”), cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o con discapacidad necesitada de especial protección y se trate de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, quedando así delimitados los ámbitos subjetivo y objetivo (art. 499. ter LECR)».*

La jurisprudencia también se ha ocupado de enfatizar, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 25 del Código Penal, que no resulta exigible una previa declaración formal de incapacidad para la adopción de medidas de protección (la prueba preconstituida lo es), sino que estas habrán de disponerse tan pronto el órgano judicial constate la situación de vulnerabilidad (lo que, según hemos visto, puede y debe hacerse con ocasión de la evaluación inicial). En palabras de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 226/2021 de 11 marzo (Rec. 2283/2019), ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta:

*«Los presupuestos de aplicación del artículo 433 y 438 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no parten de una previa declaración de incapacidad, como requisito formal, sino que, como resulta del hecho declarado probado y de la copiosa pericial realizada al respecto, la situación de retraso mental y de discapacidad es “irreversible y crónica, es necesariamente evidente y notoria para cualquier persona en cuanto se interactúa mínimamente”.*

*Desde la constatación de una situación de discapacidad, “necesariamente evidente y notoria”, resulta procedente la adopción de medidas de tutela de la persona con discapacidad, previstas en la ley procesal, para asegurar la corrección del testimonio y su realización en las mejores condiciones para el sujeto que padece la situación y para la finalidad para la que se dispone la testifical.*

*La aplicación de las normas que tutelan a las personas con discapacidad, recogidos en estatutos de protección, no quedan supeditadas a la declaración formal de discapacidad, sino que han de ser dispuestas en el momento que se detecte la concurrencia de circunstancias que precisa la adopción de medidas dirigidas a compensar la discapacidad que resulta evidente. Así se satisfarán, la debida tutela de los derechos de la persona que lo requiere, y se atenderán con eficacia las necesidades del sistema penal».*

La lectura del artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal suscita una segunda cuestión: qué sucede en aquellos casos en los que el delito que se investiga no se encuentra dentro del catálogo de delitos enunciado y, correlativamente, si fuera de esa categoría resulta posible la declaración de la persona con discapacidad como prueba preconstituida. La respuesta ha de ser afirmativa, pues no existe impedimento legal para ello. Ahora bien, cuando se trate de un delito distinto de los expresamente previstos en el artículo 449 ter, la declaración de la víctima se regirá no por dicho artículo, sino por lo dispuesto en el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula la preconstitución probatoria con carácter general. Consecuentemente, en tales casos, será aconsejable un especial esfuerzo del órgano instructor a la hora de justificar la conveniencia de practicar tal declaración como prueba preconstituida al no quedar amparada por la obligatoriedad prevista en el citado artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. E igual esfuerzo cabría exigir al órgano judicial para rechazar su práctica, si esta es pedida por el Ministerio Fiscal o la representación procesal de la víctima en aplicación de lo dispuesto en el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 26 del Estatuto de la víctima del delito, que obliga a adoptar *«las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito»*.

Por último, es importante destacar que la preconstitución probatoria es también posible cuando el delito perseguido tenga la condición de leve y que durante su realización el órgano judicial estará obligado a evitar la confrontación visual entre el testigo y el investigado, si este comparece al acto.

**3.2.2.** En cuanto a la forma en que debe desarrollarse la declaración en instrucción de la persona con discapacidad como prueba preconstituida, la reforma operada a través de la Ley Orgánica de Protección de la Infancia se ha ocupado de positivizar las principales aportaciones que sobre esta materia había hecho la jurisprudencia al objeto de garantizar los principios de contradicción e inmediatez (también durante el juicio oral)<sup>35</sup>. A estos efectos, la regulación actual establece lo siguiente:

---

35 Sobre estos requisitos, sirva citar nuevamente la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, n.º 174/2011, de 7 de noviembre (Rec. 10202/2009), ponente Excmo. Sr. D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, y la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 579/2019, de 29 de noviembre, ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

- El acto deberá desarrollarse en presencia del letrado de la defensa y el investigado, quienes habrán de ser debidamente citados.

Es importante precisar que, a diferencia de lo que sucede con el letrado de la defensa, cuya comparecencia resulta preceptiva, la comparecencia del investigado es solo facultativa y su ausencia no impedirá la práctica de la declaración, siempre y cuando haya sido correctamente citado. Se prevé además que, en caso de incomparecencia injustificada del letrado de la defensa o urgencia, la declaración se sustanciará con un abogado de oficio.

Llama la atención que la norma exija la presencia del letrado de la defensa y, además, prevea la posibilidad de que el investigado esté presente, ya que esta no es la regla general en nuestro ordenamiento cuando se trata de testificales. De hecho, es la antagónica: con carácter general, durante la fase de instrucción solo es obligatorio citar a las partes personadas (incluida la defensa), siendo facultativa su asistencia (su presencia no es en absoluto imprescindible) y solo a través de sus respectivas representaciones procesales (pues solo los letrados pueden asistir).

Existe, sin embargo, una razón para esta sustancial diferencia de tratamiento. Como hemos venido señalando, con la prueba preconstituida se pretende evitar que la víctima comparezca nuevamente durante el juicio oral y se someta a un segundo interrogatorio de la defensa. Sucede que, en nuestro ordenamiento, la contradicción forma parte esencial del derecho de defensa y el derecho a un juicio equitativo (artículos 24 de la Constitución española y 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales). Y también, en nuestro ordenamiento, la presencia del acusado durante el juicio oral se configura como un derecho, pero también como una obligación, a fin de salvaguardar su derecho fundamental a oír, ser oído y defenderse. De ahí que tenga todo el sentido prever (i) la necesaria presencia del letrado de la defensa durante la declaración de la víctima, pues solo así se puede garantizar que exista verdadera contradicción, y (ii) la posibilidad del investigado de estar presente pues ello permite garantizar su derecho de defensa, que incluye el derecho a oír los testimonios en su contra.

En definitiva, el principio de contradicción se satisface plenamente, siempre que se haya dado a la defensa la oportunidad de intervenir en el acto, lo cual no implica que deba hacerlo. Naturalmente, la defensa se encuentra facultada para formular o no preguntas. Pero, si pudiendo

hacerlo, opta por el silencio, no existirá quebranto del principio de contradicción ni, consecuentemente, podrá más adelante esgrimir la falta de interrogatorio efectivo para denunciar una vulneración del derecho de defensa, pues faltará lo más importante. Faltará la indefensión material. Así nos lo recuerda la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 285/2024, de 21 de marzo (Rec. 1882/2022), ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez<sup>36</sup>.

- La grabación de la declaración, con levantamiento de acta sucinta que contendrá la identificación y firma de todos los intervinientes.

Este requisito tiene como finalidad principal salvaguardar la integridad del testimonio prestado y permitir su acceso al juicio oral de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 703 bis y 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No basta, por tanto, con grabar la declaración. Es necesario, además, que esa declaración acceda efectivamente al juicio oral mediante reproducción de la grabación realizada, pues solo así podrá ser debidamente valorada por el órgano enjuiciador, con respeto del principio de inmediación.

---

36 Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 285/2024, de 21 de marzo (Rec. 1882/2022), ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez: «*La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia se hace eco de las garantías de contradicción y defensa que presidieron el desarrollo de la prueba: "... examinadas las actuaciones se constata que se dictó en instrucción providencia de 8 de junio de 2017, f. 121 de la causa, en que tras tener por recibido el anterior fax procedente del EATP (para determinar la fecha en que podía realizarse la exploración de la menor con intervención de los psicólogos del mismo) acordó señalar la exploración judicial de la menor Salome, para el 29 de setiembre de 2017, ante el Equipo de Atención Técnica penal de la Ciudad de la Justicia, acordando su citación así como la del investigado, debiéndose registrar la sesión en el sistema audiovisual ARCONTE 2 con inclusión de los peritos participantes. Ante la incomparecencia de la menor el día señalado 29.9.2017, pero habiendo comparecido el investigado, se dictó nueva providencia de fecha 3 de octubre de 2017, f. 183 de la causa, en que se acordó señalar para el día 27.10.2017 la realización de la exploración judicial de la menor Salome ante el Equipo de Atención Técnica Penal de la Ciudad de la Justicia, acordando citar al investigado para asistir a dicha exploración y debiéndose registrar la sesión en el sistema audiovisual ARCONTE 2 con inclusión de los peritos participantes. Y tuvo lugar, tras citación de todas las partes, el Acta de exploración judicial del menor, f. 209 en que el LAJ hace constar que están presentes el Fiscal, la menor Salome, asistida por su madre, así como el investigado Ignacio, asistido por el Letrado D. Jonatan Juiz Sánchez, formando el Equipo Técnico los psicólogos Sras. Justa y Ofelia. Asimismo, se hace constar que realizada una primera exploración por el Equipo Técnico se interesa si se han de realizar aclaraciones. El Fiscal no interesa preguntas y por el Abogado tampoco*».

*La conclusión no puede ser otra. Hubo efectiva contradicción en la práctica de la diligencia de exploración judicial de la menor, sin que el Abogado del acusado, ni este último, ambos presentes en el acto, hubieran cuestionado la validez de dicha diligencia como preconstituida, y sin que se produjera indefensión alguna al investigado».*

Ciertamente, en tales casos la intermediación será siempre limitada al no resultar posible interactuar con una grabación (las partes no podrán preguntar, el juez no podrá pedir aclaraciones, etc.), lo que sin duda supone un sacrificio del derecho de defensa. La cuestión no es si tal sacrificio existe —es obvio que sí—, sino si está justificado y es proporcionado. Como tantas veces nos ha explicado el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, los derechos fundamentales no son absolutos, sino que pueden estar, y de hecho están con frecuencia, sometidos a limitaciones razonables al objeto de salvaguardar otros derechos o bienes jurídicos de igual relevancia. Basándose en esta asentada doctrina constitucional, el Tribunal Supremo se ha ocupado de precisar que, en determinados casos de preconstitución probatoria, el sacrificio de los principios de intermediación y contradicción puede estar justificado si es proporcionado y con ello se salvaguarda el derecho de la víctima a la integridad y tutela judicial efectiva. En palabras de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 579/2019 de 26 noviembre (Rec. 2104/2018), ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet:

*«Pero que se garantice el principio de contradicción en la fase de instrucción no quiere decir que la defensa renuncie a este principio en la fase de plenario, como comprobamos a continuación.*

*Y es que es sobre la base del principio de contradicción sobre lo que se construye el debate sobre este dilema acerca de si los menores deben reproducir su declaración en el plenario cuando se preconstituyó su prueba, ya que este derecho se ubica sobre el derecho de defensa de la persona acusada.*

*Y es que, como apunta la mejor doctrina, por más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral. La plena contradicción sólo es posible en el juicio oral, pues sólo en ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla. [...]*

*La legitimidad de esa causa pasa por ponderar el derecho fundamental a la defensa del acusado con otros intereses y derechos dignos de protección, de tal suerte que tal ponderación permita modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, de modo que tales supuestos excepcionales deberán resultar debidamente justificados en atención a esos fines legítimos».*

**3.2.3.** En apartados anteriores hemos analizado los requisitos que deben concurrir para acordar la declaración de la víctima con discapacidad como prueba preconstituida y la forma en que esta debe realizarse. A continuación, nos referiremos a la facultad que tiene el órgano judicial de acordar que tal declaración se practique además por medio de expertos. En efecto, el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al órgano judicial para acordar que la declaración de los menores de catorce años y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección se practique a través de equipos psicosociales. Su intervención se configura, no obstante, como facultativa («podrá acordar»). Corresponde, por tanto, al órgano judicial decidir sobre la intervención o no de esta figura, cuya participación en el acto aparece prevista con una doble finalidad: (i) de una parte, evitar que tal declaración se constituya en una nueva fuente de sufrimiento para la víctima (victimización secundaria)<sup>37</sup>; y, (ii) de otra, servir de guía y apoyo al órgano judicial en la adopción de decisión. Como acertadamente señala la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 545/2025, de 12 de junio (Rec. 439/2023), ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre<sup>38</sup>:

*«En la misma dirección, la STS 3/2024, de 10-1, recuerda que hay que tener en cuenta que la LO 8/2021 lleva a cabo una completa reforma de la manera en que han de declarar los menores en el proceso penal y de la eficacia de sus declaraciones, tanto en fase de investigación como en el juicio oral, siendo la finalidad prioritaria de la reforma evitar la victimización secundaria que causa la reiteración de las mismas; el legislador, con buen criterio y en línea con los principios y directrices del marco normativo internacional, introduce las medidas necesarias para que el menor solo tenga que declarar una vez, en un entorno “amistoso” y ante profesionales con formación específica al efecto. Las medidas de protección que se establecen son de aplicación tanto al sumario ordinario, para el que se regulan detalladamente (arts. 499.ter, 703 bis y 707 LECR), como para el abreviado (arts. 777.3 y 778 LECR)».*

Con base en lo anterior, podemos afirmar sin miedo a equivocarnos que esta facultad discrecional del órgano judicial no puede confundirse con arbitrariedad. Como hemos visto en apartados precedentes, toda víctima tiene derecho a entender y ser entendida, y es tarea del órgano judicial realizar los ajustes de procedimiento que sean necesarios para protegerla en supuestos de vulnerabilidad<sup>39</sup>. Consecuentemente, en los supuestos de personas con dis-

---

37 Ver la exposición de motivos de la Ley Orgánica de Protección de la Infancia.

38 Esta sentencia analiza la declaración durante la fase de instrucción de un menor de edad víctima del delito, si bien los razonamientos que en ella se contienen son perfectamente extrapolables a la declaración de la persona con discapacidad necesitada de especial protección.

39 Artículo 26 del Estatuto de la víctima y los artículos 433 y 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

capacidad necesitadas de especial protección, el órgano judicial deberá motivar un eventual rechazo a la intervención de estos profesionales, especialmente si tal intervención ha sido solicitada por el Ministerio Fiscal o la representación procesal de la víctima y encuentra apoyo en el informe experto realizado con motivo de la evaluación inicial. Como nos recuerda la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 339/2023, de 10 de mayo (Rec. 2606/2021), ponente Excmo. Sr. D. Javier Hernández García, con cita de abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos:

*«Como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Convenio, por la vía de los derechos a la vida (artículo 2), a no sufrir trato inhumano y degradante (artículo 3) y a la vida privada y familiar (artículo 8), impone a los Estados específicas y muy exigibles obligaciones positivas que garanticen una respuesta judicial adecuada a las denuncias de violencia o abuso sexual contra personas con discapacidad intelectual. Precisamente, por las dificultades que pueden concurrir tanto para su formulación como para evaluar la información aportada por las víctimas.*

*Entre las obligaciones exigibles identificadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cabe destacar las siguientes: primera, adoptar una metodología sensible para el análisis del contexto de producción y, sobre todo, las condiciones consensuales o no de la relación; segunda, desarrollar un particular esfuerzo acreditativo, procurando verificar todas las circunstancias periféricas o circundantes que permitan obtener los mejores y mayores datos para calibrar la credibilidad de la víctima y la fiabilidad de la información que facilite —por ejemplo, interrogando a personas conocidas de la víctima y del presunto autor, como amigos, vecinos, maestros y otras personas que puedan aclarar la confiabilidad de sus declaraciones, así como buscar la opinión de un psicólogo especialista—; tercera, indagar si existía alguna razón para que la víctima hiciera acusaciones falsas contra el presunto autor; cuarta, aplicar estándares de especial celeridad en la obtención de la información, no solo para evitar su pérdida sino también para que la excesiva duración del proceso no se convierta en un factor de grave afectación psico-emocional para este tipo de víctimas especialmente vulnerables; quinta, adoptar durante el curso del proceso mecanismos efectivos de protección que reduzcan los efectos victimizadores y, en su caso, neutralicen en lo posible los riesgos de revictimización; sexta, valorar con particular diligencia la información sobre la vulnerabilidad de las víctimas -edad, desarrollo mental y físico, contexto socio-personal, circunstancias de producción del hecho- y su posible proyección sobre, en su caso, la validez del consentimiento para los actos sexuales a la luz de su capacidad intelectual —vid. SSTEDH, caso M. C. c. Bulgaria, de 4 de diciembre de 2003; caso I.G. c. Moldavia, de 15 de mayo de 2012; caso G.U c. Turquía, de 18 de octubre de 2016—.*

*Como se precisa en la STEDH, caso E. B. c. Rumanía de 19 de marzo de 2019,*

*" el hecho de no investigar adecuadamente o proporcionar una respuesta judicial adecuada a las denuncias de abuso sexual contra menores u otras personas vulnerables, como las personas con discapacidades intelectuales, produce impunidad que puede estar violando las obligaciones positivas del Estado derivadas del artículo 3 del Convenio (...) En tales circunstancias, la discapacidad intelectual de la demandante, confirmada por documentos médicos, la colocó en una situación de mayor vulnerabilidad lo que exigía que tanto las autoridades investigadoras como los tribunales nacionales mostraran mayor diligencia en el análisis de sus declaraciones. En particular, debería haberse centrado en analizar la validez del consentimiento de la solicitante, a la luz de su capacidad intelectual, para los actos sexuales. (...) La conducta de las autoridades se vio agravada por el hecho de que nunca se ordenó una evaluación psicológica o psiquiátrica con el fin de obtener un análisis especializado de las reacciones de la demandante desde el punto de vista de su capacidad mental, pese a que lo solicitó durante la investigación y también se ordenó por el Tribunal de Distrito de Târnăveni».*

Existen, por otro lado, razones de naturaleza práctica que aconsejan que la declaración de la persona con discapacidad se practique a través de expertos, ya que esta figura facilita que exista una verdadera comprensión por parte de la víctima. En este sentido, la norma prevé la posibilidad de que sea el experto quien formule directamente las preguntas a la víctima. Para ello, las partes deberán facilitar sus preguntas al juzgado y este —previa declaración de su pertinencia— las trasladará al experto para que sea él quien las formule. Aunque la norma no lo explicita, es obvio que corresponde al experto trasladar estas preguntas, no de manera literal (si así fuera, no tendría sentido su presencia), sino debidamente adaptadas, cumpliendo adecuadamente con su misión si pregunta por el hecho, cualquiera que sea la forma en que lo haga (incluso, se entiende, puede necesitar más de una pregunta o facilitar un determinado contexto a modo de instrucción).

Sobre la intervención del experto durante la declaración de la víctima y la forma en que tal intervención debe llevarse a cabo, cabe destacar la Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: intervención desde la psicología forense, en particular en la prueba preconstituida, elaborada por la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia en 2022. Esta guía proporciona un protocolo de actuación para el desarrollo de la prueba preconstituida de gran valor. Es, desde luego, valiosa para los profesionales de la psicología, en tanto que recoge el estado de la ciencia actual (*lex artis*). Pero, sobre todo, es valiosa para los operadores jurídicos, pues facilita el control externo de la prueba. A este respecto, no cabe duda de que será de gran interés para la acusación asegurar que el interrogatorio de la víctima se hace correc-

tamente, con cumplimiento de la *lex artis*. Y será de gran interés también para la defensa, pues esta podrá detectar eventuales defectos durante el desarrollo de la prueba, lo que le permitirá cuestionar el testimonio y solicitar que se realice una nueva declaración en el juicio.

Mención aparte merece la posibilidad que tiene el juez de consultar a los expertos con respecto a la calidad del testimonio de la víctima, sobre su veracidad o mendacidad. Se trata, sin duda, de una tentadora posibilidad para los órganos jurisdiccionales. No obstante, la jurisprudencia ya se ha ocupado de precisar que la opinión del experto, si bien puede ser tenida en cuenta, ni tiene naturaleza pericial ni sustituye a la valoración del testimonio que deba hacer el órgano judicial. En palabras de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 545/2025, de 12 de junio (Rec. 439/2023), ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre:

*«Por último no resulta ocioso señalar respecto al valor de los informes periciales sobre la credibilidad de las declaraciones de un menor, que la veracidad de su testimonio corresponde afirmarla al juez y no a los psicólogos. Estos informes pueden constituir una valiosa herramienta para realizar esa valoración, pero no sustituyen ni vinculan al Tribunal, que es el que tiene en exclusiva la función de juzgar y valorar la prueba.*

*Los peritos son meros auxiliares del juez o tribunal en el ejercicio de esa función jurisdiccional.*

*En efecto, la pericial puede facilitar pautas para la valoración. Pero, como hemos dicho en reciente STS 12/2025, de 16-1, decidir si los hechos han sucedido o no, valorar ese testimonio junto con el resto de pruebas, otorgarle o no crédito es función que está residenciada en el juzgador. Este no puede abdicar de esa tarea delegándola en el psicólogo que, por otra parte, si actúa con profesionalidad, no podrá asegurar la verdad o falsedad del testimonio. Tan solo indicará si con arreglo a los sistemas, protocolos y test valorativos convalidados concurren o no indicadores de fiabilidad o falta de fiabilidad».*

**3.2.4.** En definitiva, el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que, cuando una persona con discapacidad necesitada de especial protección (o menor de catorce años) tenga que prestar declaración como víctima de alguno de los delitos expresamente previstos en su texto, tal declaración deberá practicarse en todo caso como prueba preconstituida, sin necesidad de motivación y con independencia de si esa persona tiene o no judicialmente modificada su capacidad de obrar (fuera de esos casos, el órgano judicial deberá estar a lo dispuesto en el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y motivar su decisión). En cuanto al desarrollo de la prueba en sí:

- La declaración de la víctima como prueba preconstituida no podrá desarrollarse sin el abogado de la defensa (su presencia, que no su efectiva intervención, es condición necesaria) y habrá de dársele al investigado la oportunidad de estar presente (su presencia es facultativa); todo ello, al objeto de garantizar el principio de contradicción y el derecho de defensa.
- La declaración de la víctima deberá ser grabada y levantarse acta sucinta de ella al objeto de salvaguardar la integridad del testimonio y permitir su acceso de forma válida al juicio oral.
- El órgano judicial podrá acordar que la declaración de la víctima con discapacidad se realice a través de expertos. Se trata de una facultad discrecional del juzgado. No obstante, cuando la intervención de estos profesionales se haya demostrado necesaria durante la realización de la evaluación inicial de la víctima, cabría exigir del órgano judicial una especial motivación de las razones por las que rechaza la intervención de estos profesionales en la declaración.

### **3.3. LAS SENTENCIAS DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 558/2023, DE 6 DE JULIO, Y N.º 285/2024, DE 21 DE MARZO: ¿UN PASO ATRÁS?**

Hemos visto que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada a través de la Ley Orgánica de Protección de la Infancia ha instaurado la obligación de practicar como prueba preconstituida la declaración de los menores de catorce años y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Pues bien, sobre esta obligación se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo a través de dos sentencias que crean jurisprudencia y cuya lectura apresurada por lectores desatentos podría conducir a pensar que no estamos ante una verdadera obligación (sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio, y n.º 285/2024, de 21 de marzo). Entendemos, sin embargo, que estas sentencias no pueden ni deben leerse así, lo cual supondría, por otro lado, un fuerte retroceso en la protección de las personas con discapacidad.

A nuestro juicio, las sentencias citadas ni cuestionan ni anulan los avances legislativos. Se limitan a realizar una siempre necesaria llamada a la prudencia al objeto de evitar caer en perversos automatismos y causar perjuicios irreparables a derechos y principios esenciales de nuestro ordenamiento (como el principio de contradicción y el derecho de defensa). Lo que se pide al órgano judicial, tanto en instrucción como en el juicio oral, no es otra cosa que razonar y exteriorizar las razones que le llevan a adoptar una u otra decisión, teniendo siempre presentes los derechos de la víctima y el investigado, pues también

los tiene. En este sentido, el Tribunal Supremo se limita a facilitar a los órganos judiciales argumentos en un sentido y otro. En concreto, estas sentencias explican que, pese a la claridad y taxatividad con la que se expresa el citado artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si el órgano enjuiciador considera necesaria la declaración de la víctima en el plenario (no obstante haberse practicado su declaración en instrucción como prueba preconstituida), tiene herramientas jurídicas a su alcance que le facultan para acordarla. En palabras de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio:

*«La voluntad legislativa de evitar, siempre y en todo caso, la presencia del menor en el plenario ver reforzado su mensaje a la vista del contenido del párrafo segundo del art. 703 bis de la LECrim, cuya redacción ha sido también añadida por la LO 8/2021, 4 de junio: "en los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad"».*

*Da la impresión de que la declaración del menor en el plenario se convierte en un efecto indeseable por el legislador. Qué duda cabe que la intervención del menor en el acto del juicio oral, respondiendo a preguntas cruzadas de acusación y defensa, puede acarrear importantes inconveniencias que han de ser evitadas. Pero esa evitabilidad no debería convertirse en una regla general que aparte al órgano decisorio, siempre y en todo caso, de la privilegiada y enriquecedora fuente que ofrece el principio de inmediatez.*

*El último párrafo del art. 703 bis de la LECrim debilita el mensaje inicial que convierte la excepcionalidad abanderada en los preceptos anteriores en una posibilidad condicionada a la solicitud de cualquiera de las partes: "... la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes.*

*En definitiva, la presencia de un menor de edad víctima, como en el presente caso, de un delito contra la indemnidad sexual exigirá del Tribunal un examen ponderativo del impacto que esa presencia en el plenario puede acarrear a su formación integral. El llamamiento judicial a declarar como testigo no puede asumir como efecto inevitable asociado a su práctica la victimización secundaria del menor de catorce años, la que conduce a la constante evocación de un doloroso recuerdo que, a buen seguro, tendrá efectos perjudiciales para su formación integral».*

Y dice también la citada sentencia:

*«Más allá del carácter imperativo que se desprende de su literalidad ("... acordará en todo caso") y del destacado papel que el nuevo precepto atribuye a los equipos psicosociales, lo cierto es que la menor edad de catorce años conoce tramos biológicos que no pueden ser asimilados en su tratamiento. Lo mismo es predicable de los distintos grados de discapacidad que pueden condicionar un testimonio.*

*La voluntad uniformadora del legislador y el rígido tratamiento formal que sugiere la exclusión de cualquier margen de modulación que pueda acordar el Juez no puede ser interpretada como una invitación a desplazar principios estructurales del proceso penal en favor de exigencias formales. De ahí que cualquier desarrollo formal de la prueba que, con vocación adaptativa a las circunstancias del caso, ofrezca un motivado equilibrio entre la protección del menor o discapacitado y la irrenunciable salvaguarda de los principios de contradicción y defensa, debería superar el test de la validez probatoria».*

El razonamiento es sin duda sensato, aunque su acierto es cuestionable en lo que respecta al examen ponderativo. Es sensato porque lo insensato es privar al órgano judicial de su capacidad cognoscitiva atendidas todas las circunstancias concurrentes. Sin embargo, es cuestionable, porque la cita que se hace del artículo 703 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es, cuando menos, parcial. Según este precepto, solo con la petición de parte no basta. Es necesario, además, que la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis —o, en su caso, el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— y, además (el artículo emplea la conjunción copulativa y), se cause indefensión material, lo cual nada tiene que ver con el examen ponderativo que se invoca en la sentencia (por más que este pueda parecernos razonable). Precisamente, ese examen ponderativo es lo que ha tratado de evitar el legislador al introducir la expresión «en todo caso» en el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Quizás de forma desafortunada. Pero el texto, con su literalidad, ahí está.

Dicho lo anterior, lo cierto es que estas sentencias también explican que la declaración de la persona con discapacidad necesitada de especial protección<sup>40</sup> debe ser la excepción, que la norma y la voluntad del legislador son otras (de hecho, en ambos casos, el Tribunal Supremo desestima los recursos de casación interpuestos por los condenados al considerar que la decisión del órgano

---

40 Las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio, y n.º 285/2024, de 21 de marzo, se refieren a supuestos en los que la víctima es un menor de edad, si bien todos sus razonamientos son perfectamente extrapolables a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

sentenciador de no acordar la declaración de la víctima durante el plenario estaba justificada, pues su declaración durante la fase de instrucción se llevó a efecto con todas las garantías, motivo por el cual no existe indefensión material). En otras palabras, las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio, y n.º 285/2024, de 21 de marzo, si bien suponen una acertada llamada a la prudencia, y al siempre necesario examen ponderativo, en ningún caso facultan al órgano enjuiciador para acordar la declaración en el plenario de la víctima con discapacidad necesitada de especial protección si su declaración en instrucción se llevó a efecto con cumplimiento de lo establecido en el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y respeto del derecho de defensa.

#### 4. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas hemos visto cómo en los últimos años se ha producido un notable esfuerzo legislativo destinado a reforzar la protección de las personas con discapacidad víctimas de un delito en su acceso a la justicia: se ha introducido la obligación de realizar una evaluación inicial, se ha generalizado la preconstitución probatoria de la declaración de la víctima vulnerable y se ha previsto la posibilidad de que esta prueba se realice con la intervención de expertos. Sin embargo, la implementación práctica de estas medidas no está exenta de desafíos:

- La evaluación inicial de la víctima del delito constituye una herramienta fundamental para detectar situaciones de vulnerabilidad y determinar con garantías las medidas de protección que resulten necesarias en atención a las características y circunstancias personales de la víctima. Desafortunadamente, su ejecución práctica se encuentra muy lejos de ser ideal, pues con frecuencia la víctima se limita a ratificar su denuncia, sin que durante ese acto se produzca una verdadera evaluación de sus necesidades.

En este contexto, se hace necesario (i) dotar a nuestros juzgados y tribunales (también a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado) de los medios y la formación necesarios para garantizar la efectiva realización de esta evaluación inicial y (ii) desarrollar normativa o jurisprudencialmente cuándo y cómo debe realizarse esa evaluación, con determinación de su contenido mínimo, que no puede consistir en la simple entrega de una hoja informativa con los derechos de la víctima.

- La declaración de la persona con discapacidad necesitada de especial protección víctima de un delito deberá practicarse como prueba preconstituida, siempre que el delito investigado se encuentre dentro del

catálogo de infracciones expresamente previsto en el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A este respecto, es importante destacar que:

- o Nada impide que el órgano judicial acuerde que la declaración de la víctima se practique también como prueba preconstituida en supuestos de discapacidad no necesitada de especial protección y/o fuera del catálogo de delitos expresamente previstos en la norma citada. Ahora bien, en tales casos, tal decisión deberá motivarse adecuadamente al fundarse no en lo dispuesto en el artículo 449 ter, sino en el contenido del artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- o Las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio, y n.º 285/2024, de 21 de marzo, si bien suponen una acertada llamada a la prudencia y al siempre necesario examen ponderativo, en ningún caso facultan al órgano enjuiciador para acordar la declaración en el plenario de la víctima con discapacidad necesitada de especial protección si su declaración en instrucción se llevó a efecto con cumplimiento de lo establecido en el artículo 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello sería *contra legem*.
- La figura del experto ha demostrado ser fundamental para la adecuada detección de situaciones de discapacidad y para la determinación de las medidas de protección necesarias en atención a las características y circunstancias de la víctima. También para la correcta interacción con ella. A la vista de lo anterior, sería deseable:
  - o Una clara apuesta por su participación preceptiva durante la evaluación inicial y la declaración de la víctima en cuanto exista el menor indicio de discapacidad, salvo resolución judicial motivada.
  - o Un mayor desarrollo normativo de esta figura, con el fin de precisar su cualificación, estatuto jurídico y diferentes funciones en las distintas etapas del procedimiento penal.

## BIBLIOGRAFÍA

CALAZA LÓPEZ, Sonia: «Nueve ejes esenciales de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencial (casi existencial: El Facilitador judicial) no suman 10», *Diario LA LEY*, n.º 10469, Sección Tribuna, 19 de marzo de 2024.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José: «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en el proceso penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2258, diciembre de 2022.

ARANGÜENA FANEGO, Coral: «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n.º 3, p. 1093-1126, set./dez. 2022.

MINISTERIO DE JUSTICIA, SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA: *Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: intervención desde la psicología forense, en particular en la prueba preconstituida*, Madrid, 2022.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, José Luis; ALEMANY CARRASCO, Alberto (coord.): *Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual*, Madrid, 2017.

## JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, n.º 174/2011, de 7 de noviembre (Rec. 10202/2009).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 545/2025, de 12 de junio (Rec. 439/2023).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 285/2024, de 21 de marzo (Rec. 1882/2022).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 3/2024, de 10 de enero (Rec. 6636/2021).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 558/2023, de 6 de julio (Rec. 10673/2022).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 339/2023, de 10 de mayo (Rec. 2606/2021).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 226/2021 de 11 marzo (Rec. 2283/2019).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 579/2019, de 26 de noviembre (Rec. 2104/2018).

## NORMATIVA

### Normativa internacional

- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, formuladas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, hecha en Brasilia entre el 4 y 6 de marzo de 2008.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.
- Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre del año 2000 (2000/C 364/01).
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 (Resolución 40/34).
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

### Normativa nacional

- Constitución española.
- Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal.

## I. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD...

- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

### Normativa autonómica

- Decreto 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el servicio y se regula la figura del personal experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las sedes judiciales de la Comunidad de Madrid.



## II.

DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA  
DE NIÑOS CON DISCAPACIDAD, CON  
ESPECIAL ATENCIÓN A NIÑOS CON  
TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA  
(TEA): ESCOLARIZACIÓN, MEDIDAS DE  
APOYO Y PROCESOS DE EXCLUSIÓN  
EDUCATIVA



## II.

### *Derecho a la educación inclusiva de niños con discapacidad, con especial atención a niños con trastorno del espectro autista (TEA): escolarización, medidas de apoyo y procesos de exclusión educativa*

CAROLINA ALBUERNE GONZÁLEZ  
BLANCA ARLABÁN GABEIRAS  
NOEMÍ BLÁZQUEZ ALONSO  
JÚLIA FIGUERAS DÍAZ  
JOSÉ ALBERTO NAVARRO MANICH

**Resumen:** *El derecho a la educación inclusiva de niños con discapacidad, con especial atención a aquellos que presentan trastorno del espectro autista (TEA), constituye una materia de particular sensibilidad jurídica, dado que afecta a un colectivo que presenta una doble vulnerabilidad: la derivada de su condición de menores de edad y la inherente a su situación de discapacidad. Este derecho encuentra amparo constitucional y establece como principio rector la escolarización de los niños con discapacidad en centros de educación ordinaria, provistos de los apoyos educativos que resulten necesarios. Excepcionalmente, la escolarización en centros de educación especial únicamente procederá cuando se acredite que los medios y apoyos requeridos en un centro ordinario resultarían irrazonables o desproporcionados. El presente capítulo examina esta problemática e identifica tres categorías principales de controversias jurídicas: la impugnación de resoluciones administrativas que disponen la escolarización en centros de educación especial en lugar de centros ordinarios con apoyos educativos; la reclamación*

*de medidas específicas de apoyo educativo (tales como la contratación de profesorado especializado y de acompañantes permanentes para alumnos con necesidades particulares, entre otras); y los procesos de exclusión educativa (ejemplificados en la imposición de tratamientos farmacológicos o la retirada de apoyos visuales a alumnos con TEA, que derivan en la exclusión del menor del centro educativo). A tal efecto, se analizan diversas resoluciones judiciales que se pronuncian mayoritariamente a favor de la provisión de apoyos educativos cuya necesidad ha sido debidamente acreditada, y en contra de la escolarización en centros especiales cuando la Administración no ha justificado adecuadamente las razones por las cuales los apoyos requeridos resultarían irrazonables o desproporcionados.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo analiza los contornos y las problemáticas del derecho a la educación inclusiva de menores con discapacidad dedicando especial atención a menores con diagnóstico de trastorno del espectro autista (TEA). Se trata de una materia de especial sensibilidad jurídica, en tanto que afecta a un colectivo en situación de particular vulnerabilidad por concurrir simultáneamente la condición de menor de edad y la circunstancia de discapacidad. Dicha discapacidad, en las controversias jurídicas objeto de estudio, constituye una barrera que impide a estos menores acceder a la educación y desarrollar un proceso educativo en condiciones de igualdad con el resto del alumnado. Debido a su discapacidad, estos menores requieren apoyos educativos adicionales y específicos para alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales. Las resoluciones judiciales analizadas abordan supuestos en los que la Administración educativa competente ha denegado los apoyos educativos solicitados por las familias de alumnos con discapacidad. Cabe destacar que en la jurisprudencia examinada existe una prevalencia de casos relativos a menores con TEA —si bien, como se analizará, concurren casos de menores con otras discapacidades—.

El colectivo de menores con TEA, debido a las singulares y heterogéneas circunstancias de su situación y su evolución, se encuentra especialmente expuesto a problemáticas relacionadas con la inclusión educativa en el sistema educativo ordinario. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), el TEA es una condición de origen neurobiológico que afecta a la configuración del sistema nervioso y al funcionamiento cerebral, y se caracteriza por alteraciones persistentes en la comunicación y la interacción sociales en múltiples contextos, junto con patrones restrictivos y repetitivos de comportamiento, intereses o actividades. El término espectro pone de manifiesto la complejidad de esa materia, dado que conlleva una amplia diversidad de manifestaciones clínicas, que abarca desde personas con necesidades de apoyo muy reducidas hasta

quienes precisan apoyos intensivos en múltiples áreas. Las personas con TEA pueden presentar, en distintos grados, dificultades para comprender el lenguaje verbal y no verbal, para comunicarse eficazmente y para interpretar de forma adecuada las interacciones sociales, que a menudo requieren manejar códigos complejos. También pueden presentar un patrón rígido de pensamientos, intereses limitados y restringidos y conductas repetitivas o relacionadas con un procesamiento sensorial inusual. Todas estas manifestaciones, si no son abordadas debidamente, pueden dificultar gravemente su desarrollo personal y su educación. En el caso específico del TEA, la evidencia indica que, cuando los menores con autismo reciben intervención intensiva temprana, experimentan mejoras significativas en sus resultados a corto y largo plazo. El abordaje mediante atención temprana incide de manera significativa en la calidad de vida de la persona, mejora sus niveles de autonomía personal y genera, consecuentemente, un ahorro de costes en su atención tanto a corto como a largo plazo.<sup>1</sup>

Dada la amplitud de manifestaciones clínicas que puede tener el TEA, es imposible aplicar una única solución jurídica a su situación, lo que añade mayor dificultad a esta cuestión. Esto se pone de manifiesto en los casos analizados, en los que se aprecian diferencias fácticas notables, referentes al grado de discapacidad del alumno, su evolución, las necesidades educativas que tiene y los apoyos que requiere, así como los medios educativos puestos a disposición por las Administraciones. Estos elementos distintivos de la situación de cada alumno son esenciales para la solución jurídica que deba plantearse en cada caso y para la respuesta a las pretensiones formuladas relativas al derecho a la educación inclusiva. Por consiguiente, las peculiaridades de cada caso constituyen un factor determinante y deben ser observadas con atención.

Pues bien, en esta materia, nuestro ordenamiento jurídico consagra, como un derecho constitucional fundamental, el derecho a una educación «inclusiva» de los niños con discapacidad, derecho que resulta claramente aplicable a los niños con TEA. Este derecho ha sido recogido en nuestra legislación como un mandato de puesta de medios dirigido a las Administraciones públicas competentes en materia de educación. Estas Administraciones deben garantizar los recursos necesarios para los alumnos con necesidades educativas especiales, para que estos puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capaci-

---

1 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 Plan de Acción Estrategia Española en trastorno del espectro del autismo 2023-2027 de 5 julio de 2023, p. 12.

dades personales. Debe facilitarse su formación efectiva, dentro del sistema general de educación, con los ajustes razonables en función de sus necesidades individuales. Asimismo, se establece como principio general la escolarización de los niños con discapacidades en centros de educación ordinaria, con esos apoyos que puedan requerir. Como excepción a lo anterior, los alumnos podrán ser escolarizados por la Administración en centros de educación especial solo cuando se acredite que los medios y apoyos que necesitaría el alumno en un centro ordinario fueran irrazonables o desproporcionados.

Es importante destacar que el derecho a la educación inclusiva se aplica tanto al acceso como a la permanencia en el sistema educativo. Por tanto, no es un derecho que se agote en el momento inicial de acceso a un sistema educativo ordinario con los apoyos necesarios, sino que debe seguirse la evolución del alumno para que se haga efectivo este derecho en las diferentes etapas educativas, según las necesidades que se identifiquen en cada momento.

El derecho a la educación inclusiva tiene amparo constitucional fundamentado en el derecho a la educación (art. 27 de la Constitución española — «CE»—), la prohibición de discriminación (art. 14 CE), el mandato constitucional a los poderes públicos de realizar una política de integración de las personas con discapacidad (art. 49 CE) y el mandato de procurar que la igualdad sea efectiva y de remover los obstáculos que impidan la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE). Pero no solo eso, el derecho a la educación inclusiva de niños con discapacidad, incluido el TEA, está protegido por varios instrumentos internacionales aplicables en nuestro ordenamiento, entre los que destaca especialmente la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad («CDPD»), que establece el derecho a una educación inclusiva de calidad en igualdad de condiciones, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce la igualdad de oportunidades y la no discriminación por motivo de la discapacidad (art. 26). Según la CDPD, la denegación de los «ajustes razonables» que pueda requerir una persona con discapacidad puede constituir un incumplimiento de la obligación de no discriminar en el contexto de la discapacidad.

Esta materia merece una atención especial teniendo en cuenta que, según datos públicos del Centers for Disease Control and Prevention (CDC, 2023)<sup>2</sup>,

---

2 Centers for Disease Control and Prevention (CDC) (2023, 23 de marzo): *Prevalence and Characteristics of Autism Spectrum Disorder Among Children Aged 8 Years — Autism and Developmental Disabilities Monitoring Network, 11 Sites, United States, 2020. Morbidity and Mortality Weekly Report (MMWR)*, 72(2), 1–10. El Centers for Disease Control and Prevention (CDC) es

en torno a uno de cada 31 niños de 8 años de edad es actualmente diagnosticado con TEA. Si bien estos datos se refieren al contexto norteamericano, reflejan la magnitud de un fenómeno cuya incidencia va en aumento en todo el mundo, incluido el entorno europeo y español. Aunque no existen cifras exactas equivalentes en España, estimaciones europeas sugieren una prevalencia de 1 % al 1,5 % de la población infantil de alumnos con esta condición.

A pesar de su relevancia, y de la protección que nuestro ordenamiento jurídico otorga al derecho a la educación inclusiva, se detectan frecuentes y recurrentes controversias en lo referente a la posible lesión del derecho a la educación inclusiva, siendo muchos de ellos relativos a niños con TEA. En el presente trabajo se analizan algunas de las resoluciones judiciales que resuelven este tipo de disputas entre padres de alumnos con discapacidad y la Administración educativa competente. Como luego se detallará, los pronunciamientos judiciales más frecuentes se centran en tres áreas: la escolarización del alumno en centro ordinario con apoyos educativos vs. escolarización en un centro de educación especial, la provisión de medidas de apoyo educativo específicas y la existencia de procesos de exclusión educativa. En muchos casos, las sentencias judiciales reflejan una tensión entre las aspiraciones de los padres por una inclusión plena y la percepción administrativa de la inviabilidad de ciertos apoyos. Por ejemplo, los tribunales han confirmado en ocasiones la escolarización en centros especiales cuando los apoyos no fueron considerados suficientes o viables, mientras que en otros casos han reconocido la vulneración del derecho a la educación inclusiva al denegar medidas esenciales, como acompañamiento individual o recursos especializados para alumnos con TEA.

Del análisis de estas resoluciones judiciales se concluye el carácter sensible y especialmente complejo de las problemáticas planteadas que requieren de una aproximación prudente, y hacen patente la necesidad de prestar especial atención a las peculiaridades y circunstancias del caso concreto. Puede adelantarse, en todo caso, que las sentencias analizadas se decantan, de forma mayoritaria, a favor de la provisión de los apoyos educativos cuya necesidad ha sido acreditada, así como en contra de la decisión de escolarización en centros de educación especial cuando no se ha justificado ni exteriorizado por la Administración cuáles serían los apoyos que serían necesarios en un centro

---

la principal agencia federal de salud pública de los Estados Unidos. A través de su Autism and Developmental Disabilities Monitoring Network (ADDM), recopila y analiza de forma periódica la prevalencia del TEA en niños de 8 años, una edad clave en la detección de este trastorno. Los informes del CDC constituyen una de las fuentes epidemiológicas más completas y citadas a nivel internacional. Disponible en <https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/72/ss/ss7202a1.htm>

ordinario y por qué estos serían irrazonables o desproporcionados (considerándose insuficiente la explicación de las dificultades del alumno con discapacidad en el centro ordinario, o la explicación de que recibiría un tratamiento más adecuado en un centro de educación especial). Como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Administración debe cumplir con una doble carga: de puesta de medios y de explicar por qué los apoyos que requiere un alumno no pueden ser prestados con medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

A continuación se procede a analizar el marco jurídico aplicable al derecho a la educación inclusiva, para a continuación exponer los elementos más destacables de las resoluciones judiciales analizadas.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

### 2.1. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA («CE»)

A los efectos del presente trabajo, interesa partir de las previsiones constitucionales aplicables al derecho a la educación de los niños con discapacidad. Se trata del artículo 27 CE, que reconoce el derecho fundamental a la educación; el artículo 14 CE, que prohíbe la discriminación; el artículo 49 CE, que, sin reconocer derechos fundamentales, ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de las personas con discapacidad; y el artículo 9.2 CE, que contiene el mandato constitucional de procurar que la igualdad sea efectiva y de remover los obstáculos que impidan la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

El artículo 27 CE reconoce el derecho fundamental a la educación:

- «1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.*
- 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.*
- 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*
- 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.*
- 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.*
- 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.*

7. *Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.*

8. *Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.*

9. *Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.*

10. *Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca».*

El artículo 14 CE prohíbe «discriminación alguna» por «cualquier circunstancia o condición personal», estableciendo la base constitucional para la no discriminación por razón de discapacidad en el ámbito educativo<sup>3</sup>:

*«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».*

El art. 49 CE constituye un elemento interpretativo relevante para el derecho a la educación de los niños con discapacidades y la prohibición de su discriminación, en atención al mandato que establece para los poderes públicos de promover y defender los derechos de las personas con discapacidad:

*«1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.*

*2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad».*

Finalmente, el artículo 9.2 CE establece otro mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos para una plena igualdad, que resulta especialmente aplicable en el presente caso relativo al derecho a la educación de niños con discapacidad:

---

3 La sentencia del Tribunal Constitucional n.º 269/1994, de 3 de octubre, declara que «la discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos» y que «la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación».

*«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».*

## **2.2. LEY ORGÁNICA 8/1985, DE 3 DE JULIO, REGULADORA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN («LO 8/1985»)**

El artículo 1.1 de la LO 8/1985 establece lo siguiente:

*«Todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de educación general básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la ley establezca».*

Este precepto supone una concreción del artículo 27.2 CE y consagra que el objetivo del derecho a la educación es el desarrollo de la personalidad del alumno y la realización de una actividad útil para la sociedad. Este constituye un parámetro interpretativo relevante en relación con el derecho a la educación de personas con discapacidad, donde debe promoverse que el acceso a la educación permita el desarrollo de la personalidad de la persona discapacitada y que le pueda permitir (cuando ello sea posible) el desarrollo de una aportación provechosa para la sociedad.

El artículo 6.3.e) de la LO 8/1985 establece que todos los alumnos tienen derecho a «una educación inclusiva y de calidad». Por consiguiente, la educación inclusiva se establece como un derecho de los niños con discapacidad.

## **2.3. LEY ORGÁNICA 2/2006, DE 3 DE MAYO, DE EDUCACIÓN («LO 2/2006»)**

La LO 2/2006 concreta los principios y obligaciones referentes a la educación inclusiva de los niños con discapacidad:

- **Principio general. Disposición de medios necesarios para que el alumnado alcance el máximo desarrollo personal:**

*Así lo establece el artículo 71.1 de la LO 2/2006: «Las Administraciones educativas dispondrán los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general en la presente Ley».*

- **Mandato específico para las Administraciones públicas de puesta de medios y dotación de apoyo para los alumnos con necesidades especiales:**

El artículo 71.2 de la LO 2/2006 concreta el anterior mandato para los alumnos con necesidades especiales: *«Corresponde a las Administraciones educativas asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por retraso madurativo, por trastornos del desarrollo del lenguaje y la comunicación, por trastornos de atención o de aprendizaje, por desconocimiento grave de la lengua de aprendizaje, por encontrarse en situación de vulnerabilidad socioeducativa, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado».*

Por consiguiente, la LO 2/2006 establece un mandato para las Administraciones de puesta medios para los alumnos con necesidades especiales, a fin de que puedan alcanzar el máximo desarrollo posibles de sus capacidades personales, intelectuales, emocionales y sociales.

El artículo 73.2 de la LO 2/2006 especifica la obligación de las Administraciones de dotar del apoyo necesario a los alumnos con necesidades especiales: *«El sistema educativo dispondrá de los recursos necesarios para la detección precoz de los alumnos con necesidades educativas especiales, temporales o permanentes, y para que puedan alcanzar los objetivos establecidos con carácter general para todos los alumnos. A tal efecto, las Administraciones educativas dotarán a estos alumnos del apoyo preciso desde el momento de su escolarización o de la detección de su necesidad».*

Para la consecución de esa regla general, la normativa ordena a las Administraciones que procuren apoyos y atenciones educativas específicas, personalizadas y efectivas para estos alumnos con necesidades educativas especiales. De esta manera, las Administraciones deben prestarles el apoyo que sea necesario dentro del sistema general de educación para facilitar su formación efectiva, hacerles ajustes razonables en función de sus necesidades individuales, y crearles un entorno que fomente al máximo el desarrollo académico y social, para lograr el objetivo de la plena inclusión.

- **Concepto de alumno con necesidades especiales:**

El artículo 73.1 de la LO 2/2006 incluye la definición de alumno con necesidades especiales, consistente en la existencia de barreras que limitan su acceso y proceso educativo (derivadas de discapacidades o trastornos) y la necesidad de apoyos y atenciones educativas específicas: *«Se entiende por alumnado que presenta necesidades educativas especiales, aquel que*

*afronta barreras que limitan su acceso, presencia, participación o aprendizaje, derivadas de discapacidad o de trastornos graves de conducta, de la comunicación y del lenguaje, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, y que requiere determinados apoyos y atenciones educativas específicas para la consecución de los objetivos de aprendizaje adecuados a su desarrollo».*

- **Principios de normalización e inclusión. Carácter excepcional de la escolarización en centros de educación especial (solo cuando las necesidades del alumno no puedan ser atendidas en centros ordinarios):**

Como principio general, la educación debe ser inclusiva, es decir, se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. Los principios de normalización e inclusión se aplican tanto para el acceso como en la permanencia en el sistema educativo.

El artículo 71.3 de la LO 2/2006 establece como principio la normalización e inclusión de los estudiantes con necesidades especiales: *«Las Administraciones educativas establecerán los procedimientos y recursos precisos para identificar tempranamente las necesidades educativas específicas de los alumnos y alumnas a las que se refiere el apartado anterior. La atención integral al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo se iniciará desde el mismo momento en que dicha necesidad sea identificada y se regirá por los principios de normalización e inclusión».*

Estos mismos principios se refuerzan y concretan en el artículo 74.1 de la LO 2/2006: *«La escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas, cuando se considere necesario. La escolarización de este alumnado en unidades o centros de educación especial, que podrá extenderse hasta los veintiún años, sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios».*

La Administración educativa debe tender, por tanto, a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y, tan solo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial. Por tanto, las modificaciones y adaptaciones que se prevén para estos alumnos para procurar su integración en centros or-

dinarios deben ser las necesarias y adecuadas, y no pueden suponer una carga desproporcionada o indebida.

En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, en los términos que hemos expuesto anteriormente, dicha Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir, por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario. Estando detrás de la motivación de la resolución impugnada el derecho a la educación de un menor discapacitado, el Tribunal Constitucional viene exigiendo un plus de motivación que hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo en la motivación y ponderación de las circunstancias de cada caso concreto. Esto es, cuando la Constitución ha incluido como derecho fundamental el derecho a la educación, su contenido no puede ser desvirtuado sin que se expliciten expresamente las detalladas y relevantes razones que llevan a esta decisión, sin que sea suficiente la simple alegación de las dificultades de hacer efectivo dicho derecho social.

- **Resolución de discrepancias sobre necesidades educativas:**

En el proceso de determinación de las necesidades educativas se informará y oír a padres o tutores legales del alumno. Las posibles discrepancias se resolverán teniendo en cuenta el interés superior del menor y la voluntad de las familias que muestren preferencia por el régimen más inclusivo.

El artículo 74.2 de la LO 2/2006 establece que *«La identificación y valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realizará, lo más tempranamente posible, por profesionales especialistas y en los términos que determinen las Administraciones educativas. En este proceso serán preceptivamente oídos e informados los padres, madres o tutores legales del alumnado. Las Administraciones educativas regularán los procedimientos que permitan resolver las discrepancias que puedan surgir, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo»*.

- **Evolución y seguimiento:**

Las necesidades educativas deben identificarse y valorarse lo más tempranamente posible por personal cualificado y en los términos que determinen las Administraciones educativas. A estos efectos, la evaluación consistirá en valoraciones al inicio y al final del curso, considerándose en estas la consecución de los objetivos propuestos en la valoración inicial.

El objetivo de la evaluación es permitir la orientación adecuada, modificar el plan de actuación y la modalidad de escolarización y favorecer, «*siempre que sea posible*», una mayor integración, que es —como se ha dicho— el principio general.

El artículo 74.3 de la LO 2/2006 dispone que «*Al finalizar cada curso se evaluará el grado de consecución de los objetivos establecidos de manera individual para cada alumno. Dicha evaluación permitirá proporcionar la orientación adecuada y modificar la atención educativa prevista, así como el régimen de escolarización, que tenderá a lograr la continuidad, la progresión o la permanencia del alumnado en el más inclusivo*».

#### **2.4. CARTA EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS Y CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD («CDPD»)**

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea trata, en su artículo 26, sobre la integración de las personas discapacitadas, y establece expresamente que «*La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad*». Aunque no se menciona expresamente el ámbito educativo, es evidente que el reconocimiento de la necesidad de implementar medidas de integración social y profesional debe cubrir necesariamente las medidas tendentes a conseguir una educación inclusiva, al ser esta una dimensión esencial de ese mandato de integración.

Por su parte, la CDPD de 13 de diciembre de 2006, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por el Reino de España mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE el 21 de abril de 2008, tiene como principio esencial «*la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso*» (preámbulo).

En el artículo 2 de la CDPD se prohíben todas las formas de discriminación de las personas con discapacidad, entre ellas «*la denegación de ajustes razonables*», entendiendo por estos «*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*». Debe señalarse que el Comité de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad señala que «*los ajustes razonables son una parte intrínseca de la obligación, de cumplimiento inmediato, de no discriminar en el contexto de la discapacidad*».

El artículo 24.1 de la CDPD reconoce el derecho a la educación a las personas discapacitadas y declara que para «*hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles*», debiendo garantizar dichas partes, según el art. 24.2, entre otras medidas, que «*las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación...*»; «*se hagan los ajustes razonables en función de las necesidades individuales*»; «*se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva*»; y «*se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión*» (letras a, c, d y e, respectivamente).

### 3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

#### 3.1. PLANTEAMIENTO

El derecho a la educación inclusiva de niños con discapacidad, y muy especialmente con TEA, ha sido objeto de numerosas sentencias que resuelven controversias entre los padres de los niños y la correspondiente Administración autonómica (competente en materia de educación). Estas sentencias abordan casos con notables diferencias fácticas. En efecto, los supuestos analizados responden a realidades heterogéneas, tanto en lo referente a las circunstancias y necesidades educativas de los niños con discapacidad como a los medios disponibles por parte de las Administraciones competentes. Por ello, la resolución de cada caso requiere de un análisis detallado de los hechos y de las razones técnicas que puedan haber motivado la decisión de la Administración en cada caso, lo que dificulta la aplicación de automatismos y apriorismos.

Sin perjuicio de lo anterior, las sentencias analizadas pueden clasificarse en tres grupos, según las pretensiones ejercidas por los padres de los alumnos:

- (i) Impugnación de la resolución administrativa de escolarización del alumno en un centro de educación especial.

En estos casos, los padres se oponen a la resolución administrativa de escolarización en centro de educación especial y solicitan la escolarización del alumno en un centro de educación ordinaria con apoyos docentes para garantizar la inclusión educativa.

- (ii) Reclamación de medidas de apoyo al alumno para hacer efectivo su derecho a la educación inclusiva.

El debate no se plantea en el marco de la decisión del tipo de centro en el que se debe escolarizar el alumno. El alumno está escolarizado en un

centro ordinario, pero los padres de los alumnos reclaman a la Administración la puesta de medios adecuados en el centro de educación ordinaria para hacer efectivo el derecho a la educación inclusiva, y estas medidas son denegadas por la Administración educativa. Estos medios se refieren, por ejemplo, a la contratación de profesores o acompañantes para el alumno, a la ratio de alumnos/profesor, a reunir en una misma aula menores de diferente edad, a personal con experiencia y al material necesario. Los padres consideran que sin esas medidas de apoyo educativo no se hace efectivo (y, por tanto, se lesiona) el derecho a una educación inclusiva.

(iii) Reclamación frente a procesos de exclusión educativa.

En estos casos se alega una lesión al derecho a la educación del alumno con una discapacidad, por habersele excluido del centro educativo o del proceso educativo. Estas situaciones suelen conllevar la reclamación de una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados al alumno con discapacidad (y en su caso a la familia) por acciones o decisiones que comportaron la exclusión educativa del niño. Ejemplos de acciones de exclusión educativa analizados en la jurisprudencia incluyen la retirada de apoyos visuales esenciales, como pictogramas, que resultan imprescindibles para que al menor con TEA le resulten previsible las tareas; la exigencia de un tratamiento farmacológico específico al alumno como condición para permitirle asistir al centro educativo; cambios desestabilizadores en el programa educativo sin transición adecuada; y la desestructuración del espacio educativo mediante sobrecarga sensorial o abandono de sistemas aumentativos y alternativos de comunicación.

Estas controversias se plantean ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, ya sea a través de la impugnación de actos administrativos (resolución de escolarización, en el primer caso), inactividades de la Administración (reclamación de puesta de medios, en el segundo caso) o la reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración (petición de una indemnización por los daños causados por acciones de exclusión educativa, en el tercer caso). Estos procesos suelen tramitarse por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales por vulneración de los derechos a la educación (art. 27 CE) y a la no discriminación (art. 14 CE). En primera instancia, suelen conocer de los recursos los juzgados de lo contencioso-administrativo, siendo habitual que la controversia acabe resolviéndose en apelación por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. En todo caso, es destacable que han fijado jurisprudencia relevante en estas materias el Tribunal Constitucional (en re-

solución de recursos de amparo) y el Tribunal Supremo (en resolución de recursos de casación).

A continuación, se explican con mayor detalle las principales resoluciones judiciales analizadas en relación con el derecho a la educación inclusiva de los niños con discapacidad.

### **3.2. IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE ESCOLARIZACIÓN DEL ALUMNO CON DISCAPACIDAD EN UN CENTRO DE EDUCACIÓN ESPECIAL**

Estas resoluciones judiciales resuelven la impugnación de la decisión administrativa de escolarizar a alumnos con discapacidad en centros de educación especial, a través de un recurso interpuesto por sus padres. En la mayoría de los casos, el niño había sido inicialmente escolarizado en un centro de educación ordinaria y, posteriormente, la Administración aprueba un cambio de escolarización a un centro de educación especial, a la vista de las dificultades presentadas en el caso. Estas dificultades varían en cada supuesto y se refieren, a título de ejemplo, al proceso de aprendizaje del alumno con TEA, trastornos del lenguaje, discapacidades psíquicas o cognitivas, trastornos de conducta, retrasos madurativos y trastorno de déficit de atención con hiperactividad.

A efectos de delimitar el perímetro de discusión, debe destacarse que estas resoluciones judiciales<sup>4</sup> rechazan que la escolarización en centros de educación especial pueda suponer la vulneración de alguno de los siguientes derechos fundamentales:

- Derecho a la integridad moral del menor y de su dignidad personal (arts. 15 y 10.1 CE). La escolarización en un centro de educación especial no constituye un trato degradante, con independencia del acierto o desacierto de la resolución adoptada. Se trata de una resolución dictada por el órgano legalmente competente para ello, en el marco de un procedimiento destinado a evaluar las necesidades educativas del alumno, en el que intervienen profesionales cualificados y los propios padres o tutores legales del menor.
- Derecho de los padres a elegir centro docente (art. 27.3 CE). Este derecho no incluye el derecho de los padres a escolarizar a su hijo en un centro de educación ordinaria, en lugar de en un centro de educación especial. Esta decisión está condicionada a la acreditación por las autoridades competentes de las necesidades educativas específicas del menor.

---

4 Por todas, puede citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 10/2014, de 27 de enero (Rec. de amparo 6868/2012).

Las resoluciones judiciales centran su análisis en si la decisión de escolarizar en un centro de educación especial puede haber lesionado el derecho fundamental a la educación del alumno con una discapacidad (art. 27 CE) junto con la prohibición de discriminación por cualquier circunstancia o condición personal (art. 14 CE). Estos derechos fundamentales, en el caso de los alumnos con discapacidad, se ven reforzados en su interpretación por los mandatos constitucionales a los poderes públicos de realizar una política de integración de los discapacitados (art. 49 CE) y de remover los obstáculos a una plena igualdad (art. 9.2 CE).

Sentado lo anterior, la jurisprudencia fijada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo<sup>5</sup> para determinar si se ha producido una lesión de los citados derechos fundamentales parte de los siguientes tres presupuestos:

- Los alumnos con discapacidad (y concretamente con TEA) se encuentran en una posición de desigualdad que les hace acreedores de una respuesta administrativa adecuada a sus necesidades, y son personas amparadas por exigencias cualificadas desde el punto de vista constitucional (arts. 27, 49 y 9.2 CE).
- Las Administraciones públicas tienen un doble mandato en relación con los alumnos con discapacidad: (a) deber de puesta de medios (personal cualificado, instalaciones de inclusión adecuadas y una programación que acredite qué necesidades educativas específicas precisan esos alumnos) y, (b) deber de motivación relativa a por qué los apoyos que necesita un alumno con discapacidad no pueden ser prestados en centros de educación ordinaria.
- El principio general que debe regir este tipo de situaciones es la educación inclusiva, esto es, tratar de primar la escolarización en un centro ordinario con los apoyos necesarios. Solo cuando los ajustes necesarios para la inclusión sean desproporcionados o no razonables podrá acordarse la escolarización en un centro de educación especial. Por tanto, la decisión de escolarizar al alumno con discapacidad en un centro de educación especial debe justificarse adecuadamente sobre la base de las peculiaridades de cada caso y, en concreto, debe fundamentar por qué supondría una carga desproporcionada para la Administración la escolarización en un centro ordinario con los apoyos necesarios.

---

5 Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 10/2014, de 27 de enero (Rec. de amparo 6868/2012) y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) n.º 1976/2017, de 14 de diciembre (Rec. 2965/2016; ECLI:ES:TS:2017:4521).

Partiendo de lo anterior, la *ratio decidendi* de las sentencias analizadas suele centrarse en revisar la motivación de la decisión de escolarizar en un centro de educación especial. Puede adelantarse que el parámetro de validez de la decisión impugnada consiste en si la Administración ha exteriorizado los siguientes dos elementos: (i) cuáles deberían ser los apoyos y medios que serían necesarios en cada caso para una educación inclusiva en un centro ordinario, y (ii) por qué razón esos apoyos requeridos supondrían una carga desproporcionada para la Administración. Este estándar ha sido claramente establecido por el Tribunal Supremo, que exige que, para que la decisión de escolarizar en un centro de educación especial sea conforme a la Constitución, los informes en los que se apoye la Administración educativa deben justificar ese trato diferenciado atendiendo a las peculiaridades de cada caso, deben razonar por qué supone una carga desproporcionada para la administración la escolarización en un centro ordinario con los apoyos precisos; en definitiva: por qué se opta por lo excepcional —escolarización en centros de educación especial— frente a lo ordinario.

Con carácter general, no se considera suficiente para motivar la decisión la explicación, aunque técnicamente sea detallada, de las dificultades que presenta el alumno con discapacidad en el centro ordinario (incluso en supuestos donde el alumno tenga episodios agresivos con profesores y otros compañeros). Las sentencias no suelen entrar en el fondo de la cuestión, esto es, si la decisión acertada es la escolarización en un centro ordinario o en un centro de educación especial, sino que valoran únicamente si la Administración ha cumplido con el deber de motivar que los medios para escolarizar en un centro ordinario serían una carga desproporcionada o irrazonable.

Partiendo de lo anterior, se relacionan a continuación sentencias que han abordado, en diferentes instancias, la problemática de la escolarización de niños con discapacidad en colegios de educación especial:

- (i) **Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 10/2014, de 27 de enero** (Rec. de amparo 6868/2012):

Los padres del niño impugnan la decisión de la Junta de Castilla y León de escolarización en un centro público de educación especial. Según se indica en la sentencia, el niño padece un «*trastorno grave del espectro autista*», una «*discapacidad psíquica grave*», «*un retraso grave del lenguaje*» y «*un trastorno de déficit de atención con hiperactividad*», y tuvo un historial educativo complejo con escolarizaciones en tres centros ordinarios diferentes.

Los informes técnicos concluyeron que el niño requería de una atención individualizada y constante de un profesor en un pequeño grupo (má-

ximo cuatro alumnos) y, por ello, la Administración acordó la escolarización en un centro de educación especial.

El Tribunal Constitucional concluye que en este caso no se ha vulnerado el derecho a la educación (art. 27 CE) y a la no discriminación (art. 14 CE) del niño, por falta de motivación de la decisión de escolarización en un centro de educación especial. Considera que la decisión no es irrazonable o discriminatoria, puesto que del expediente educativo en su conjunto se puede deducir la debida justificación de la decisión atendiendo a las especiales necesidades educativas del alumno. Se considera que la decisión es coherente con la finalidad principal pretendida consistente en que el niño satisfaga adecuadamente sus necesidades educativas especiales. El Tribunal Constitucional declara que se ha superado el juicio de proporcionalidad exigido cuando la actuación cuestionada de los poderes públicos afecta a derechos fundamentales. Concluye que se ha acreditado por la Administración educativa que la escolarización en el centro de educación especial es acorde al interés superior del menor.

A la vista de lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que *«no es necesario proceder a una ponderación acerca de si los ajustes que precisa pueden ser o no prestados en un centro de educación ordinario, pues dicha decisión de escolarización lleva implícito, en atención a la grave discapacidad del alumno y a la atención individualizada que requiere, que sus singulares necesidades educativas estén mejor atendidas en un centro de educación especial más que en el marco de la educación general de los centros ordinarios»*.

Esta última conclusión del Tribunal Constitucional es criticada en un voto particular emitido por el magistrado D. Luis Ignacio Ortega Álvarez, al que se adhiere el magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos. En el voto particular se echa en falta un análisis *«sobre el coste o la oportunidad de que la Administración lleve a cabo los ajustes necesarios para que el menor, con los apoyos oportunos, pudiera integrarse en un centro de educación ordinario, como reiteradamente han solicitado los padres desde el principio»*. El voto particular considera exigible un análisis expreso que explique por qué los apoyos que precisa el niño no pueden ser prestados en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios. Y, por ello, considera que la opción de escolarización en un centro ordinario con los apoyos necesarios para la inclusión de alumnos con necesidades especiales ha sido ignorada por la Administración en este caso. Por ello, el voto particular concluye que se ha incumplido con el deber de motivación, puesto que no se ha explicitado por qué los apoyos necesarios no son razonables o suponen una carga desproporcionada o no serían

suficientes para la inclusión del menor. El voto particular declara que «debe exigirse un plus de motivación» teniendo en cuenta que la discapacidad sufrida por el niño le hace titular de una situación especialmente protegida.

A pesar de este pronunciamiento no favorable a las pretensiones de los padres, como se verá en las sentencias posteriores analizadas, la doctrina fijada en esta sentencia del Tribunal Constitucional ha sido posteriormente matizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha establecido criterios más exigentes sobre la motivación requerida para justificar la escolarización en centros de educación especial.

(ii) **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) n.º 1976/2017, de 14 de diciembre (Rec. 2965/2016; ECLI:ES:TS:2017:4521):**

Los padres impugnan la decisión de la Administración de La Rioja de escolarizar al niño en un centro de educación especial. El niño padecía TEA, con un retraso significativo en su desarrollo académico (su nivel de competencia curricular se correspondería con el segundo ciclo de educación infantil, muy por debajo del segundo curso de Educación Primaria que le correspondería por su edad cronológica) y con problemas de comportamiento (conductas desafiantes por su inestabilidad emocional, conductas que pondrían en peligro tanto al propio niño como a los compañeros y docentes). El niño estuvo escolarizado en dos centros ordinarios en modalidad, respectivamente, de «*inclusión con apoyos*» y de «*integración combinada con educación especial en aula TEA*» (en la que recibió apoyo por pedagoga terapéutica). Sin embargo, resultaba difícil su permanencia durante las horas que no tenía un apoyo de la pedagoga terapéutica, y durante el horario lectivo se necesitaba una persona con el niño tanto dentro como fuera del aula.

Los informes técnicos recomiendan la escolarización en un centro de educación especial. Consideran que el niño precisa de la atención por parte de profesorado especialista en el centro de educación especial atendiendo a su nivel de competencia curricular, las atenciones y recursos que necesita (ambiente tranquilo, muy estructurado, rutinario y predecible), sus conductas disruptivas que dificultan su adaptación e integración, así como la limitación de medios con los que cuenta el centro ordinario. Indican que la modalidad de escolarización combinada con educación especial en aula TEA no responde de manera adecuada a sus necesidades educativas. A la vista de estos informes, la Administración concluye que los intentos seguidos para integrarle en las

actividades de su curso han resultado inviables y se acuerda la escolarización en un centro de educación especial.

El Tribunal Supremo anula la decisión de escolarizar al niño en un centro de educación especial y ordena la continuidad de la escolarización en un centro ordinario, confirmando así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja que había sido recurrida por la Administración autonómica<sup>6</sup>. El Tribunal Supremo considera que la resolución administrativa no había cumplido con la obligación de justificar por qué supone una carga desproporcionada para la Administración la escolarización en un centro ordinario con los apoyos precisos. Señala que la Administración no habría explicado si el niño, para mantener la modalidad de integración en un aula ordinaria, precisa una adaptación curricular, una metodología y unos recursos desproporcionados o no razonables; no habría valorado adecuadamente las medidas adoptadas para intentar integrar al alumno en el aula ordinaria; ni habría indicado que no existen otras medidas alternativas para trabajar en la inclusión en el aula ordinaria. El Tribunal Supremo declara que no es suficiente con destacar la dificultad de integración en aula ordinaria, sin examinar la existencia o no de ajustes posibles ante esta situación. En definitiva, el Tribunal Supremo reprocha a la decisión administrativa que no habría explicado por qué las necesidades educativas especiales no podían ser atendidas dentro de las medidas de atención a la diversidad ni por qué sus problemas comportamentales no pueden ser atendidos en este ámbito. La sentencia establece que la Administración debe cumplir con una doble carga: primero, de puesta de medios (personal cualificado, instalaciones de inclusión adecuadas y una programación que acredite qué necesidades educativas específicas precisan esos alumnos) y, segundo, la carga de explicar por qué los apoyos que requiere un alumno no pueden ser prestados con medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

- (iii) **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 19/2018, de 25 de enero (Rec. 230/2016; ECLI:ES:TSJLR:2018:51):**

Los padres del niño impugnan la decisión de la Administración educativa de La Rioja de mantener la escolarización en un centro de educación especial, rechazando su escolarización en centro ordinario.

---

6 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 252/2016, de 21 de julio (Rec. 199/2015; ECLI:ES:TSJLR:2016:399).

El niño presenta una diversidad funcional consistente en déficit cognitivo, psicomotor y del lenguaje. Presenta un retraso generalizado del desarrollo que abarca todas las áreas, siendo especialmente significativo en cuanto al desarrollo del lenguaje y psicomotriz y algo menor en el área socioafectiva. Hay un desfase respecto a su edad cronológica de entre cuatro y cinco años. Tiene reconocida una situación de dependencia en Grado III (Gran Dependencia).

Los informes técnicos indican que el alumno tiene un nivel de competencia curricular del segundo ciclo de Educación Infantil y tiene adaptaciones curriculares significativas en todas las áreas del currículo. Además, el alumno es dependiente para todas las actividades de la vida diaria y en las actividades académicas, por lo que necesita la presencia de una persona adulta durante todas las horas de la jornada escolar. A la vista de lo anterior, la Administración educativa acuerda mantener su escolarización en el centro de educación especial.

El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja estima el recurso de los padres y anula la resolución administrativa de mantenimiento de la escolarización en el centro de educación especial. La sentencia reconoce el derecho del alumno a la escolarización en un centro de educación ordinario. El Tribunal concluye que los informes técnicos cumplen la función de justificar la permanencia del alumno en un centro educativo especial, pero no la de razonar por qué supone una carga desproporcionada para la Administración la escolarización en un centro ordinario con los apoyos precisos para las necesidades que presenta el alumno, lo que es motivo suficiente para anular la resolución administrativa. A lo anterior se añade el hecho de que el alumno nunca ha sido escolarizado en un centro ordinario, lo que obligaría a una mayor motivación. Se tendría que haber valorado cuál habría podido ser la evolución del alumno en un centro ordinario con los apoyos necesarios.

- (iv) **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 1819/2019, de 17 de julio (Rec. 2371/2019; ECLI:ES:TSJAND:2019:11827):**

Los padres de una niña con TEA impugnan la decisión de la Administración andaluza de escolarizarla la menor en el aula de educación especial en un centro ordinario, en lugar de continuar en un aula ordinaria del centro con los apoyos necesarios. La niña padece un determinado grado de TEA, aunque los profesionales sanitarios han evolucionado el diagnóstico hacia un Trastorno Especial del Lenguaje («TEL»).

Los informes técnicos presentan posiciones divergentes: de una parte, los equipos de orientación educativa recomiendan la escolarización en aula de educación especial, mientras que, de otra parte, los informes médicos actualizados indican que el diagnóstico evoluciona hacia un TEL más que un TEA, y que la menor ha mostrado evolución positiva con apoyos en aula ordinaria.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía anula la decisión de la Administración educativa y acuerda la retroacción de las actuaciones al momento anterior a su dictado, a los efectos de que pueda ponderarse, con intervención de los padres y valorando la evolución médica más reciente, las necesidades educativas de la menor. En especial deberá valorarse la aplicación del recurso de apoyo TEL u otros recursos y apoyos en aula ordinaria, antes de acordar la escolarización en un aula de educación especial (se considera especialmente relevante que el centro educativo dispone del recurso de apoyo TEL en aula ordinaria y, de hecho, se le aplicó a un hermano de la menor que padecía similar trastorno, con resultado positivo). El Tribunal considera que la Administración ha incumplido su deber de motivación, al no haberse acreditado que los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables. El Tribunal también valora que los profesionales médicos y la directora que han tratado a la niña apuntan la preferencia porque continúe en un aula ordinaria, basándose en su evolución positiva con los apoyos en aula ordinaria.

(v) **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 10068/2012, de 5 de marzo (Rec. 276/2011; ECLI: ES:TSJCLM:2012:666):**

Los padres impugnan la decisión de escolarizar a su hijo en un centro de educación especial. El niño tenía una discapacidad psíquica ligera, una discapacidad motórica, sensorial y trastornos graves de comunicación o del lenguaje.

Los informes técnicos concluyen que el aula ordinaria no es un lugar adecuado para el alumno, porque los profesores tendrían que estar trabajando con el alumno individualmente todo el tiempo. El alumno está desatendido y solo pueden trabajar con él maestros especialistas en pedagogía terapéutica en el aula de apoyo (pero hay otros alumnos del centro que requieren atención de estos profesionales). La Administración educativa acuerda la escolarización en centro de educación especial.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha anula la resolución de la Administración educativa. Considera que no se ha producido una adaptación de los medios a las capacitaciones del menor, sino que se ha adaptado al menor a los medios existentes. Según el Tribunal, lo anterior contravendría el derecho a la educación inclusiva del menor con los apoyos específicos necesarios para cubrir sus necesidades educativas especiales.

(vi) **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 9 de Barcelona n.º 113/2016, de 25 de abril (Rec. 373/2014):**

Los padres se oponen a la decisión de la Administración catalana de escolarizar a su hijo en un centro de educación especial. El niño ha sido diagnosticado de trastorno por déficit de atención con hiperactividad. Tiene dificultades de atención y concentración, así como para expresar las emociones verbalmente y de manera ajustada. Puede verse fácilmente superado por las situaciones que requieren tolerancia, empatía y autocontrol. Además, el menor requiere de una atención integral desde el punto de vista médico psiquiátrico, terapéutico y socioeducativo.

Los informes técnicos propusieron el traslado de su escolarización desde un centro ordinario a un centro especial, estableciendo una serie de adaptaciones metodológicas específicas: (a) proporcionar un entorno tranquilo, con mínimas distracciones; (b) implementar una educación emocional centrada en la modificación de conducta; (c) aplicar estrategias de carácter educativo y terapéutico; (d) establecer reglas claras y simples, anticipando en todo momento las tareas a realizar y las expectativas sobre el alumno; y (e) garantizar el trabajo coordinado en equipo de todos los profesionales. Con base en estos informes, la Administración educativa acordó la escolarización en un centro de educación especial.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona confirmó la validez de la resolución administrativa de escolarizar al menor en el centro de educación especial. El Juzgado considera que los informes psicopedagógicos avalan que la escolarización en un centro de educación especial se hace atendiendo al bien del menor y buscando el pleno ejercicio de su derecho a la educación. Se tiene por acreditado que no es posible su escolarización en un centro ordinario porque las medidas no son posibles allí donde los grupos son más amplios. En efecto, no es posible una atención tan individualizada y no se dispone de todo el elenco de especialistas que el menor requiere. Se tiene por acreditado

que los medios con los que cuenta el centro ordinario han fracasado para poder atender las necesidades del menor. Es especialmente destacable que la *ratio decidendi* se fundamenta en la aplicación al caso del principio de proporcionalidad, en sentido estricto, declarándose que el bien particular que se derivaría al alumno con necesidades especiales al escolarizarse en un centro ordinario es muy inferior al interés general del resto de alumnos, ya que, tal y como consta en el expediente, el menor ha provocado una serie de situaciones que afectan a la seguridad del resto de los alumnos, al no tener el centro medios suficientes para saber controlar y atajar los comportamientos agresivos del menor.

En conclusión, la decisión de escolarización en un centro de educación especial deberá fundamentarse en la acreditación de que sería irrazonable o desproporcionada la escolarización del menor en un centro ordinario con apoyos, lo que exige un ejercicio de identificación y exteriorización de cuáles serían esos apoyos y qué resultado tendría su aplicación al caso concreto.

### **3.3. RECLAMACIÓN DE MEDIDAS DE APOYO AL ALUMNO CON DISCAPACIDAD PARA HACER EFECTIVO SU DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA**

Este segundo grupo de sentencias analiza el derecho de niños con discapacidad a específicas medidas de apoyo educativo en un centro ordinario, en el marco de la protección constitucional del derecho a la educación (art. 27 CE) y la obligación de las Administraciones de remover obstáculos para garantizar la igualdad efectiva (art. 9.2 CE), junto al deber específico de proteger a las personas con discapacidad (art. 49 CE).

La fundamentación jurídica de estas sentencias está íntimamente ligada con las anteriores. En el primer grupo de sentencias se analizaba la validez de la decisión de la Administración educativa de escolarizar a niños con discapacidad en centros de educación especial, considerándose inválida cuando no se hubiese motivado adecuadamente que los apoyos necesarios para una educación inclusiva en centro ordinario resultaban irrazonables o desproporcionados. En este segundo grupo, el foco se sitúa en esas medidas concretas de apoyo educativo que deben ser prestadas por la Administración, salvo que se acredite que son irrazonables o desproporcionadas.

Nuevamente, la correcta resolución de cada caso dependerá de sus circunstancias concretas referentes a la acreditación de (i) la necesidad de las medidas de apoyo para que el niño pueda ejercer su derecho a la educación y desarrollar adecuadamente su personalidad, y (ii) la razonabilidad y proporcionalidad de dichas medidas.

A continuación, se analizan algunas sentencias que se centran en la reclamación formulada por los padres respecto de medidas educativas de apoyo específicas (principalmente, la necesidad de profesores especialistas y de acompañantes permanentes para el menor).

(i) **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª) n.º 3257/2011, de 9 de mayo (Rec. 603/2010; ECLI:ES:TS:2011:3257):**

Los padres de varios menores diagnosticados con TEA denunciaron la insuficiencia de recursos en el aula de comunicación y lenguaje de un colegio público, creada para ofrecer una modalidad de educación combinada (aula ordinaria y atención específica), pero que carecía de personal formado y materiales adecuados. Las deficiencias identificadas incluían: incumplimiento de la ratio alumnos/profesor, falta de coordinación entre las diferentes autoridades (Consejerías de Educación y de Sanidad), ausencia de programación general, protocolo de tratamiento y seguimiento, agrupación inadecuada de menores de diferente edad en una misma aula y carencia de personal con experiencia y del material necesario.

La Administración educativa rechazó esa reclamación y los padres impugnaron la decisión ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo por vulneración de los derechos fundamentales a la educación y a la igualdad, al no cumplirse la atención especializada que requiere el TEA.

El Tribunal Supremo parte, con carácter general, de la consideración de que no cabe hablar de un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales, salvo que exista previsión al efecto del legislador. No obstante, esta consideración general no es trasladable a los casos singulares de los menores con discapacidad, puesto que dichos menores se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares. No es la suya, por tanto, una situación comparable a la de los ciudadanos frente a los que, en principio, cabe hacer valer límites a sus pretensiones. En este caso, los poderes públicos deben hacer frente a una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la propia del derecho a la educación del artículo 27 CE, reforzada por el principio de protección de los discapacitados que enuncia su artículo 49 y, sobre todo, por el mandato de su artículo 9.2 de remover los obstáculos a una plena igualdad.

Por ello, las Administraciones deben proporcionar a cada alumno el tratamiento adecuado a sus necesidades y circunstancias particulares para

que pueda desarrollar plenamente su personalidad. Esta obligación no se cumple en el caso analizado, donde la situación resulta inadecuada: el aula únicamente satisface los criterios mínimos (tamaño del aula y personal), sin cumplir con los estándares de normalización e inclusión exigidos para este alumnado.

El Tribunal Supremo concluye que la falta de medios específicos y la ausencia de respuestas individualizadas vulneran el derecho a la educación de los niños con TEA, ordenando a la Administración subsanar dichas deficiencias de forma urgente. En concreto señala lo siguiente: *«Y, si no se respeta la ratio, extremo reconocido en el informe del Inspector de Educación, faltan la programación y los protocolos de actuación, rota el personal, no se asegura su cualificación y se reúne a niños que, por sus edades, deberían estar separados, aunque el aula no sea ya pequeña y el personal sea el mínimo exigible, no sólo no se han observado las exigencias legales sino que difícilmente puede decirse que se haya respetado el derecho fundamental a la educación ofreciendo a los niños a los que se refiere el recurso un tratamiento acorde con la situación de desigualdad de partida en que se encuentran»*. La sentencia establece que las previsiones legales son coherentes con los presupuestos constitucionales en tanto se preocupan por asegurar una igualdad efectiva en la educación y exigen a las Administraciones competentes que ofrezcan a cada alumno el tratamiento acorde con sus necesidades para desarrollar su personalidad.

Esta sentencia refuerza la obligación institucional de proporcionar apoyos suficientes para lograr auténtica inclusión, reconociendo que las adaptaciones y la formación específica del personal docente no son meras formalidades, sino condiciones esenciales para la efectiva igualdad de oportunidades.

(ii) **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 361/2018, de 4 de julio** (Rec. 249/2017; ECLI:ES:TSJAR:2018:1145):

En este caso los padres de un alumno con discapacidad (grado de discapacidad reconocido del 36 %, calificado como retraso madurativo de etiología desconocida, un trastorno generalizado de desarrollo) impugnan la decisión de escolarización en un centro de educación especial, con base en la falta de los medios en el centro ordinario, en concreto, la falta de profesorado de la especialidad de audición y lenguaje, y de auxiliar de educación especial.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón concluye que no puede rechazarse la escolarización en el centro ordinario por falta de recursos humanos, atendiendo a la obligación de la Administración de puesta

de medios que no resulten desproporcionados. Pues bien, la sentencia concluye que la contratación de este profesorado especialista en el presente caso no era una medida desproporcionada (tras haber declarado que la Administración no ha motivado que las medidas de apoyo requeridas no puedan ser proporcionadas en el centro ordinario).

(iii) **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 481/2020, de 12 de noviembre** (Rec. 214/2020; ECLI:ES:TSJCV:2020:7503):

El hijo de los recurrentes presenta necesidades educativas especiales con grado 3 de intensidad, la escala más alta en este tipo de condiciones. Por ello requiere de asistencia durante toda la jornada escolar, tanto en el aula como fuera de ella. Aunque la sentencia no especifica el diagnóstico exacto, se trata de un menor que requiere apoyo educativo especializado continuo e intensivo.

Los padres solicitan a la Administración valenciana que provea el apoyo de un educador de educación especial para atender sus necesidades educativas especiales durante toda la jornada escolar, tanto en aula como en el periodo de comedor, tiempos libres y actividades complementarias. Sus necesidades son tan intensas que requieren atención especializada continua durante toda la jornada educativa, no solo en el aula, sino también en todos los espacios y tiempos escolares.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana reconoce el derecho del niño al apoyo de educador de educación especial. No obstante, corresponde a la Conselleria verificar que dicho centro dispone de los medios necesarios y, en caso de no disponer de ellos, proporcionárselos. Esto es así aunque en el momento de ingreso del menor al centro no existiese informe escolar acerca de su situación como alumno con necesidades educativas especiales (que no se recibió hasta unos meses después de su incorporación al centro), ya que sí existía conocimiento por parte de la Conselleria de sus necesidades por otras fuentes, al haber sido comunicada tal situación por su centro anterior.

La sentencia destaca que se había excedido con creces el plazo previsto en el artículo 21.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>7</sup> para resolver, sin que hubiera recaído

---

7 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

resolución para dotar al colegio de la medida de apoyo de educación especial, pese a existir propuesta favorable de la Inspección. El Tribunal considera que no se había atendido la necesidad educativa con la premura que el caso requiere, tanto en atención a las necesidades educativas especiales del alumno como a la funcionalidad general del colegio.

En esta sentencia se evidencia, además, una situación de grave retraso en los plazos de los que dispone la Administración valenciana para emitir los dictámenes preceptivos para la escolarización de alumnos con necesidades educativas especiales, sin que se hubiera atendido la necesidad educativa con la premura que el caso requiere, tanto en atención a las necesidades educativas especiales del alumno como a la funcionalidad general del colegio, que se vio impedida.

Adicionalmente, la sentencia condena a la Administración valenciana a escolarizar al niño en centro ordinario y a proveer el apoyo citado (al centro que es de titularidad del Ayuntamiento de Valencia). La sentencia aclara que, siendo la Conselleria quien debe proveer sobre la escolarización del menor, y si esta se acuerda en un centro que no dispone de los medios necesarios será la Conselleria la que deba proveerlos, sin que se pueda trasladar esta responsabilidad al Ayuntamiento titular del centro.

(iv) **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 2997/2024, de 2 de octubre (Rec. 1205/2024; ECLI:ES:TSJAND:2024:14474):**

Los padres solicitan que se proporcione un profesor de educación especial que atienda al niño de forma continua e individualizada en el aula ordinaria y regule su conducta con las horas necesarias a tal efecto, así como la elaboración de un programa estructurado de atención educativa individualizado para facilitarle la comprensión de las tareas escolares adaptado a sus necesidades. El niño, aunque su capacidad intelectual está dentro de la normalidad, presenta dificultades en el área conductual con dificultades de autorregulación emocional para mantener la atención y concentración necesaria para realizar las tareas, y presenta un retraso en el lenguaje e inmadurez en el desarrollo.

La Administración educativa denegó la solicitud de apoyo educativo para el niño por, entre otras razones, haber optado los padres por un régimen de escolarización más inclusivo que no resulta compatible con la solicitud de asistencia realizada (atención permanente y continua de un profesor dentro del aula ordinaria).

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó el recurso de los padres y declaró el derecho del niño al ajuste razonable consistente en que se le proporcione un profesor de apoyo con la titulación correspondiente para atenderle y regular su conducta en el aula ordinaria de manera continuada e individualizada durante la jornada escolar. Esta medida tiene por finalidad superar las barreras que presenta en su conducta y atención, permitiendo que pueda recibir los apoyos y explicaciones de un profesional cualificado, debiendo elaborarse asimismo un programa estructurado de atención educativa individualizado.

Señala la sentencia que es *«Tan contrario al derecho la educación inclusiva es la negativa injustificada a integrar a un alumno con discapacidad en el sistema de educación general (...), como la inclusión de un alumno con discapacidad sin las medidas de apoyo necesarias (...) o con medidas de apoyo insuficientes (...) el Tribunal de Estrasburgo explicitó que la evolución de las medidas de accesibilidad en un país, "por muy positiva que haya sido", o "la existencia de una legislación a priori para proteger los derechos de las personas con discapacidad", no suponen el automático cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, sino que es necesario verificar si, en un asunto concreto, el Estado ha cumplido con sus obligaciones en la materia»*.

La sentencia considera que esta medida de apoyo educativo es la única que puede conducir a su verdadera inclusión, pues consta que con las medidas hasta ahora adoptadas no existe progresión del menor.

La Administración no ha demostrado que tal medida suponga una carga desproporcionada o indebida, no pudiendo ampararse en su potestad de autoorganización, pues no es una materia en la que quepa la discrecionalidad administrativa cuando están en juego derechos fundamentales de menores con discapacidad. Como señala la sentencia: *«Tan contrario al derecho la educación inclusiva es la negativa injustificada a integrar a un alumno con discapacidad en el sistema de educación general, como la inclusión de un alumno con discapacidad sin las medidas de apoyo necesarias o con medidas de apoyo insuficientes»*.

Se reconoce, por lo tanto, el derecho del menor al ajuste solicitado consistente en disponer de un profesor de apoyo que le atienda y regule su conducta en el aula ordinaria de manera continuada e individualizada durante la jornada, con la finalidad de superar las barreras que presenta en su conducta y de atención, debiendo elaborarse un programa estructurado de atención educativa individualizado para lograr su inclusión.

(vii) **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Guadalajara n.º 301/2022, de 15 de noviembre (Rec. 36/2021):**

En esta sentencia se plantea un supuesto diferente. Los padres impugnan la decisión de la Administración educativa de Castilla-La Mancha de escolarización de su hijo con TEA en un centro público de educación especial, cuando su preferencia era la escolarización en un centro concertado de educación especial que tendría plazas disponibles.

Por consiguiente, en este caso no se discute la procedencia de escolarizar al niño en un centro de educación especial, sino en qué centro de educación especial debería producirse la escolarización.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Guadalajara estima el recurso de los padres, anula la resolución administrativa de escolarización en el centro público de educación especial y acuerda la escolarización en el centro concertado de educación especial, como solicitaban los padres.

La sentencia declara, en primer lugar, que a la Administración educativa le debería de ser absolutamente neutro en qué centro concreto se escolarizara (sin que pueda tener una propensión hacia el de titularidad pública frente al privado concertado). En segundo lugar, que se tiene por acreditado que en el colegio concertado había un número de alumnos (cinco) por debajo de la ratio máxima (seis) establecida por la propia Administración educativa. En tercer lugar, que no hay quejas ni de padres ni de docentes, y los testimonios profesionales indican mejora con la incorporación de un sexto alumno, no deterioro.

Por consiguiente, no se puede acoger el argumento de la Administración educativa de que la escolarización en ese centro supondría una «merma» de recursos para el resto de los alumnos escolarizados en él.

### **3.4. RECLAMACIÓN FRENTE A PROCESOS DE EXCLUSIÓN EDUCATIVA**

Finalmente, en el tercer grupo de sentencias, se analizan casos de exclusión educativa. No se trata solamente de que la Administración educativa haya escolarizado a niños con discapacidad en centro de educación especial sin la debida motivación, o que haya denegado concretas medidas de apoyo educativo. En estos casos, de especial complejidad, las Administraciones o, más concretamente, el personal de los centros, llevan a cabo actuaciones materiales que perjudican al alumno con discapacidad, excluyéndolo del proceso educativo y lesionando ilegítimamente su derecho a la educación. En los casos analizados se dan dos conductas específicas: impedir la asistencia del niño al centro edu-

cativo, salvo que se someta a un determinado tratamiento farmacológico, y la retirada de apoyos visuales necesarios para el seguimiento del proceso educativo por parte del niño.

En los casos que se analizarán a continuación, las familias reclaman en el primer caso contra una inactividad de la Administración por la negativa al acceso al centro educativo, y, en el segundo caso, una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, con base en los daños sufridos por el niño y por las familias como consecuencia de la exclusión educativa:

- (i) **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 611/2013, de 14 de octubre** (Rec. 58/2013; ECLI:ES:TSJAR:2013:1503):

Se trata de un niño con necesidades educativas especiales con diagnóstico de TEA y un retraso mental severo. El principal problema que presentaba, para la eficacia del programa educativo, era la ausencia de control de conductas agresivas, tanto hacia sí mismo como hacia el resto de los compañeros y demás personal del aula. Su condición requería un entorno muy estructurado y personal especializado, ya que las pautas conductuales en el colegio deben ser dirigidas por personal experto expresamente formado y entrenado para ello.

El niño sufrió las siguientes acciones perjudiciales:

- Cambios desestabilizadores en el programa educativo: Se cambian las pautas educativas del alumno, así como del equipo que dirige el programa educativo en cuestión. Esta situación llega a su punto álgido cuando la tutora cae enferma y el alumno pierde todos sus referentes.
- Tratamiento farmacológico contraindicado: Ante las dificultades de adaptación, que degeneran en una cada vez mayor inestabilidad emocional del alumno, lo que da lugar a episodios de agresividad cada vez más frecuentes, el centro educativo requiere al alumno y a la familia a tener que optar por una garantía psiquiátrica al margen del proceso educativo. Esta garantía psiquiátrica pasa por administrar al alumno tratamientos farmacológicos que, según la familia, están contraindicados para una persona con las características que presenta el niño (con apoyo en informe clínico-psiquiátrico, que considera ese tratamiento de dudosa eficacia).
- Exclusión educativa de facto: La negativa de la familia a consentir la administración de dicho tratamiento farmacológico determina que el alumno deje, de facto, de asistir al programa educativo que sigue

en el centro educativo, sin que reciba respuesta educativa alguna por parte de la Administración a partir de ese momento.

- Falta de recursos especializados: La Administración carece de recursos humanos y materiales con los que afrontar los peculiares problemas y situaciones que pueden presentar este tipo de alumnos discapacitados. No existen ni se han previsto protocolos o programas de actuación.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón estima el recurso de la familia y declara infringido el derecho a la educación del niño. Considera que la Administración educativa ha incumplido su deber de puesta a disposición de medios y de dar una respuesta educativa adecuada a esta situación. La sentencia también declara que no es posible revertir lo irreversible, mediante el reconocimiento de situación jurídica individualizada que se pretende, dado que a esas alturas el alumno ya había quedado fuera de los períodos y plazos de escolarización. No obstante, se reconoce la vulneración del derecho fundamental sin perjuicio de las acciones que pudieran proceder en Derecho, como consecuencia del reconocimiento de la vulneración denunciada del derecho fundamental a la educación.

(ii) **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 502/2017, de 18 de octubre (Rec. 49/2016; ECLI:ES:TSJGAL:2017:6451):**

En este caso se trata de un niño con TEA y un grado de minusvalía del 65 %. El equipo técnico determinó que el menor precisaba necesidades de apoyo educativo, cuyos objetivos a nivel curricular figuraban en una adaptación curricular individualizada (ACI). Asimismo, se estableció que el entorno debía ser estructurado y previsible, de forma que los cambios se introdujeran de manera gradual.

Los padres alegan que el niño sufrió las siguientes acciones perjudiciales:

- cambios de personal sin transición adecuada (se cambió la tutora como consecuencia de un concurso de traslado y a la profesora de pedagogía terapéutica, por consecuencia de su adscripción a otro centro educativo);
- supresión de apoyos visuales esenciales (durante los primeros meses del curso los pictogramas y/o apoyos visuales fueron retirados del aula, lo que fue lesivo al haberse utilizado durante los cursos anteriores);

- desestructuración del espacio educativo (sobrecarga sensorial por gritos continuos en el aula, eliminación de apoyos visuales y los elementos de accesibilidad cognitiva, abandono de sistemas aumentativos y alternativos de comunicación, cambio radical de la metodología de trabajo).

Según la opinión de la psicóloga, estas acciones habrían provocado que el menor sufriese una situación de «maltrato», generándole conductas explosivas de descontrol, comportamientos desafiantes y ataques de pánico. Todo ello habría supuesto una agravación del TEA. Como consecuencia, el niño no acudió al colegio por recomendación del psiquiatra y fue tratado con diversos fármacos que pueden producir efectos secundarios en menores.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia estima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por esta familia. Considera que el comportamiento del centro dista de ser el deseable y debe calificarse de negligente al suprimir unos apoyos visuales que resultan imprescindibles para que las tareas le resulten previsibles al menor, lo que generó comportamientos disruptivos y pudo provocar la entrada en «bucle» del menor, condicionando su evolución durante ese curso. Por ello, se considera que la Administración educativa habría incumplido su obligación legal de proporcionar los medios necesarios para la educación inclusiva (situación particularmente grave en este caso al acreditarse que los elementos se habían utilizado en cursos anteriores y fueron suprimidos). El Tribunal Superior de Justicia de Galicia considera acreditada la relación de causalidad entre los daños sufridos por el niño como consecuencia de la retirada de los apoyos visuales para facilitarle previsibilidad de las actividades.

La sentencia es especialmente contundente al calificar el comportamiento del centro como negligente, y señala que *«esta sola circunstancia resulta suficiente para determinar la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida que ha de ser anulada por resultar contraria al ordenamiento jurídico»*, siendo *«mucho menos disculpable cuando resulta acreditado que los elementos se tenían, de hecho se utilizaron en los cursos anteriores y entendemos que también en los posteriores, pero se suprimieron»*. Asimismo, se consideran acreditados daños a la madre por la ansiedad severa, con estado depresivo, que le fue provocada por el trato dispensado al niño por parte del centro educativo.

La sentencia reconoce el derecho a una indemnización de 4 500 € en concepto de pérdida de oportunidades educativas durante un curso aca-

démico para el menor, y de 1 500 € para la madre en concepto de daños morales por la angustia padecida.

#### 4. CONCLUSIONES

El derecho a la educación inclusiva es un derecho fundamental que goza de protección tanto a nivel internacional y europeo como nacional, y que se encuentra amparado expresamente por la CE. Por tanto, las lesiones de este derecho pueden ser tuteladas mediante los procedimientos para la protección de derechos fundamentales y, en su caso, mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Estos cauces procesales permiten dilucidar las posibles vulneraciones de este derecho provocadas por decisiones de la Administración educativa sobre (i) la escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial en lugar de en centros ordinarios con apoyos educativos, (ii) la denegación de apoyos educativos solicitados por las familias o (iii) procesos de exclusión educativa de alumnos con discapacidad.

A pesar de esta protección constitucional, se observa que los litigios sobre estas materias entre las familias de alumnos con discapacidad y las Administraciones educativas son frecuentes y recurrentes.

Las resoluciones judiciales analizadas presentan, con carácter general, un elevado grado de detalle en la explicación y valoración de las circunstancias fácticas de cada caso, incluyendo la discapacidad del alumno, las dificultades educativas que presenta, los informes técnicos emitidos, los medios puestos a disposición por la Administración y los efectos de la situación sobre el alumno, los docentes y los demás compañeros.

A pesar de ello, un elevado número de resoluciones judiciales anulan la decisión administrativa de escolarización en centro de educación especial por incumplimiento del deber de motivación. Así, las sentencias concluyen que la explicación de las dificultades educativas del alumno, incluyendo problemas graves de conducta (con agresiones), no es suficiente para justificar esa decisión de escolarización. La jurisprudencia exige que se expliciten (i) los medios y apoyos que serían necesarios para lograr la escolarización en un centro ordinario que lograra el objetivo de máximo desarrollo personal del alumno con discapacidad, y (ii) las razones por las que sería irrazonable o desproporcionado que la Administración dotase de esos medios. En muchos casos estas sentencias no entran a valorar el acierto de la decisión administrativa de escolarización en un centro de educación especial, sino que se limitan a reprochar la falta de la debida motivación. En este sentido, parecería haberse impuesto en las resoluciones judiciales posteriores el criterio del voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 10/2014, de 27 de

enero (Rec. de amparo 6868/2012). Esta evolución jurisprudencial se fundamenta en el reconocimiento de que los niños con discapacidad se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta administrativa adecuada a sus necesidades particulares, siendo personas amparadas por exigencias cualificadas desde el punto de vista constitucional (arts. 27, 49 y 9.2 CE).

De estas resoluciones judiciales se desprende que el principio del interés superior del menor aplicable en estos casos se reconduce, de forma automática, a la escolarización en un centro ordinario con apoyos (conforme a lo establecido en la LO 2/2006). Y solamente cedería este principio frente a unas exigencias de apoyos irrazonables o desproporcionadas que no podrían ser asumidas por la Administración. Este planteamiento general es cuestionado en algunas resoluciones judiciales puntuales (como la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 9 de Barcelona n.º 113/2016, de 25 de abril, Rec. 373/2014), en las que se considera que, según las circunstancias del caso, el interés superior del menor podría cumplirse mediante la escolarización en un centro de educación especial, resultando más favorable para el niño que un centro ordinario (en función, nuevamente, de las circunstancias específicas del caso)<sup>8</sup>.

En todo caso, resulta relevante que estas resoluciones judiciales no permiten justificar la escolarización en un centro de educación especial con base en las dificultades que pueda presentar el alumno o en la supuesta falta de medios actuales del centro ordinario. El estándar exigido para justificar la escolarización en centro de educación especial es elevado, puesto que requiere la identificación de los apoyos que serían adecuados para que el alumno pueda recibir una educación inclusiva, así como la justificación de que tales apoyos resultarían inasumibles por ser desproporcionados. Y no parece que la desproporción pueda justificarse por la ausencia actual de medios debido a posibles restricciones o dificultades presupuestarias.

Esta consideración se manifiesta especialmente en las reclamaciones de medios de apoyo educativo para alumnos con discapacidad en centros ordinarios formuladas por sus familias. Las sentencias analizadas concluyen, de forma unánime, que la Administración educativa tiene la obligación de pro-

---

8 Asimismo, y en esa misma sentencia, que se aparta de la línea general expuesta, se lleva a cabo una ponderación de la decisión de escolarización según el principio de proporcionalidad, donde se tiene en cuenta los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, para concluir que los beneficios supuestos para el alumno con discapacidad son menores que los perjuicios que se generarían, entre otros, para los demás alumnos.

veer esos medios —generalmente, la contratación de profesorado especializado, acompañantes permanentes de los alumnos y ratios adecuadas profesor/alumnos—. Las sentencias analizadas no cuestionan la procedencia de implementar estas medidas de apoyo educativo, una vez acreditada su necesidad para el alumno, basándose en argumentos de orden presupuestario o de estabilidad financiera de la Administración. Las sentencias no llevan a cabo un análisis de coste/beneficio de las medidas a implantar, por lo que no prestan atención a si las medidas serían conformes a un principio de proporcionalidad en sentido estricto (si el coste de la medida sería superior al beneficio que aportaría). Por consiguiente, parece concluirse que el interés superior del menor en este caso, junto con la especial protección del derecho a la inclusión educativa de alumnos con discapacidad, no permitiría en principio oponer argumentos de orden meramente presupuestario. Deberá seguir observándose la evolución de las reclamaciones de personal especializado y de acompañantes para estos alumnos, que parecen medidas extendidas para su inclusión. Es relevante destacar que los tribunales han establecido que, cuando están en juego derechos fundamentales de menores con discapacidad, la Administración no puede invocar su potestad de autoorganización para denegar ajustes razonables, ya que nos encontramos ante una materia en la que no cabe la discrecionalidad administrativa.

Finalmente, los procesos de exclusión educativa constituyen situaciones patológicas indeseadas y gravemente perjudiciales. Las resoluciones judiciales fijan un estándar elevado para las Administraciones educativas, a quienes no permite escudarse en las dificultades que pueda presentar el caso. Les exigen proporcionar una respuesta adecuada en cada caso, sin considerar aceptable situar a los alumnos con discapacidad y a sus familias en una posición que les conduzca a la salida *de facto* del centro educativo por no poder cumplir con las exigencias impuestas (como seguir un tratamiento farmacológico específico y cuestionado), o que genere una situación perjudicial y de angustia en el alumno que le impida la continuidad en su proceso educativo. Estas situaciones de exclusión educativa muestran, una vez más, el carácter sensible de estas situaciones y del derecho a la educación inclusiva, así como las tensiones que pueden generar en la comunidad educativa. A pesar de esas tensiones, es de interés destacar que las resoluciones judiciales muestran empatía con las familias de los alumnos con discapacidad y las angustias sufridas, e instan a la Administración no solo a dar la respuesta educativa debida, sino también a gestionar de forma adecuada la relación con esas familias.

En conclusión, el análisis de la jurisprudencia pone de relieve que, pese al reconocimiento constitucional y normativo del derecho a la educación inclu-

siva, su plena efectividad sigue presentando importantes desafíos prácticos. La elevada litigiosidad existente revela la persistencia de carencias estructurales en recursos humanos y materiales, así como desigualdades territoriales en la respuesta administrativa. Estas deficiencias obligan con frecuencia a las familias a recurrir a la vía judicial, con el consiguiente retraso en la satisfacción de las necesidades educativas de los menores, especialmente en aquellos casos en los que la intervención temprana resulta determinante. Todo ello sugiere la necesidad de avanzar hacia una implementación más homogénea y efectiva del modelo de educación inclusiva, mediante una planificación normativa y presupuestaria coherente que garantice la igualdad de oportunidades en todo el territorio.

## BIBLIOGRAFÍA

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «Discapacidad en las aulas ordinarias, ajustes razonables y educación especial», *Almacén de Derecho*, 1-9-2020.

Centers for Disease Control and Prevention (CDC). (2023, 23 de marzo). *Prevalence and Characteristics of Autism Spectrum Disorder Among Children Aged 8 Years — Autism and Developmental Disabilities Monitoring Network, 11 Sites, United States, 2020. Morbidity and Mortality Weekly Report (MMWR)*, 72(2), 1-10.

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 Plan de Acción Estrategia Española en trastorno del espectro del autismo 2023-2027, de 5 julio de 2023.

## NORMATIVA

- Constitución española de 1978.
- Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad («CDPD») de 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Reino de España mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE el 21 de abril de 2008.

## JURISPRUDENCIA

### Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 10/2014, de 27 de enero (Rec. de amparo 6868/2012).

### Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) n.º 1976/2017, de 14 de diciembre (Rec. 2965/2016; ECLI:ES:TS:2017:4521).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª) n.º 3257/2011, de 9 de mayo (Rec. 603/2010; ECLI:ES:TS:2011:3257).

### Tribunales Superiores de Justicia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 1819/2019, de 17 de julio (Rec. 2371/2019; ECLI:ES:TSJAND:2019:11827).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 2997/2024, de 2 de octubre (Rec. 1205/2024; ECLI:ES:TSJAND:2024:14474).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 361/2018, de 4 de julio (Rec. 249/2017; ECLI:ES:TSJAR:2018:1145).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 611/2013, de 14 de octubre (Rec. 58/2013; ECLI:ES:TSJAR:2013:1503).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 10068/2012, de 5 de marzo (Rec. 276/201; ECLI:ES:TSJCLM:2012:666).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 502/2017, de 18 de octubre (Rec. 49/2016; ECLI:ES:TSJGAL:2017:6451).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 19/2018, de 25 de enero (Rec. 230/2016; ECLI:ES:TSJLR:2018:51).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 481/2020, de 12 de noviembre (Rec. 214/2020; ECLI:ES:TSJCV:2020:7503).

Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 9 de Barcelona n.º 113/2016, de 25 de abril (Rec. 373/2014).
- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Guadalajara n.º 301/2022, de 15 de noviembre (Rec. 36/2021).



III.  
LÍMITES AL DERECHO A LA  
EDUCACIÓN INCLUSIVA DEL  
ALUMNADO CON DISCAPACIDAD.  
OBTENCIÓN DE LA TITULACIÓN  
MEDIANTE UN CURRÍCULO ADAPTADO  
A NECESIDADES ESPECIALES



### III.

## *Límites al derecho a la educación inclusiva del alumnado con discapacidad. Obtención de la titulación mediante un currículo adaptado a necesidades especiales*

PATRICIA ROGINA BLANCO  
ADRIÁN VILÀ MONTOYA  
MATEO MOLLIER FERNÁNDEZ  
CARLA ALONSO COGOLLOS  
JUAN JOSÉ SERRANO ARAQUE  
EVA FERRADA LAVALL

**Resumen:** *La legislación vigente tutela de forma particularmente intensa el derecho constitucional a la educación inclusiva o en igualdad del alumnado con discapacidad. No obstante, su aplicación práctica plantea tensiones cuando la escolarización y el progreso se realizan mediante adaptaciones curriculares, especialmente las significativas. El capítulo examina el marco normativo constitucional y legal del derecho a la educación inclusiva, desde la perspectiva de los límites a la obtención de la titulación de los ciclos educativos en régimen ordinario con arreglo a un «currículo adaptado». En particular, analiza los efectos de la reforma de Ley Orgánica 2/2006, de Educación, operada por la Ley 3/2020, sobre las decisiones relativas a la titulación de los alumnos con necesidades especiales por razón de discapacidad (adaptación curricular y evaluación de competencias para la titulación). Se plantea que, tras la reforma de la Ley 3/2020, la normativa*

*configura un principio de favorecimiento de la titulación, que exige que la adaptación curricular facilite o permita la obtención del título y que las decisiones relativas a la titulación se justifiquen con arreglo a las adaptaciones a las competencias necesarias para titular. Esa reforma supondría reformular la regla prevista en la normativa anterior, que llevó al Tribunal Supremo a entender que la superación de todas las asignaturas del ciclo formativo no conduciría de forma automática a la titulación si el alumnado con necesidades especiales no adquiría las competencias establecidas en los currículos generales. Con arreglo a la normativa vigente, se concluye que las decisiones de adaptación curricular deben permitir o facilitar la obtención del título, mediante la adaptación de las competencias a adquirir en cada ciclo y que servirán de referente para la evaluación previa a la titulación.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce el *derecho a la educación inclusiva o en igualdad* a las personas con discapacidad, en el marco de la legislación sobre alumnado con necesidades educativas especiales. Se trata de un derecho fundamental (art. 14 y 27 de la CE) que también es proclamado en los tratados internacionales ratificados por España (en particular, en los arts. 2 y 24 de la Convención de Personas con Discapacidad<sup>1</sup>).

El derecho fundamental a la educación inclusiva de las personas con discapacidad ha sido delimitado como el mandato constitucional a los poderes públicos de garantizar el acceso y la permanencia en el sistema educativo ordinario del alumnado con discapacidad, mediante la realización de ajustes razonables en atención a sus necesidades individualizadas para asegurar su máximo desarrollo.

Como todo derecho fundamental, aunque es de carácter autónomo y cuenta con un contenido propio, no es un derecho absoluto o ilimitado, debido, en especial, a la dimensión *prestacional* propia del derecho a la educación. Este derecho debe ejercitarse a través de los cauces establecidos por el legislador ordinario (dentro de los límites que le impone el marco constitucional).

En el marco de la «*educación en equidad*» (Tít. II de la Ley 2/2006<sup>2</sup>), la legislación vigente establece un estatuto jurídico, más o menos acabado, del derecho a la educación inclusiva de los alumnos con discapacidad, incardinados en el «*alumnado con necesidades educativas especiales*».

---

1 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo que fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) («Convención de Personas con Discapacidad»).

2 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación («Ley 2/2006»).

A nivel estatal, el art. 74 de la Ley 2/2006 establece que la escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales se regirá por los principios de «normalización», «inclusión», «no discriminación» e «igualdad efectiva», abarcando tanto el «acceso» como la «permanencia» en el sistema educativo. Este precepto se completa, además de con el resto de las previsiones de la Ley 2/2006, con la normativa reglamentaria estatal y es objeto de desarrollo en la normativa dictada por las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias. Esa normativa regula el contenido del derecho a la educación inclusiva, el estatuto del alumnado con necesidades educativas especiales (incluido el alumnado con discapacidad), las medidas de flexibilización que debe adoptar la Administración y los límites al acceso y permanencia en el sistema educativo ordinario en condiciones de «inclusión».

Entre los aspectos que regula la legislación vigente, se establece que la Administración deberá adoptar medidas de flexibilización y adaptación metodológica, cuando sea necesario, para promover el máximo desarrollo de los alumnos con necesidades especiales (art. 71 de la Ley 2/2006). Con arreglo a una normativa no del todo clara ni homogénea, la Administración puede adoptar medidas específicas de adaptación curricular que incidan en los contenidos y criterios aplicables específicamente a un alumno determinado. La aplicación de medidas de adaptación curricular, en especial, las «significativas», puede tener impacto en la posibilidad del alumno de obtener la titulación de la etapa educativa y, derivado de ello, en la posibilidad de acceder a una formación posterior.

Este trabajo aborda los límites del derecho a la educación inclusiva del alumnado con discapacidad, desde la perspectiva del acceso a la titulación de la etapa cursada. En particular, se analizan las limitaciones legales a la obtención de la titulación de las etapas educativas de la ESO y bachillerato por parte de los alumnos que han superado todos los cursos conforme a un «currículo adaptado» y con arreglo a qué criterios y estándares de justificación los órganos educativos competentes pueden denegar la obtención de la titulación.

Esta cuestión ha sido objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2023 (rec. 4558/2022) («STS abril 2023»). En esa sentencia se analiza el caso de un alumno con necesidades especiales, por encontrarse en el espectro autista, que superó todos los cursos de la ESO con arreglo a un «currículo adaptado», pero al que le fue denegado el título de esa etapa. En aquel momento estaba en vigor la normativa anterior a la reforma operada por la Ley 3/2020<sup>3</sup>. Con base en aquella normativa, el Tribunal Supremo estableció

---

3 Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación («Ley 3/2020»).

que la superación de los cursos de una etapa educativa, en esas condiciones, no conduce automáticamente a la obtención del título si no se ha alcanzado el conjunto de capacidades necesarias tras la evaluación correspondiente. Las capacidades a adquirir, con arreglo a la normativa anterior a la reforma de la Ley 3/2020, serían aquellas que se deriven de los currículos generales de cada ciclo formativo para todo el alumnado (lo que implicaba que las adaptaciones curriculares no eximían de la adquisición de las competencias equivalentes a un alumno sin adaptación curricular).

La motivación del tema escogido radica en la relevancia de la titulación para la permanencia en el sistema educativo de las personas con discapacidad, el acceso a una formación posterior que permita asegurar su máximo desarrollo, así como su integración en el mercado laboral y en la vida adulta, en condiciones de inclusión e igualdad efectiva. Es decir, se trata de una cuestión de especial interés para los derechos humanos de un colectivo que, según los últimos datos, está conformado en España en 2023 por 4,32 millones de personas (con 6 o más años, de los cuales 106.300 tienen entre 6 y 15 años), con una tasa de empleo del 28,5 % y una tasa de paro del 19,7 %<sup>4</sup>.

El hecho de que la sentencia citada se base en una normativa superada permite completar el análisis de la cuestión objeto de este trabajo y reevaluar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Supremo, desde la perspectiva de la normativa actualmente vigente sobre la educación inclusiva.

A partir del estudio de la normativa vigente y la jurisprudencia, se defiende en este trabajo la vigencia de un principio que pretende facilitar o favorecer la titulación de este alumnado, removiendo la disparidad de criterios entre la adaptación curricular y evaluación de competencia de la legislación anterior, de los que se derivaba un obstáculo mayor para la titulación. Ese principio actúa como un parámetro de legalidad de las decisiones relativas al otorgamiento de la titulación, que son, fundamentalmente, la adaptación curricular y la evaluación de competencias para el otorgamiento del título. Si bien ese principio no exime a los alumnos con discapacidad de superar la evaluación previa para titular, sí exige que las decisiones de los órganos educativos de adaptación curricular y evaluación de adquisición de competencias se orienten a facilitar o permitir la titulación.

Conforme a este principio, que vincula a los órganos educativos como parámetro de legalidad, la evaluación de competencias previa a la titulación de-

---

4 Datos del Instituto Nacional de Estadística, disponibles en: [https://www.ine.es/dyngs/IN-Base/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176782&idp=1254735573175](https://www.ine.es/dyngs/IN-Base/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&idp=1254735573175)

berá llevarse a cabo conforme a las competencias adaptadas en el currículo (que deben, a su vez, permitir o facilitar la titulación), esto es, mediante un referente distinto. Este principio deberá ser tutelado en esas decisiones, integrando el contenido de su motivación. Se supera así la regla vigente antes de la reforma operada por la Ley 3/2020, conforme fue interpretada por el Tribunal Supremo, según la cual el alumno con necesidades especiales debía acreditar la obtención de las capacidades establecidas en los currículos generales (no adaptados) para cada ciclo, es decir, conforme al mismo referente o estándar que el resto del alumnado sin currículo adaptado.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

### 2.1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN LA CONSTITUCIÓN, SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO

La Constitución reconoce a las personas con discapacidad el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la educación en sus arts. 14, 27 y 49. Ese canon de igualdad proyectado sobre el acceso a la educación y permanencia en el sistema educativo de las personas discapacitadas cristaliza en el denominado «derecho a la educación inclusiva» o «igualdad en el acceso a la educación» para este colectivo. El alcance de esos preceptos debe ser interpretado conforme a los tratados internacionales y, en concreto, a los arts. 2 y 24 de la Convención de las Personas con Discapacidad<sup>5</sup>.

El derecho a la educación inclusiva, conforme a la configuración dada en la Constitución, supone el mandato constitucional a los poderes públicos, incluida la Administración educativa, de procurar el acceso y permanencia de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad efectiva al sistema educativo y remover los obstáculos que lo impidan o dificulten, para lograr la integración social y laboral de este colectivo, en el marco de los arts. 9.2, 49 y 53.3 CE. Según el Tribunal Supremo, ese mandato persigue la consecución de un «doble objetivo» (i) de «política social» («inclusión» de las personas con discapacidad) y (ii) de «integración en [el] sistema educativo» («efectividad») que «percute en el ejercicio de un derecho fundamental», esto es, el derecho «a la educación en condiciones de igualdad» (cfr. entre otras, la STS 1976/2017, que aludiría, así, a la cláusula del Estado social)<sup>6</sup>.

---

5 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 1976/2017 de 14 Dic. 2017, Rec. 2965/2016, FJ 4.º («STS 1976/2017»).

6 En relación con el derecho a la educación inclusiva, cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 81/2021, de 19 de abril, y 10/2014, de 27 de enero («STC 10/2014»), y las Sentencias del Tribunal Supremo 1976/2017, de 14 de diciembre de 2017, Rec. 2965/2016 («STS 1976/2017»);

La formulación de este derecho fundamental, seguida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, se centra sobre todo en la inclusión en el sistema educativo ordinario (centros ordinarios), frente a las decisiones de la Administración de escolarizar a un alumno en régimen de educación especial. No obstante, el reconocimiento de que la Constitución recoge, con «carácter general», el derecho a la educación inclusiva hace, en nuestra opinión, que los criterios fijados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo deban servir también de criterio interpretativo de la legislación ordinaria vigente y de parámetro de legalidad de las medidas adoptadas por la Administración educativa, incluidas las decisiones sobre la adaptación curricular y la expedición de títulos. La formulación jurisprudencial de este derecho a la educación inclusiva, como veremos, comprende la «permanencia» en el sistema educativo y la adopción de medidas proporcionadas y especialmente justificadas para salvaguardar al máximo el desarrollo del alumnado.

En efecto, para «*garantizar la igualdad efectiva y la no discriminación en el ejercicio del derecho a la educación de los alumnos con una discapacidad*», señala el Tribunal Supremo en su Sentencia 1976/2017, «*rigen los principios de normalización e inclusión, tanto para el acceso como en la permanencia en el sistema educativo*». Esa sentencia, que contiene la formulación más acabada del derecho a la educación inclusiva, sigue la doctrina iniciada por el Tribunal Constitucional, que estableció que «*como principio general la educación debe ser inclusiva*».

De esta manera, en lo atinente al contenido esencial de este derecho fundamental, se impone como «regla general» que los poderes públicos deben procurar la integración de las personas con discapacidad en «centros ordinarios» mediante la adopción, si fuese necesario, de «medidas de atención a la diversidad» que pueden flexibilizarse en las distintas etapas educativas».

Debido a que se trata de un derecho de configuración legal, el derecho a la educación inclusiva del alumnado con discapacidad, en el marco del mandato constitucional, no comprende «*un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales*», que comporte en todo caso la escolarización en un centro ordinario, en lugar de en un centro especial.

El mandato constitucional en que se configura el derecho a la educación inclusiva exige, por un lado, (i) una «*puesta de medios*» por parte de los poderes públicos (personal, adopción de medidas, etc.) para garantizar la integración

---

510/2023 de 24 de abril de 2023, Rec. 4558/2022; 861/2019 de 21 de junio de 2019, Rec. 4651/2018; de 9 de mayo de 2011, Rec. 603/2010 («STS 603/2010»); de 8 de febrero de 2005, Rec. 1630/1999.

en el sistema educativo en condiciones de igualdad y, por otro, (ii) la carga de acreditar de forma cualificada la imposibilidad de adoptar los ajustes razonables a través de medidas de atención a la diversidad en los propios centros ordinarios<sup>7</sup>.

El mandato de «puesta de medios» no se agota solamente en el acceso a la educación ordinaria, sino que comprende también la «permanencia» del alumnado en el sistema educativo. La permanencia debe comprender, a nuestro juicio, la posibilidad de continuar en el sistema educativo ordinario, mediante la superación de las etapas educativas, a través de la obtención de la titulación con arreglo a los requisitos legales y en atención a la diversidad del alumnado. Así se desprende, en nuestra opinión, de la jurisprudencia y de la Convención de las Personas con Discapacidad, que exige la adopción de medidas razonables conforme a necesidades individualizadas para garantizar la «formación efectiva» y «máximo desarrollo» del alumnado en régimen de inclusión e igualdad.

Según el Tribunal Supremo, como «*principio general*», los esfuerzos exigibles a los poderes públicos deben perseguir «una mayor integración», mediante el desarrollo de programas que «favorezcan su escolarización», en los niveles «obligatorios» y «post obligatorios», facilitando su «*formación efectiva*» e incorporando «ajustes razonables» conforme a sus necesidades individuales, de forma «que se les cree [al alumnado con discapacidad] un entorno que fomente al máximo el desarrollo académico y social, para lograr el objetivo de la plena inclusión». Esas medidas deben concretarse en «apoyos y atenciones educativas, específicas, personalizadas y efectivas» para el alumnado con necesidades especiales, y las medidas adoptadas, así como sus modificaciones y adaptaciones posteriores «deben ser necesarias y adecuadas», sin que puedan suponer «una carga desproporcionada o indebida».

Frente a esta regla general, el mandato constitucional de la educación inclusiva no puede comportar que la Administración deba soportar «una carga desproporcionada o indebida», provocada, incluso, por límites presupuestarios. La aplicación de esa excepción implica que la Administración haya agotado todos los esfuerzos para la integración del alumnado con necesidades especiales en régimen de inclusión en centros ordinarios. La jurisprudencia exige a la Administración un estándar o «*exigencia cualificada*» de motivación «desde

---

7 Según la STC 10/2014 «la educación debe ser inclusiva, es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad», salvo «cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables».

el punto de vista constitucional» debido a que los alumnos con discapacidad se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades. La falta de agotamiento de todos los esfuerzos razonablemente al alcance de la Administración podría suponer la vulneración del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la educación de las personas discapacitadas.

## 2.2. LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DEL ALUMNADO CON NECESIDADES ESPECIALES DERIVADAS DE DISCAPACIDAD EN LA LEGISLACIÓN ORDINARIA

La legislación vigente reconoce la equidad e inclusión como principios rectores del derecho a la educación, con especial atención a los alumnos con necesidades especiales por discapacidad. Desde la aprobación de la Constitución, la legislación ordinaria reguladora del derecho a la educación ha evolucionado hasta el pleno reconocimiento del derecho a la educación inclusiva, adaptándose a los tratados internacionales y a la formulación de este derecho conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>8</sup>.

La Ley 8/1985<sup>9</sup>, cuando regula el derecho fundamental a la educación, configura en su art. 6.2 la «*educación inclusiva y de calidad*» (letra e) y la «*protección contra toda [...] discriminación*» hacia los alumnos (letra g) como derechos básicos de todo el alumnado.

El art. 1 (b) de la Ley 2/2006 establece que el sistema educativo español se inspira, entre otros, en el principio de equidad. Conforme al principio de equidad se garantiza «*la igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de la per-*

---

8 Sobre la evolución normativa del derecho a la educación inclusiva, cfr. ALLES, José Joaquín Fernández: «La jurisprudencia constitucional sobre el principio de no discriminación por razón de discapacidad», *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar: REFEG*, n.º 10, 2022, p. 7. TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS, Sara: «El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del art. 49 CE», *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 12, n.º 1, 2022, pp. 37-65. OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD: 2006-2016: 10 años de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: balance de su aplicación en España, 2017. BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique: «La inclusión educativa y ciudadana de las personas con discapacidad: asimilación a la situación receptora de la generalidad», en *Educación en valores, construir ciudadanías*, Madrid: Dykinson, 2025. GARCÍA SABATER, Antonio: «La educación inclusiva como derecho efectivo», *RINED: Revista de Recursos para la Inclusión Educativa*, vol. 1, n.º 1, 2021, pp. 67-79. SOUTO GALVÁN, Clara: «La evolución de las políticas educativas: de la integración a la inclusión», *Revista de Educación y Derecho = Education and Law Review*, n.º 1, 2021, p. 21.

9 Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación («Ley 8/1985»).

*sonalidad a través de la educación, la inclusión educativa, la igualdad de derechos y oportunidades», que ayude «a superar cualquier discriminación y la accesibilidad universal a la educación», y que actúe como «elemento compensador de las desigualdades». Todo ello «con especial atención a las que se deriven de cualquier tipo de discapacidad, de acuerdo con lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada en 2008, por España».*

La regulación del contenido del derecho a la educación inclusiva del alumnado con discapacidad se completa con el régimen de «equidad en la educación» (Título II de la Ley 2/2006) mediante su inserción en el «alumnado con necesidad específica de apoyo educativo» (arts. 71 y 72), a través de la categoría de «alumnado que presenta necesidades educativas especiales» (arts. 73 a 75).

Asimismo, la Ley 2/2006 incluye previsiones específicas en el marco de la regulación de las etapas educativas y, en particular, en la ESO, bachillerato y formación profesional, que son objeto de complemento mediante el RD 2017/2022<sup>10</sup> (ESO) y el RD 243/2022<sup>11</sup> (bachillerato).

El art. 71 de la Ley 2/2006 establece que la «puesta a disposición de medios» por parte de las Administraciones educativas, que deriva del mandato constitucional de la educación inclusiva, comprenderá «*todos los medios necesarios*» y estará dirigida a salvaguardar que el alumnado con necesidad específica de apoyo educativo alcance el máximo grado de desarrollo y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado.

Se establece, igualmente, que la escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización, inclusión, no discriminación e igualdad efectiva, que abarca tanto el acceso como la permanencia en el sistema educativo ordinario. Para ello, el legislador establece que, cuando se considere necesario, podrán adoptarse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas.

Las medidas de flexibilización deberán favorecer que el alumnado con necesidades educativas especiales pueda continuar su escolarización de manera adecuada en todos los niveles educativos pre- y postobligatorios, así como proporcionar los recursos y apoyos necesarios para satisfacer las atenciones educativas específicas derivadas de la discapacidad (art. 74.5 de la Ley 2/2006).

---

10 Real Decreto 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria («RD 217/2022»).

11 Real Decreto 243/2022, de 5 de abril, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato («RD 243/2022»).

### 2.3. MEDIDAS DE ATENCIÓN A LA DIVERSIDAD PARA LOS ALUMNOS CON DISCAPACIDAD EN LAS ETAPAS EDUCATIVAS DE LA ESO Y EL BACHILLERATO

La Ley 2/2006, en su formulación actual, tras la reforma operada por la Ley 3/2020, exige la adopción de medidas de flexibilización o de atención a la diversidad para el alumnado con necesidades especiales (art. 72.3). Esta exigencia se concreta también en la regulación específica de las etapas educativas de enseñanza básica (art. 4.3), educación secundaria obligatoria (art. 22, apartados 4 y 7), bachillerato (art. 35.3) y formación profesional (art. 39).

Los preceptos citados, cuando regulan las medidas de atención a la diversidad en cada etapa, se refieren a medidas que podrían clasificarse en organizativas, *metodológicas* y *curriculares*, sin establecer una definición detallada del concepto o contenido de esas medidas. La legislación autonómica tampoco sigue una clasificación sistemática y homogénea de las medidas de atención a la diversidad, utilizando, en algunos casos, otras clasificaciones como medidas *ordinarias* y *específicas* o *extraordinarias*, incluidas las medidas curriculares de carácter significativo<sup>12</sup> (como es el caso de las Comunidades Autónomas de Aragón, Castilla y León, Castilla-La Mancha o Madrid<sup>13</sup>), pero que recogerían, de forma general, medidas de índole organizativa, metodológica y curricular en línea con la legislación estatal.

A partir de un análisis general de la legislación autonómica, aunque concretada de manera asistemática y heterogénea, las medidas específicas o extraordinarias pueden definirse como aquellas que requieran modificaciones sustanciales y adaptaciones significativas de los elementos curriculares, ajustes organizativos de especial trascendencia o medidas de flexibilización que requieran aumentar la duración de la enseñanza para el alumnado con discapacidad.

En el ámbito de las medidas curriculares, aun con particularidades propias, la legislación autonómica entiende por adaptaciones curriculares *significativas* aquellas que, requiriendo la modificación de contenidos y criterios de evaluación de la etapa educativa, realicen adaptaciones curriculares que abarquen la programación de contenidos o criterios de evaluación de ciclos o cursos anteriores. Estas adaptaciones pueden implicar la modificación sustancial de los

---

12 Respecto de la ESO, el art. 20.3 del RD 2017/2022 sí que hace referencia a «*adaptaciones de los elementos del currículo que se aparten significativamente de los que determina este real decreto*»

13 Cfr. Decreto 188/2017, de 28 de noviembre, de respuesta educativa inclusiva; Orden EDU/1152/2010, de 3 de agosto, sobre respuesta al alumnado con NEAE; Decreto 85/2018, de 20 de noviembre, por el que se regula la inclusión educativa del alumnado en la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha; y Decreto 23/2023, de 22 de marzo, que regula la atención educativa a las diferencias individuales.

elementos del currículo, afectando a la consecución de los objetivos, contenidos, criterios de evaluación o estándares de aprendizaje evaluables que determinan las competencias clave de cada etapa educativa.

Esas medidas de atención a la diversidad, incluidas las de adaptación curricular significativa, en su formulación por la legislación estatal y autonómica, deben configurarse con pleno respecto a los principios de inclusión, permanencia y continuidad en el sistema educativo y máximo desarrollo del alumnado con necesidades especiales recogidos en la Ley 2/2006. Asimismo, conforme a los arts. 4, 22, 35 y 39 de la Ley 2/2006, las medidas de atención a la diversidad que adopten los centros estarán orientadas a la consecución de los objetivos y, al menos, deberán favorecer la titulación en la educación básica y secundaria obligatoria y facilitar el acceso al currículo en bachillerato y formación profesional. En el ámbito de la ESO, se establece expresamente que esas medidas no podrán suponer una discriminación que les impida alcanzar dichos objetivos y la titulación (art. 22.7).

### 3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

#### 3.1. PLANTEAMIENTO

La Ley 2/2006 reconoce al alumnado el derecho a obtener la titulación de la ESO si al terminar una etapa educativa, y de acuerdo con las evaluaciones del profesorado, el alumno ha alcanzado las competencias y los objetivos de la etapa (art. 31).

Conforme a la Ley 2/2006, la obtención del título de educación secundaria por parte del alumnado con necesidades especiales permitirá el acceso al bachillerato, a la formación profesional de grado medio y, una vez superada la prueba correspondiente, a los ciclos de grado medio de artes plásticas y diseño y a las enseñanzas deportivas de grado medio. La obtención del título de la ESO «*permitirá el acceso al mundo laboral*» (preámbulo de la Ley 2/2006).

Tras la reforma de la Ley 2/2006, operada por la Ley 3/2020, para obtener el título de bachiller será necesaria la evaluación positiva en todas las materias de los dos cursos de bachillerato o, de forma excepcional, de todas las materias menos una (art. 37.1 de la Ley 2/2006)<sup>14</sup>. La obtención del título de bachiller permitirá la realización de las pruebas de acceso a la universidad (art. 38). La

---

14 Antes de dicha reforma, el art. 37.1 establecía que «*Para obtener el título de Bachiller será necesaria la superación de la evaluación final de Bachillerato, así como una calificación final de Bachillerato igual o superior a 5 puntos sobre 10*».

superación de los ciclos de formación profesional de grado básico, medio y superior, así como de artes plásticas y diseño, comportará la obtención del título de cada ciclo formativo (técnico básico y ESO, técnico de formación profesional y técnico superior) (art. 44, apartados 1 a 3). El título de técnico superior permitirá el acceso a los estudios universitarios de grado, previa superación de un procedimiento de admisión (art. 44.6).

La normativa aplicable no establece prohibición alguna, ni podría hacerlo, que impida al alumnado con necesidades educativas especiales, integrados en centros ordinarios, obtener la titulación de cada enseñanza, si superan las evaluaciones pertinentes, por el mero hecho de la adopción de medidas ordinarias o específicas para favorecer su acceso y permanencia en el sistema educativo. Antes, al contrario, la normativa promueve que el alumnado con necesidades especiales alcance su máximo desarrollo, participe de la comunidad educativa bajo los principios de igualdad efectiva, normalización e inclusión, favoreciendo su permanencia en el sistema educativo, incluso, en los niveles postobligatorios.

Ahora bien, la adopción de medidas específicas que impliquen adaptaciones curriculares significativas podría tener como consecuencia, al menos indirecta, que el alumnado no pueda alcanzar las competencias de cada etapa educativa, impidiéndole obtener la titulación correspondiente. Y ello aunque se superen todos los cursos del currículo adaptado, como veremos en el caso analizado por la STS de abril de 2023, conforme a la normativa anterior.

### **3.2. STS DE ABRIL DE 2023. LÍMITES A LA TITULACIÓN EN LA NORMATIVA ANTERIOR A LA LEY 3/2020**

Sobre la base de la normativa anterior a la reforma operada por la Ley 3/2020, la STS de abril de 2023 y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 1 de marzo de 2022 (rec. 378/2021)<sup>15</sup> analizan los límites a la titulación de los alumnos con necesidades especiales cuando han superado todas las asignaturas correspondientes a su currículo adaptado. Aun cuando aplican una normativa hoy en día reformada, esas sentencias podrían abrir la puerta a un criterio restrictivo del derecho a obtener la titulación de los alumnos con necesidades especiales debido a la aplicación de las medidas de adaptación curricular de carácter significativo.

---

<sup>15</sup> La STSJ de 1 de marzo de 2022 desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 22 de febrero de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Ciudad Real (rec. 194/2020) seguido por los tramites del procedimiento especial de los derechos fundamentales.

Esas sentencias analizan la legalidad de la denegación del título de ESO en el caso de un alumno con necesidades especiales, con arreglo a la normativa en vigor antes de la reforma de la Ley 2/2006 operada por la Ley 3/2020. Su currículo había sido objeto de medidas específicas o adaptaciones significativas. Así, a pesar de que había superado todos los cursos correspondientes, la evaluación del centro docente denegó el título al determinar que había adquirido las competencias equivalentes a 4.º de Primaria, en lugar de las competencias requeridas para la ESO.

Según el TSJ, la denegación de la titulación *«no fue por la existencia de “adaptaciones curriculares significativas”, sino por el contenido, efectos y consecuencias de las “adaptaciones curriculares significativas”, que se traducían en que su nivel de competencia a la finalización de la ESO era de 4.º de primaria»*. Así, aun cuando se hayan superado todos los cursos, con arreglo a un currículo adaptado, la decisión de otorgamiento de la titulación dependerá de que el centro educativo (o el órgano educativo competente) considere que se han alcanzado de forma «global» las competencias y objetivos mínimos de cada etapa educativa. Esas competencias y objetivos mínimos son los aplicables a todos los alumnos sin adaptación curricular.

El Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el alumno frente a la sentencia citada, con el objeto de analizar *«si la superación de los cursos de Enseñanza Secundaria Obligatoria con adaptaciones curriculares deriva, de modo automático, en la adquisición de la correspondiente titulación o si es necesario previo examen por el órgano educativo competente del efectivo alcance de las competencias propias de esa etapa educativa para la obtención de la referida titulación»* (Auto de 29 de septiembre de 2022).

En la STS abril 2023, el Tribunal Supremo concluyó que la superación de los cursos de enseñanza secundaria obligatoria con adaptaciones curriculares no supone automáticamente la obtención de la correspondiente titulación, sino que es necesario el previo examen por el órgano educativo competente de la efectiva adquisición de las competencias propias de la etapa educativa, sin distinción o ajuste de esas competencias por razón de las adaptaciones curriculares. Establece, así, como criterio fundamental de denegación del título, la falta de adquisición de las competencias legalmente requeridas, de acuerdo con las apreciaciones del órgano educativo. Ello le lleva a concluir que no hay vulneración del derecho a la educación inclusiva. La sentencia no entra a analizar el estándar o parámetro de motivación que debe seguirse en la evaluación del alumnado para justificar la denegación de la obtención de la titulación.

Ahora bien, indica que *«a dicha consecución de capacidades podría llegarse por la vía del currículo ordinario o del currículo adaptado de los alumnos con necesidades educativas especiales»*. Esa matización no termina de aclarar si las adaptaciones

curriculares significativas podrían comportar, por su contenido, efectos y consecuencias, la imposibilidad de acceder a la titulación de cada enseñanza en función del grado de desempeño del alumnado con discapacidad durante la etapa, como parece afirmar la sentencia del TSJ recurrida. O si, por el contrario, los currículos adaptados no pueden comportar, directa o indirectamente, el impedimento de la consecución de los objetivos y obtención de la titulación.

Ese criterio, que es restrictivo del derecho a titular, conforme al razonamiento seguido por el Tribunal Supremo, podría extrapolarse a otras etapas educativas y, en particular, a la posibilidad de obtener la titulación de bachillerato y formación profesional.

No obstante, no se debe perder de vista que el Tribunal Supremo rechaza aplicar las reformas de la Ley 2/2006, operadas por la Ley 3/2020, y el RD 2017/2022, actualmente vigentes. La STS abril 2023 se basa solamente en la normativa anterior a la Ley 3/2020 y el RD 1105/2014<sup>16</sup>, aunque realiza ciertas apreciaciones *obiter dicta* conforme a la legislación actualmente en vigor<sup>17</sup>. Esta circunstancia permitiría, en nuestra opinión, sostener un criterio más favorable a la posibilidad de titular, con base en la normativa vigente y los principios de la educación inclusiva.

### 3.3. ANÁLISIS DE LOS LÍMITES A LA TITULACIÓN A ALUMNOS CON CURRÍCULOS ADAPTADOS CONFORME A LA NORMATIVA VIGENTE TRAS LA REFORMA DE LA LEY 3/2020

A nuestro juicio, debe reconocerse en la normativa aplicable, en el marco del mandato constitucional de la educación inclusiva, la vigencia de un principio de favorecimiento o preferencia de la consecución de los objetivos de cada etapa

---

16 Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato («RD 1105/2014»).

17 De esas apreciaciones podría desprenderse, con arreglo a la normativa actual, que la superación de todos los cursos tampoco conduciría a la obtención del título si, conforme a la evaluación previa, el alumno no ha adquirido las competencias mínimas requeridas para el conjunto del alumnado (es decir, bajo el mismo estándar que el resto de los alumnos). En palabras del TS, «*Todo lo anterior puede servir como elemento interpretativo de las disposiciones vigentes en el momento de acabar el curso el recurrente mas no conducen a una aplicación retroactiva de la norma actualmente vigente y dicha norma legal no conlleva la obtención automática de la titulación aunque, como dice el preámbulo, con la nueva Ley se hace efectivo el derecho a la educación inclusiva como derecho humano para todas las personas reconocido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por España en 2008*». «*El legislador ha previsto un margen para el desarrollo de la forma de obtención de la titulación, como se concluye de la nueva regulación, que no comporta la titulación automática, sino la expedición de una certificación oficial en la que conste el nivel de adquisición de competencias para tener opciones de formación posterior*».

educativa y de la obtención de la titulación correspondiente del ciclo, que debe regir tanto la adopción de las medidas de adaptación curricular como las evaluaciones de la adquisición de competencias de los órganos educativos.

Las decisiones de los órganos educativos competentes relativas a la titulación deben tutelar este principio, que delimita el contenido, estándares o criterios de justificación de esas decisiones. La razón que ha llevado al legislador a adoptar este criterio encuentra acomodo en el principio de inclusión, debido a la particular incidencia de la titulación en los objetivos de plena integración en la vida social y laboral, que pretende salvaguardar el régimen legal de la educación inclusiva.

Este principio se proyecta sobre la regulación de los arts. 4, 22, 28, 31, 35, 39 y 71 de la Ley 2/2006, configurando el mandato constitucional a la educación inclusiva, en su dimensión de permanencia en el sistema educativo, como garantía de *«formación efectiva»* y el *«máximo grado de desarrollo»*.

Se articula en esos preceptos este principio como un parámetro de legalidad de las decisiones relativas a la titulación, si bien se proyecta con un alcance e intensidad distintos en función del tipo de decisión adoptada y del ciclo formativo. Así, alcanza su grado máximo respecto de las decisiones de adaptación curricular (que deberán permitir o facilitar la titulación), configurándose con menor intensidad en las decisiones de titulación tras la evaluación de adquisición de competencias (que deberán basarse en las competencias *«adaptadas»* y no en las competencias *«generales»*). Su alcance difiere también en las enseñanzas obligatorias y postobligatorias.

### **3.3.1. Aplicación del principio de facilitación a las decisiones educativas de adaptación curricular**

Como decíamos, el favorecimiento de la titulación alcanzaría su grado máximo como parámetro de legalidad de las decisiones administrativas de adopción de medidas de adaptación curriculares, cuando puedan afectar a la consecución de las competencias propias de cada etapa educativa. Este parámetro de legalidad encuentra una configuración de distinto alcance en las enseñanzas obligatorias (donde se manifiesta como una prohibición taxativa) y en las postobligatorias (en las que se expresa como un principio orientado a la facilitación de la titulación).

En el ámbito de la ESO, el art. 22.7 de la Ley 2/2006 es claro al establecer que las medidas de atención a la diversidad estarán *«orientadas a la consecución de los objetivos de la educación secundaria obligatoria por parte de todo su alumnado y no podrán, en ningún caso, suponer una discriminación que les impida alcanzar dichos*

*objetivos y la titulación correspondiente*». La prohibición de impedimento de la obtención del título se recoge incluso para las «*adaptaciones de los elementos del currículo que se aparten significativamente de los que determina este real decreto cuando se precise de ellas para facilitar a este alumnado la accesibilidad al currículo*» (art. 20.3 del RD 2017/2022). Este tipo de medidas de atención a la diversidad estarán orientadas a «*permitir a todo el alumnado el desarrollo de las competencias*» de la etapa educativa (art. 19.2 del RD 2017/2002). Esta prohibición debe ser extrapolable a la educación primaria, que debe regirse por principios homogéneos a la ESO, por razón de su carácter obligatorio.

Aun con menor intensidad que en el caso de la ESO, este principio también debe operar como parámetro de legalidad para las adaptaciones curriculares en bachillerato y formación profesional. Utilizando la misma expresión, los arts. 35.3 y 39.7 de la Ley 2/2006 establecen para el bachillerato y la formación profesional que se prestará especial atención a este alumnado y, a estos efectos, «*se establecerán las alternativas organizativas y metodológicas y las medidas de atención a la diversidad precisas para facilitar el acceso al currículo de este alumnado*».

Mediante esa expresión, si bien no de forma taxativa, estos preceptos recogen un principio de orientación de las medidas de adaptación curricular a «*facilitar el acceso [al] currículo*» o titulación.

Del alcance del verbo *facilitar*<sup>18</sup> debe reputarse una preferencia del legislador por la orientación de la adaptación curricular, aun siendo significativa, a la obtención de la titulación como alternativa principal. Por ello, deberán descartarse *a priori* las medidas que puedan dificultar o conducir, aunque sea por su «*contenido, efectos y consecuencias*» (siguiendo la expresión del TSJ), a la no consecución de los objetivos de cada enseñanza o a la obtención del título. O, al menos, deben quedar relegadas a una solución secundaria o residual cuando, en atención a las circunstancias del alumno, se verifique claramente la imposibilidad de adoptar otras medidas, debiendo justificarse, en todo caso, por qué no ha sido posible adoptar otra medida.

Esa facilitación se proyecta sobre las competencias curriculares, que deberán ser adaptadas en atención a las medidas de diversidad requeridas por el alumnado con necesidades especiales, sin que ello impida directa o indirectamente la obtención de la titulación. Para evitar que este principio pierda toda operatividad, las decisiones administrativas deberán justificar las razones que llevan a una adaptación curricular (incluidas las significativas), que no faciliten o que impidan la obtención del título, con arreglo a unas competencias y ob-

---

18 La RAE define *facilitar* como «*hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin*».

jetivos adaptados a las necesidades especiales. Una adaptación curricular que no permita la adquisición del título o que no adapte las competencias y objetivos necesarios adecuadamente, sin una pertinente justificación con arreglo al principio de inclusión del alumnado con necesidades especiales, sería contraria a derecho.

### 3.3.2. Aplicación del principio de facilitación a las decisiones relativas al otorgamiento del título

Como veíamos, en la STS abril 2023, el Tribunal Supremo consideraba, con base en la normativa anterior, que la superación del currículo adaptado no conducía a la obtención de la titulación de secundaria sin el previo examen de la adquisición de competencias con arreglo al contenido establecido para la enseñanza secundaria obligatoria. La evaluación positiva de la adquisición de las competencias requeridas se aplicaría en plano de igualdad a los alumnos con currículo adaptado o con currículo no adaptado. *Obiter dicta*, y sin exteriorizar su razonamiento completo, la sentencia hace unas apreciaciones sobre la normativa en vigor de las que, aun no siendo del todo claras, podría desprenderse que esa conclusión sería igualmente alcanzable con arreglo a la normativa vigente.

Esa conclusión debe reformularse, en nuestra opinión, con base en la versión actual de la Ley 2/2006. En particular, respecto de la relevancia que alcanzan las adaptaciones curriculares y su impacto en el alcance y criterios que deben regir el examen del profesorado como requisito de titulación.

La Ley 3/2020 modifica el art. 31.1 de la Ley 2/2006 e introduce un apartado 10 en el art. 28 que regula los criterios de evaluación de adquisición de las competencias requeridas a los alumnos que cursen la ESO<sup>19</sup>.

Así, aun cuando se establece como requisito para la titulación haber *«adquirido las competencias establecidas y alcanzado los objetivos de la etapa»* tras el examen del órgano educativo, el art. 31.1 de la Ley 2/2006 lo sujeta a *«lo establecido en el apartado 10 del artículo 28»*.

El art. 28.10 establece claramente que, para el alumnado con necesidades especiales, *«los referentes de la evaluación [...] serán los incluidos en las correspon-*

---

19 Aunque en el ámbito del bachillerato no se establece este principio con el mismo alcance, el art. 36.1, párrafo segundo, de la Ley 2/2006 sí impone que *«establecerán las medidas más adecuadas para que las condiciones de realización de las evaluaciones se adapten a las necesidades del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo»*, lo que implica una orientación del examen al currículo adaptado en la evaluación anual de adquisición de competencias.

dientes adaptaciones del currículo, sin que este hecho pueda impedirles la promoción o titulación». Esos preceptos deben completarse con la prohibición de impedimento de obtener la titulación que rige las adaptaciones curriculares (cfr. arts. 22 de la Ley 2/2006 y 19 y 20 del RD 2017/2022 ya analizados).

Esa reforma, si bien no exige la adquisición de competencias para la obtención de la titulación sí establece un distinto estándar de control o evaluación al alumnado con adaptaciones curriculares.

El examen de adquisición de competencias no debe basarse en los criterios o estándares ordinarios aplicables al resto del alumnado, esto es, conforme a los currículos generales, sino en unos criterios adaptados o ajustados en función de las necesidades del alumnado. Los «referentes de la evaluación» deben ser los incluidos en las adaptaciones del currículo, siendo estos los denominados ajustes razonables a los que se refiere la Convención de Personas con Discapacidad.

Ello implica el ajuste del alcance de las competencias requeridas para la ESO mediante una evaluación que atienda a las medidas de atención a la diversidad adoptadas. Esa conclusión se refuerza en la norma al prohibirse que la aplicación de esos «referentes de la evaluación» adaptados pueda comportar o impedir la promoción y titulación. De ello se deriva también que el «contenido, efectos y consecuencias» del currículo adaptado no puede conducir, en ningún caso, a la imposibilidad de obtener la titulación de ESO<sup>20</sup>. Aplicar, en definitiva, el mismo estándar de evaluación a los alumnos con discapacidad y los alumnos sin discapacidad sería contrario a los arts. 31 y 28 de la Ley 2/2006 y podría suponer un trato discriminatorio por razón de la discapacidad, al no encontrarse estos alumnos en una situación comparable u homogénea.

---

20 En un sentido similar se expresa el Ministerio Fiscal, sobre la normativa en vigor, según la transcripción de la sentencia citada: «Defiende que, el colectivo de alumnos con necesidades educativas especiales se enfrenta a la titulación teniendo que valorarse específicamente su grado de acomodación a unos objetivos sin duda genéricos pero claramente enumerados por el legislador (artículo 23) y, por otro lado, con un referente propio que se ha construido para hacer posible que quede integrado en el sistema educativo: las adaptaciones o ajustes (artículo 72), que son la materialización de las medidas para que se haga efectivo en su caso concreto el derecho fundamental a la educación en un escenario de inclusión y que cobran vital importancia en la íntima relación que liga a la evaluación con la promoción y, finalmente, la titulación: el legislador señala categóricamente que su evaluación toma como referente sus adaptaciones curriculares (artículo 28.10). Sostiene que estas adaptaciones son un elemento fundamental de los “ajustes razonables” a los que hace referencia el artículo 2 de la Convención, declarando que la denegación de esos ajustes es lo que constituye una causa de discriminación por motivos de discapacidad. Esos ajustes se entienden como instrumentos para que los sujetos puedan ejercer sus derechos (y, en concreto, el de educación) “en igualdad de condiciones” (artículo 2), con el objetivo de “acceder” al aprendizaje general (artículo 24 Conv.), lo que define la efectividad del derecho a la educación en el caso de las personas con discapacidad».

Así las cosas, la superación de la etapa conforme a las adaptaciones curriculares adoptadas, si bien no automáticamente, sí debe conducir de forma determinante a la obtención de la titulación, debiendo aplicarse un estándar de control o «*referentes de evaluación*» conformes con la adaptación curricular. El currículo adaptado, por tanto, es el criterio que debe regir para la evaluación de la adquisición de competencias necesaria para obtener el título, en lugar del currículo general que contiene las competencias clave para el resto del alumnado. Y las asignaturas del ciclo, conforme al currículo adaptado, son los medios ordinarios para la acreditación de la adquisición de las competencias y consecución de los objetivos para la titulación.

### **3.3.3. Delimitación del principio de favorecimiento o facilitación de la obtención de la titulación**

A partir de las anteriores consideraciones, podemos delimitar el principio de favorecimiento o preferencia de la obtención de la titulación recogido en la normativa vigente, que se configura como un parámetro de legalidad de primer orden de las decisiones de adaptación curricular y titulación.

Ese principio exige que las decisiones de los órganos educativos se orienten a la facilitación de la obtención del título, en atención a las necesidades individuales de cada alumno que justifican la adaptación curricular. Vincula, como parámetro de legalidad, a las decisiones administrativas de formulación de las adaptaciones curriculares (que deben permitir o facilitar la titulación) y de evaluación de la adquisición de competencias previa a la titulación (que debe permitir la titulación, adaptando los estándares de las competencias requeridas a las adaptaciones curriculares).

Aunque ese principio no exime a los alumnos de adquirir las competencias y los objetivos con arreglo a su currículo, sí implica que esa evaluación debe basarse en un distinto estándar o referente de evaluación al alumnado al que se le apliquen adaptaciones curriculares, incluidas las medidas significativas. Por ello, la superación de la etapa educativa es un factor determinante para la titulación, dado que tras la reforma de la Ley 2/2006, la evaluación de competencias a adquirir tomará como referente las adaptaciones curriculares. Este es el cambio que se produce respecto de la normativa anterior, en la que el alumno debía adquirir, a través de su currículo adaptado, las competencias generales aplicables a los alumnos sin necesidades especiales. Así, la superación de la etapa educativa hace concurrir ese factor determinante para la obtención del título, por cuanto es el mecanismo ordinario para acreditar la adquisición de las competencias y objetivos mínimos para obtener la titulación correspondiente.

La Ley 2/2006, en su versión vigente, impone a las decisiones relativas a la titulación (adaptación curricular y otorgamiento) que faciliten o no impidan (directa o indirectamente) la titulación.

Una adecuada formulación del test de motivación que se deriva de este principio podría partir del aplicado por el Tribunal Constitucional (STC 10/2014) y el Tribunal Supremo (SSTS 1976/2017 y 603/2010) para la denegación de la escolarización en el régimen de educación ordinaria.

La STC 10/2014 establece que la justificación a la denegación de la inclusión educativa debe realizarse *«ponderando sus especiales necesidades educativas», mediante un razonamiento que supere el juicio de proporcionalidad «exigido por nuestra doctrina en aquellos casos en los que la actuación cuestionada de los poderes públicos afecta a un derecho fundamental sustantivo (por todas SSTC 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2)»*.

En línea con el voto particular de Ortega Álvarez y Xiol Ríos a la STC 10/2014<sup>21</sup>, el Tribunal Supremo, en las sentencias citadas, apreció sin ambages la *«exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional»* de una adecuada justificación, debido a que los alumnos con discapacidad se *«encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares»*. No basta la mera constatación de la existencia o formulación de unos informes de evaluación de competencias, sino que debe justificarse *«por qué se opta por lo excepcional»*.

Aplicando una exigencia de justificación equivalente, en la adopción de medidas de adaptación curricular, la Administración educativa deberá justificar razonadamente por qué las adaptaciones realizadas, siendo necesarias, no impiden o de qué manera favorecen la titulación, así como el ajuste de competencias requeridas y el grado de desempeño para su adquisición. Asimismo,

---

21 En cuanto al test de motivación, los referidos magistrados advierten la necesidad de exigir una justificación reforzada o cualificada en las decisiones administrativas por su vinculación con un derecho fundamental: *«Estando detrás de la motivación de la resolución impugnada el derecho a la educación de un menor discapacitado, debe exigirse un plus de motivación que hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo en la motivación y ponderación de las circunstancias de cada caso concreto, más aún cuando la discapacidad sufrida por el menor cuya escolarización se pretende, le hace titular de una situación especialmente protegida, no sólo por la Convención antes citada sino, especialmente, por el art. 49 de la Constitución. Cuando la Constitución ha incluido como derecho fundamental el derecho a la educación, en el núcleo de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, su contenido no puede ser desvirtuado sin que se expliciten las detalladas y relevantes razones, por la simple alegación de las dificultades de hacer efectivo dicho derecho social»*.

la evaluación exigida para la titulación debe atender a que los criterios o «referentes de la evaluación» son los establecidos en las adaptaciones curriculares del alumnado (no en los currículos generales). Esas competencias adaptadas son los parámetros de la evaluación de adquisición de competencias y objetivos necesarios para obtener la titulación correspondiente. Se trata de un estándar de evaluación distinto o «adaptado» a estos alumnos. Con arreglo a una adecuada «ponderación de sus necesidades educativas», se debe acreditar la imposibilidad de operar de modo distinto a la falta de obtención de la titulación, por razones que deben tener en cuenta como factor determinante la superación de las asignaturas. La denegación de la titulación a los alumnos que han superado todas las asignaturas deberá tener en cuenta que su configuración, como mecanismo de acreditación ordinaria de la adquisición de competencias y objetivos mínimos, se ha llevado a cabo conforme a las adaptaciones de las competencias curriculares. Es decir, que la superación de las asignaturas es un criterio, si bien no automático, sí determinante de la adquisición de las competencias «adaptadas» necesarias para obtener el título.

Aunque las decisiones de adaptación curricular y de evaluación de adquisición de competencias otorguen cierto margen para la apreciación de circunstancias técnicas psicopedagógicas, la aplicación del principio de favorecimiento o preferencia por la titulación facilita un control judicial pleno de la Administración educativa, por su propia configuración legal y por desenvolverse en el ámbito de un derecho fundamental, mediante la exigencia de justificación reforzada que rige las decisiones de denegación del título. Además, este principio sirve como medida de la seguridad jurídica que requiere el ejercicio de la educación inclusiva en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación. Un especial nivel de certeza o conocimiento de las consecuencias de las adaptaciones curriculares y los ajustes realizados sobre los requisitos mínimos para obtener la titulación es imprescindible para el ejercicio efectivo de ese derecho y el control de las decisiones educativas de adaptación curricular y titulación.

#### 4. CONCLUSIONES

Las limitaciones a la obtención de la titulación, con arreglo a un currículo adaptado, de los alumnos con discapacidad se enmarcan en el ámbito del *derecho a la educación inclusiva o en igualdad*. Como derecho fundamental, la educación inclusiva ha sido delimitada como el mandato constitucional a los poderes públicos de garantizar el acceso y la permanencia en el sistema educativo ordinario del alumnado con necesidades especiales por discapacidad, mediante la adopción de medidas de diversidad conforme a sus necesidades para asegurar su máximo desarrollo.

En el marco de la «*educación en equidad*» (Tít. II de la Ley 2/2006), la legislación vigente establece un estatuto jurídico del derecho a la educación inclusiva de este alumnado. Ese régimen permite responder a la cuestión objeto de nuestro estudio, consistente en determinar las limitaciones legales a la obtención de la titulación por los alumnos que han superado todos los cursos conforme a un «*currículo adaptado*» y con arreglo a qué criterios o parámetros de justificación los órganos educativos competentes pueden denegar la obtención del título.

Para responder a esa cuestión, en nuestra opinión, debe partirse del principio de favorecimiento o preferencia de la titulación, que se configura como un parámetro de legalidad de las decisiones educativas de adaptación curricular y titulación. La correcta aplicación de este principio permite reinterpretar el criterio seguido por la STS abril 2023, con base en la normativa anterior a la Ley 3/2020.

Si bien no exime a los alumnos de la previa evaluación favorable de adquisición de competencias, ese principio exige que las decisiones de los órganos educativos se orienten a facilitar la titulación, en atención a las necesidades individuales que justifican la adaptación curricular. Las decisiones educativas relativas a la adaptación curricular deben permitir o facilitar la titulación y la evaluación de la adquisición de competencias previa debe favorecer la titulación, tomando como referente las adaptaciones de las competencias necesarias para titular.

Las decisiones que puedan conducir a la denegación del título deberán justificarse conforme a ese principio, atendiendo a criterios de inclusión y máximo desarrollo. En las medidas de adaptación curricular, la Administración educativa deberá justificar por qué las adaptaciones realizadas, siendo necesarias, no impiden la titulación o de qué manera la favorecen, así como el ajuste de las competencias requeridas y el grado de desempeño para su adquisición. La evaluación exigida para la titulación debe justificarse o basarse en los «referentes de la evaluación» que se extraen y se aplican con arreglo a lo establecido en las adaptaciones curriculares del alumnado. Para una adecuada «ponderación de sus necesidades educativas», se debe acreditar la imposibilidad de operar de modo distinto a la falta de obtención de la titulación, por razones que deben tener en cuenta como factor determinante la superación de la etapa.

## BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ ALLES, José Joaquín: «La jurisprudencia constitucional sobre el principio de no discriminación por razón de discapacidad», *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar: REFEG*, n.º 10, 2022, p. 7.
- TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS, Sara: «El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del art. 49 CE», *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 12, no 1, 2022, pp. 37-65.
- OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD: *2006-2016: 10 años de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: balance de su aplicación en España*, 2017.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique: «La inclusión educativa y ciudadana de las personas con discapacidad: asimilación a la situación receptora de la generalidad», en *Educación en valores, construir ciudadanía*, Madrid: Dykinson, 2025.
- GARCÍA SABATER, Antonio: «La educación inclusiva como derecho efectivo», *RINED: Revista de Recursos para la Inclusión Educativa*, vol. 1, n.º 1, 2021, pp. 67-79.
- SOUTO GALVÁN, Clara: «La evolución de las políticas educativas: de la integración a la inclusión», *Revista de Educación y Derecho= Education and law review*, n.º 1, 2021, p. 21.

## NORMATIVA

- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo que fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU).
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.
- Real Decreto 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria.
- Real Decreto 243/2022, de 5 de abril, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato.

## SENTENCIAS

- Sentencias del Tribunal Constitucional 81/2021, de 19 de abril, y 10/2014, de 27 de enero.
- Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2023 (rec. 4558/2022); 1976/2017 de 14 de diciembre de 2017, Rec. 2965/2016; 510/2023 de 24 de abril de 2023, Rec. 4558/2022; 861/2019 de 21 de junio de 2019, Rec. 4651/2018; 9 de mayo de 2011, Rec. 603/2010; y 8 de febrero de 2005, Rec. 1630/1999.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 1 de marzo de 2022 (rec. 378/2021).

IV.  
EL ACCESO A CENTROS RESIDENCIALES  
POR PARTE DE PERSONAS CON TEA EN  
LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE  
MADRID



## IV.

### *El acceso a centros residenciales por parte de personas con TEA en la Comunidad Autónoma de Madrid*

AGUSTÍN CAPILLA  
JOSÉ CRUZ  
ROSA CUESTA GÓMEZ  
CLARA MARÍN CÁNOVAS  
DIEGO SÁNCHEZ BORJAS  
MANUEL VÉLEZ FRAGA

**Resumen:** *Este capítulo ofrece un análisis exhaustivo de las barreras con las que se encuentran las personas con trastorno del espectro autista (TEA) en la Comunidad Autónoma de Madrid para acceder a centros residenciales que respondan adecuadamente a sus necesidades. Se pone de manifiesto el profundo desequilibrio existente entre la obligación legal de la Administración de garantizar plazas residenciales y la escasa disponibilidad real de estos recursos. En particular, el capítulo identifica, examina en detalle y propone soluciones en relación con dos bloques de problemas principales: deficiencias del sistema de Lista de Acceso Única y deficiencias en el sistema de adjudicación de plazas bajo el sistema de acuerdos marco y contratos derivados.*

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON TEA EN LA COMUNIDAD DE MADRID**

La sintomatología del trastorno del espectro autista («TEA») suele manifestarse durante los primeros años de la infancia y provoca a largo plazo complicaciones para desenvolverse en la sociedad, ya sea en el ámbito académico, laboral o en las relaciones cotidianas. Muchos niños muestran signos de autismo en su primer año de vida; sin embargo, existe un grupo reducido que parece alcanzar un desarrollo inicial dentro de los parámetros habituales, para después experimentar un período de regresión entre los 18 y los 24 meses, momento en el que aparecen los síntomas definitivos del TEA. Aunque no se dispone de una cura para estas afecciones, un tratamiento temprano e intensivo puede marcar una diferencia significativa en la vida de gran parte de los niños afectados.

Las personas con TEA, al igual que quienes padecen cualquier otra discapacidad, poseen, en condiciones de igualdad respecto de la población general, el derecho a elegir libremente su lugar de residencia y con quién han de compartirla. Asimismo, tienen derecho a acceder a servicios de atención adecuados y adaptados a sus necesidades, sin que importe si viven en zonas urbanas o rurales. Las medidas destinadas a facilitar la atención, el apoyo y la orientación psicológica de las personas afectadas por TEA deben basarse en las particularidades de cada persona, considerando las motivaciones, intereses y circunstancias familiares o sociales que incidan en su bienestar.

En este sentido, la Comunidad Autónoma de Madrid («Comunidad de Madrid» o «CAM») reconoce el derecho de las personas con TEA y de sus familias a acceder a servicios residenciales que ofrezcan el nivel de habilitación, cuidado y apoyo personal y social que la persona precise para su desenvolvimiento diario, incluida la promoción de actividades de ocio y rehabilitación integral. Este derecho debe ejercerse sin ningún tipo de discriminación directa, entendida como aquel trato menos favorable por motivos de discapacidad en comparación con otra persona en situaciones análogas y siempre respetando los principios de personalización de la atención, permanencia y gratuidad.

### **1.2. LA FALTA DE PLAZAS EN CENTROS RESIDENCIALES Y LA LISTA DE ACCESO ÚNICA EN LA COMUNIDAD DE MADRID**

La adjudicación de plazas residenciales para personas con autismo severo en la Comunidad de Madrid se regula en la Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, por la que se aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los Cen-

tros de Atención a Personas con Minusvalía, afectadas de deficiencia mental, que integran la red pública de la Comunidad de Madrid («Orden 1363/1997»).

En virtud de la Orden 1363/1997, la Dirección General de Servicios Sociales e Integración de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales (la «Dirección General» y la «Consejería», respectivamente) es el órgano competente para la adjudicación de plazas residenciales a personas con TEA. Para ordenar el proceso, la Dirección General gestiona una Lista de Acceso Única («LAU») que funciona como registro centralizado en el ámbito de solicitudes de prestaciones de dependencia.

Debido a la insuficiencia de plazas disponibles frente a la demanda existente, la LAU acumula un elevado número de solicitudes pendientes de resolución, lo que genera tiempos de espera prolongados y retrasos significativos en el acceso a los recursos residenciales.

La normativa de desarrollo aplicable establece que, en la elaboración de la LAU, la Dirección General debe establecer la prelación de solicitantes en función de los siguientes criterios:

1. Grado de dependencia.
2. Menor capacidad económica.
3. Fecha de registro de la última solicitud, ya sea la de reconocimiento de la situación de dependencia, la de revisión del grado de dependencia o la del Programa Individual de Atención.
4. Circunstancias personales y sociofamiliares.

Para valorar los distintos criterios que determinan el acceso en la Comunidad de Madrid, se aplica el baremo de valoración de solicitudes detallado en el Anexo III de la Orden 1363/1997<sup>1</sup>. La aplicación del baremo tiene como resultado la asignación de una determinada puntuación a cada interesado en la LAU. A mayor puntuación, mejor posición en la LAU y, a mejor posición en la lista, mayor prioridad para obtener una plaza en un centro residencial (las plazas se asignan en función del orden de la lista). La puntuación obtenida en la primera valoración es susceptible de modificación de oficio o a instancia de los interesados, siempre que se presenten pruebas justificativas.

---

1 Es importante destacar que el Anexo III especifica los criterios que se consideran para la adjudicación de plazas en centros de día y centros ocupacionales, omitiendo mencionar los criterios aplicables a los centros residenciales. Dado que los criterios para la adjudicación de plazas en centros de día son casi idénticos a los de los centros ocupacionales, con la única excepción de los puntos asignados a cada criterio, entendemos que estos mismos criterios se aplican también a los centros residenciales.

### 1.3. LOS ACUERDOS MARCO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Las personas con TEA a las que se les adjudica una plaza residencial por encontrarse en los primeros puestos de la LAU pueden ser derivadas tanto a centros públicos como a centros privados.

Ante la escasez de plazas disponibles en los centros públicos de la Comunidad de Madrid, durante los últimos años han proliferado numerosas asociaciones privadas impulsadas por padres y tutores que han impulsado centros residenciales propios en viviendas adquiridas o alquiladas. Dichas viviendas se adaptan para atender las necesidades específicas de sus hijos, incorporando infraestructuras accesibles, personal médico, cuidadores y otros servicios especializados que garantizan una atención adecuada.

Las personas con TEA que residen en estos centros privados suelen hacerlo, en un primer momento, con financiación a cargo de sus propias familias, mientras esperan que la Comunidad de Madrid les conceda la correspondiente cobertura pública. Esta financiación, es decir, la asignación efectiva de plazas residenciales con cobertura económica pública en centros privados se articula a través acuerdos marcos gestionados por la Dirección General que posteriormente resultan en contratos derivados con los distintos centros privados para financiar plazas concretas.

En términos generales, un acuerdo marco es un procedimiento mediante el cual uno o varios órganos de contratación seleccionan a una o varias entidades, con las que se establecen las condiciones que regirán futuros contratos, sin que dicha selección conlleve por sí sola una adjudicación inmediata de las plazas. Una vez suscrito el acuerdo marco, la Administración está capacitada para formalizar contratos basados en él (los denominados contratos derivados) conforme a los criterios previamente establecidos y con las entidades seleccionadas. Este instrumento tiene como finalidad racionalizar la contratación pública, permitiendo anticipar necesidades futuras que, aunque no sean inmediatas, resultan previsibles, agilizando así la respuesta administrativa cuando dichas necesidades se concretan y evitando la tramitación íntegra de un nuevo procedimiento de licitación en cada caso.

En el ámbito específico de los centros residenciales para personas con TEA, esta modalidad permite a la Administración establecer un marco común de condiciones técnicas, económicas y de prestación del servicio que deben cumplir las entidades interesadas en ofrecer sus plazas. Una vez que se adjudican las plazas bajo el acuerdo marco, la Administración puede celebrar de forma directa con las entidades adjudicatarias contratos derivados para la provisión efectiva de plazas.

De este modo, el sistema está pensado para que discurren en paralelo la adjudicación de plazas a demandantes de plaza residencial según la LAU y la adjudicación a la entidad integrada en el acuerdo marco de la plaza concreta que financiará con cargo a los fondos públicos.

En este contexto, la Comunidad de Madrid publicó, el 4 de mayo de 2023, el «Acuerdo marco que regula las condiciones aplicables a los contratos de servicios de atención a personas adultas dependientes con discapacidad intelectual afectadas de trastornos del espectro del autismo (2 lotes)», identificado con el número de expediente AM-001/2024 y con una vigencia de cuatro años, desde el 1 de enero de 2024 hasta el 31 de diciembre de 2027 (el «Acuerdo Marco 2024»). Este acuerdo sustituyó al anterior, de igual denominación, identificado con el número de expediente AM-007/2019, vigente entre el 1 de enero de 2020 y el 31 de diciembre de 2023 (el «Acuerdo Marco 2020») y, conjuntamente con el Acuerdo Marco 2024, los «Acuerdos Marco»).

A modo ilustrativo, el lote 2 del Acuerdo Marco 2024 prevé la adjudicación de 200 plazas de atención en centro residencial con asistencia diurna, con un coste por plaza de 145,52 euros/día. Dichas plazas fueron asignadas, mediante Orden 3046/2023, de 10 de octubre de 2023 (la «Orden»), a seis entidades privadas que operan en diez centros distintos<sup>2</sup>.

Tras la publicación de la Orden, la Consejería formalizó los contratos derivados para la adjudicación efectiva de plazas con las distintas entidades adjudicatarias bajo el Acuerdo Marco 2024, muchos de los cuales entraron en vigor el 1 de enero de 2024. De acuerdo con lo previsto en dicho acuerdo marco, la asignación concreta del número de plazas a cada contratista se llevó a cabo conforme a los siguientes criterios (que se reproducen a continuación tal como figuran en el Acuerdo Marco 2024):

1. De forma prioritaria se contratarán las plazas teniendo en cuenta los usuarios que ya están siendo atendidos en plaza pública en centro privado financiada con recursos públicos en cada uno de los centros a fin de asegurar la continuidad de la atención.
2. Crecimiento de plazas en caso de disponibilidad presupuestaria. Para la contratación de nuevas plazas, se primará la libertad de elección de

---

2 Este trabajo no tiene por objeto analizar los criterios de asignación de plazas a cada centro previstos en los Acuerdos Marco, sino que se centra, como se expondrá a continuación, en la falta de concreción de dichas asignaciones a través de contratos derivados que adjudiquen efectivamente plazas a personas con TEA y, en los casos en que sí se formalizan tales contratos, en las deficiencias observadas en la aplicación de los criterios establecidos.

los usuarios del servicio público o de sus representantes que soliciten recibir la atención en un centro determinado. Cuando estos no hayan manifestado su preferencia o no haya oferta suficiente de plazas para atender su preferencia, y con el objeto de asegurar una adecuada proximidad territorial, las plazas se contratarán en el municipio donde radique su domicilio y, en caso de que no sea posible, en el municipio más cercano.

3. Cuando en el supuesto anterior exista más de un centro alternativo por proximidad a su domicilio, se adjudicará a aquella entidad que haya realizado la mejor puntuación.

A los autores del presente trabajo les consta que no se ha procedido a la contratación de la totalidad de las 200 plazas previstas en el lote 2 del Acuerdo Marco 2024.

#### **1.4. DOS BLOQUES DE PROBLEMAS FUNDAMENTALES INTERRELACIONADOS**

El sistema de acceso a los centros residenciales por parte de personas con TEA en la Comunidad de Madrid no ha estado exento de importantes problemas prácticos que afectan directamente a su eficacia y, en última instancia, a los derechos de estas personas en especial situación de vulnerabilidad.

A lo largo de este trabajo se analizarán dos bloques de problemas que, además de ser graves en sí mismos, están profundamente interrelacionados: por un lado, aquellos problemas derivados del sistema de LAU (criterios de ordenación deficientes, falta de claridad respecto de la aplicación de los trámites de urgencia y emergencia, y falta de transparencia) y, por otro lado, aquellos derivados del sistema de los Acuerdos Marco y los contratos derivados (alegación por parte de la Administración de falta de disponibilidad presupuestaria y aplicación restrictiva del criterio de continuidad en el tratamiento para la elección del centro).

## **2. MARCO JURÍDICO APLICABLE**

### **2.1. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON TEA**

Los derechos de las personas con TEA están contemplados, entre otros, en los cuerpos normativos que se detallan a continuación:

- artículos 5.3 y 19 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (la «CIPDD»), ratificado por España en 2008;
- artículo 49 de la Constitución española;

- artículos 2, 13.1, 13.4, 15.2, 15.3, 48, 50, y 51.7 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social;
- apartados d) e i) del artículo 3 y artículo 25 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia («Ley 39/2006»);
- artículo 91.7 de la Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid («Ley 12/2022»); y
- artículo 5 del Decreto 271/2000, de 21 de diciembre, que regula el régimen jurídico básico del Servicio Público de Atención a Personas con Discapacidad Intelectual («Decreto 271/2000»).

A modo de síntesis, la normativa vigente garantiza que las personas con discapacidad puedan elegir, en igualdad de condiciones con los demás, dónde y con quién vivir. Esto obliga a los Estados a adoptar medidas para promover la igualdad y eliminar la discriminación.

En consonancia con esta obligación, los poderes públicos deben realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que tienen todos los ciudadanos.

Las Administraciones públicas deben garantizar servicios de atención adecuados mediante la coordinación de recursos y servicios de habilitación y rehabilitación en los ámbitos de salud, empleo, educación y servicios sociales. Esto tiene como objetivo asegurar una oferta de servicios y programas accesibles, suficientes y diversificados, tanto en zonas rurales como urbanas, para las personas con discapacidad.

En lo que respecta a la atención integral, esta debe incluir procesos y medidas de intervención dirigidos a que las personas con discapacidad alcancen su máximo nivel de desarrollo y autonomía personal. Además, busca lograr y mantener su máxima independencia, capacidad física, mental y social, así como su inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, incluyendo la obtención de un empleo adecuado.

La atención, tratamiento y orientación psicológica deben basarse en las características personales de la persona con discapacidad, sus motivaciones e intereses, así como en los factores familiares y sociales que puedan influir en ella. Estos servicios deben estar dirigidos a potenciar al máximo el uso de sus capacidades y su autonomía personal, teniendo en cuenta su proyecto de vida individual. Además, deben formar parte de los apoyos a la autonomía personal y estar coordinados con otros tratamientos funcionales.

Las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho a servicios y prestaciones sociales que atiendan sus necesidades con garantías de suficiencia y sostenibilidad. Estos servicios deben estar dirigidos al desarrollo de su personalidad, su inclusión en la comunidad y la mejora de su calidad de vida y bienestar social. De este modo, las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho, entre otros, a servicios de residencias, otros servicios residenciales y apoyo en su entorno. Este derecho debe ejercitarse sin discriminación directa, definida como la situación en la que una persona con discapacidad es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga debido a su discapacidad.

También juegan un papel muy importante (i) el principio de *«la personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades<sup>3</sup>»*, (ii) el principio de *«la permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida<sup>4</sup>»*, y (iii) el principio de gratuidad para los usuarios en la *«prestación del servicio público por estancia o atención en centros de servicios sociales para personas con discapacidad, propios, contratados o concertados de la Comunidad de Madrid<sup>5</sup>»*. De esta manera, el servicio residencial ofrece, desde un enfoque biopsicosocial, servicios de carácter personal y sanitario.

Además, el servicio residencial para las personas afectadas de retraso mental en la Comunidad de Madrid debe proporcionar servicios de habilitación, cuidado y apoyo personal y social, en el grado necesario para el desarrollo de actividades de la vida diaria, fomento del ocio y actividades de rehabilitación integral.

Por último, pero no por ello menos importante, los servicios de residencias, centros de día y de noche, y viviendas tuteladas pueden ser promovidos por las Administraciones públicas, por las propias personas con discapacidad y sus familias, así como por sus organizaciones representativas. En la promoción de estos servicios por parte de las personas con discapacidad, sus familias y sus organizaciones representativas, se les otorgará protección prioritaria por parte de las Administraciones públicas. La planificación de estos servicios debe atender a la proximidad al entorno en el que desarrollan su vida las personas con discapacidad.

---

3 Apartado d) del artículo 3 de la Ley 39/2006.

4 Apartado i) del artículo 3 de la Ley 39/2006.

5 Artículo 91.7 de la Ley 12/2022.

Como puede observarse, el régimen aplicable incide en un asunto central: las personas con discapacidad tienen el derecho a vivir en una residencia con condiciones que garanticen el máximo respeto a sus derechos fundamentales y promuevan la máxima calidad de vida posible y la convivencia social. Además, se reconoce la protección prioritaria de las acciones de promoción realizadas por las familias de personas con discapacidad grave, donde se incluyen las familias de personas con autismo severo.

## **2.2. ACCESO A PLAZAS RESIDENCIALES POR PARTE DE PERSONAS CON TEA Y LISTA DE ACCESO ÚNICA**

La Ley 39/2006 regula las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia. En virtud de esta ley, las Comunidades Autónomas son responsables de gestionar, dentro de su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia.

Como ya se ha dicho, en la Comunidad de Madrid la adjudicación de plazas públicas residenciales para personas con autismo severo se regula por la Orden 1363/1997, que establece una serie de requisitos generales y especiales para que las personas con discapacidad intelectual puedan acceder a un centro residencial.

Además, la Orden 1363/1997 regula el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas. Concretamente, las solicitudes de acceso deben presentarse en los Centros de Servicios Sociales Municipales, en el registro de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, en el Registro Central de la Comunidad de Madrid o en los registros contemplados en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actualmente artículo 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («LPAC»)).

En virtud de los artículos 14.6 de la Ley 39/2006, 7 del Decreto 54/2015, de 21 de mayo, que regula el procedimiento para reconocer la situación de dependencia y el derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad de Madrid («Decreto 54/2015»), y 7 del Decreto 271/2000, la Dirección General elabora la LAU con base en los criterios de prelación que se han mencionado en el apartado □1.2.

Por otro lado, el artículo 51.7 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social establece que se debe proporcionar

una protección prioritaria para las personas con discapacidad, familias u organizaciones representativas que hayan promovido residencias.

### **2.3. ACUERDOS MARCO**

Los acuerdos marco son contratos administrativos que están regulados por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público («LCSP»). Conforme con el artículo 219.1 LCSP, estos pretenden fijar las condiciones técnico-económicas mínimas que deberán ser garantizadas en los contratos derivados que se acuerden adjudicar a las entidades participantes en el procedimiento de licitación pública.

Los Acuerdos Marco se enmarcan en el ámbito del servicio público autonómico de atención a personas con discapacidad intelectual, se prevé en el artículo 8.2 del Decreto 271/2000.

El Servicio de Atención Residencial para personas en situación de dependencia (que es el objeto de los Acuerdos Marco) está reconocido como un servicio prestado bajo el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Por ello, los centros a los que se les adjudique un contrato basado en el Acuerdo Marco (que, en la terminología de los Acuerdos Marco, se denominan «contratos derivados») pasarán a formar parte de la Red de Centros Públicos de la Comunidad de Madrid (ex artículo 4 del Decreto 54/2015).

### **2.4. LA REGULACIÓN DE LOS TRÁMITES DE EMERGENCIA Y DE URGENCIA PARA EL ACCESO A UN CENTRO RESIDENCIAL**

#### **2.4.1. Trámite de urgencia**

Como se verá en el apartado 3.1.2, la normativa autonómica ha configurado una especialidad del procedimiento administrativo de reconocimiento de la situación de dependencia que habilita a la Administración para resolver con prioridad sobre la solicitud de adjudicación de plaza en un centro residencial. Se trata del trámite de urgencia ex artículo 25.5.b) del Decreto 54/2015.

El trámite de urgencia no posee una regulación pormenorizada dentro de la normativa de atención a personas con discapacidad. En este ámbito co creto, el legislador autonómico no ha previsto expresamente los requisitos que deben concurrir para estimar la aplicación (o no) de esta especialidad del procedimiento.

Ahora bien, sí ha previsto que la aplicación (o no) del citado trámite debe constar expresamente en la propuesta de resolución que la Comisión Técnica de Valoración de la Dependencia (ex artículo 26.1 del Decreto 54/2015) eleve al órgano departamental competente.

Ante la falta de desarrollo normativo, la jurisprudencia ha interpretado, a la luz de casos particulares, cuáles son los requisitos o circunstancias que deben acreditarse objetivamente para estimar que es procedente aplicar el trámite de urgencia:

- Debe concurrir una situación de carácter extraordinario que exija imponer una modalidad de intervención diferente para salvaguardar el interés de la persona solicitante (por ejemplo, que exista una amenaza a la integridad física y psicológica de la persona con TEA causada por episodios de maltrato físico)<sup>6</sup>.
- La Administración tiene la obligación de adoptar su decisión velando por el interés colectivo y por los derechos e intereses legítimos del solicitante<sup>7</sup>.

#### 2.4.2. Solicitud de emergencia

A diferencia del trámite de urgencia explicado en el epígrafe anterior, la normativa autonómica en materia de discapacidad sí tiene en cuenta las circunstancias personales y/o familiares al momento de resolver sobre la adjudicación de una plaza en un centro residencial de una persona con TEA.

Para ello, la citada normativa ha configurado un tipo específico de solicitud, dentro del procedimiento administrativo de reconocimiento de la situación de dependencia, que habilita a la Administración para adjudicar una plaza en un centro residencial a una persona con TEA con independencia del orden de prelación en la LAU (ex artículo 15.1 de la Orden 1363/1997).

Este tipo de solicitud está previsto solo para los siguientes casos «cuando así lo exijan circunstancias excepcionales a fin de salvaguardar su integridad» (ex artículo 15.1 de la Orden 1363/1997). Para acreditar estas circunstancias, en línea con la jurisprudencia citada en el epígrafe 2.4.2 anterior, debe existir una situación que, a nivel personal o en su entorno familiar, tenga la entidad suficiente para afectar o repercutir negativamente en la esfera de los derechos de la persona con TEA.

Además de acreditar la concurrencia de circunstancias excepcionales, la solicitud de emergencia que presente la persona con TEA deberá acompañar los siguientes informes preceptivos (ex artículo 15.2 de la Orden 1363/1997):

---

6 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 8.ª) núm. 500/2021, de 15 de abril, rec. 489/2019 (ECLI:ES:TSJM:2021:3933).

7 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 8.ª) núm. 5413/2019, de 28 de junio, rec. 533/2017 (ECLI:ES:TSJM:2019:5413).

- Informe de los Servicios Sociales Municipales o de los Órganos Jurídicos o Tutelares que acredite la situación de emergencia.
- Informe-propuesta de la unidad correspondiente de la Dirección General de Servicios Sociales.

La referida previsión normativa impone a la Administración el deber de motivar, en la resolución que se dicte, cuál es la circunstancia de emergencia que concurre en la solicitud en concreto (ex artículo 15.3 de la Orden 1363/1997).

No obstante, la Administración está facultada para limitar la duración de la plaza que se adjudique por la solicitud de emergencia, siempre y cuando se acredite, con carácter previo, que es razonable prever que tal circunstancia de emergencia pudiera desaparecer (ex artículo 15.4 de la Orden 1363/1997).

### **3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

#### **3.1. DEFICIENCIAS DEL SISTEMA DE LAU**

La aplicación del ordenamiento jurídico descrito conlleva distintos problemas. El primero de los bloques de problemas en el sistema de acceso a los centros residenciales radica, como ya se ha adelantado, en la conformación de la LAU. A continuación, desarrollamos las deficiencias que presentan algunos de los criterios para la ordenación de la lista, la falta de claridad normativa respecto de los denominados trámites de urgencia y emergencia y la falta de transparencia de la lista.

##### **3.1.1. Los criterios para la ordenación de la LAU**

###### **3.1.1.1. Grado de dependencia**

Conforme a la normativa aplicable, la evaluación del grado de dependencia de las personas que solicitan plaza residencial se realiza mediante un proceso meticuloso y multifacético que incluye la revisión de informes de salud, que se basan en análisis médicos detallados y exhaustivos. Además, se considera el contexto en el que la persona se desenvuelve, lo que implica un análisis detallado de su entorno físico, social y familiar. Este enfoque holístico asegura que se tenga en cuenta la totalidad de las circunstancias que afectan la vida diaria del interesado.

Una parte esencial de la evaluación es la entrevista personal con la persona evaluada para obtener una perspectiva más precisa y directa de sus capacidades y necesidades. Esta entrevista se centra en la información recabada por los informes previos.

Otro componente clave es la observación directa y la verificación de las capacidades de la persona evaluada. Además, se llevan a cabo pruebas específicas en un entorno estructurado para evaluar de manera objetiva las habilidades y limitaciones del interesado. Cabe destacar que no existe un protocolo fijo para estas pruebas, ya que se adaptan al caso particular y dependen del criterio del entrevistador. Esta flexibilidad permite una evaluación más personalizada y precisa, ajustada a las necesidades y circunstancias únicas de cada persona.

Con estas valoraciones, el baremo del Real Decreto 174/2011 asigna un grado de dependencia a cada persona evaluada. El baremo asigna una puntuación de entre 75 y 100 puntos a las personas con grado III, de tal manera que el grado de discapacidad conforme al baremo se determinaría como «grado III, X puntos».

Establecer un orden de prioridad basado en el grado de dependencia puede parecer sencillo, pero en la práctica presenta dos problemas fundamentales cuando se utiliza para adjudicar plazas en residencias públicas para personas con autismo severo.

En primer lugar, los centros residenciales para personas con autismo severo son especializados y solo admiten a personas con este tipo de autismo, quienes tienen el grado máximo de dependencia, es decir, grado III. La normativa vigente establece un orden de prelación basado en el grado de dependencia, lo que significa que todas las personas con grado III son consideradas de igual manera, sin tener en cuenta los puntos específicos de dependencia obtenidos dentro de cada grado (determinados según el baremo del Real Decreto 174/2011). Así, una persona con 90 puntos en el baremo de dependencia no tendrá prioridad sobre una persona con 75 puntos, aunque la primera necesite más atención y ayuda. Esta es una limitación del sistema actual, ya que no permite una priorización más precisa basada en la severidad específica de la dependencia reconocida legalmente para cada interesado. Esto sugiere la necesidad de replantear el sistema teniendo en cuenta para la priorización los puntos obtenidos empleando el baremo del Real Decreto 174/2011.

En segundo lugar, el Anexo III de la Orden 1363/1997 incluye algunos criterios de valoración para la adjudicación de plazas basados en la dependencia (por ejemplo, si la persona puede cuidar de sí misma). Esta inclusión es redundante, ya que estos criterios ya se han considerado al determinar el grado de dependencia y pueden haber sido determinantes para clasificar a una persona en un grado específico. Incluirlos nuevamente en la valoración para la adjudicación puede llevar a considerar un aspecto dos veces, lo cual puede ser perjudicial para la persona interesada. Además, puede generar situaciones

contradictorias donde personas en situaciones idénticas y con el mismo grado de dependencia obtengan puntuaciones diferentes en la LAU debido a que el evaluador consideró dos veces un criterio ya valorado en el examen de dependencia.

En resumen, es imposible lograr una adjudicación prioritaria de plazas públicas basándose en un aumento de los puntos del grado de discapacidad, ya que la normativa solo considera el grado de dependencia, que, según hemos podido saber, es siempre el máximo para todas las personas potencialmente adjudicatarias de una plaza en una residencia pública de autismo severo.

Por lo tanto, se debería revisar el sistema actual para que la priorización también tenga en cuenta los puntos específicos obtenidos en la valoración de dependencia. Asimismo, se deberían suprimir de la Orden 1363/1997 aquellos criterios de valoración que ya fueron considerados durante la evaluación de la dependencia, ya que valorar dos veces el mismo aspecto puede llevar a situaciones perjudiciales para los interesados.

### **3.1.1.2. Capacidad económica**

Al evaluar la capacidad económica de los interesados, el segundo de los criterios para la elaboración de la LAU, se consideran la totalidad de los ingresos que perciben de forma recurrente. Como estas personas se encuentran imposibilitadas para trabajar debido a su alto grado de discapacidad, la casuística de posibles ingresos se reduce a ayudas destinadas a aliviar sus difíciles circunstancias: pensiones de orfandad, intereses generados por patrimonios protegidos, ayudas públicas, donaciones privadas, etc.

En la práctica, este criterio para medir la capacidad económica del solicitante lleva a que reciban menos puntos quienes perciben algún tipo de ayuda, frente a quienes no las perciben por no encontrarse en una especial situación de vulnerabilidad. De esta forma, quien peor situación económica tiene de forma globalmente considerada, a ojos de la LAU tienen una posición favorecida que les aleja de los primeros puestos. Teniendo en cuenta que la mayor parte de los solicitantes no tiene ningún ingreso, aquel que perciba alguna ayuda se pone inmediatamente detrás de todos ellos.

Considerar estas cuantías, muchas veces mínimas, como un factor determinante en la evaluación económica es injusto y no refleja la verdadera necesidad de apoyo y atención de estas personas.

Ocurre, además, que muchas veces los interesados desconocen que estas rentas mínimas son las que no les permiten ascender en los puestos de la LAU. En este sentido, es recomendable que soliciten un certificado fiscal para com-

probar cuál es la renta del interesado que está empeorando su posición en las listas. Esto permitirá intentar eliminar esa renta para pedir una revisión de la puntuación asignada.

El carácter problemático del enfoque tiene como punto de partida la consideración de la capacidad económica de los interesados y no del núcleo familiar en el que se integran. Cuando nos referimos a una persona con discapacidad, no parece lógico considerar solo los ingresos que estén subjetivamente asignados a esta persona, sino la de su núcleo familiar, que será quien subvenga sus necesidades ordinariamente.

Además, otorgar tanta importancia a la capacidad económica (hasta 15 puntos en la LAU), cuando lo que debería primar es la situación de vulnerabilidad de las personas y su necesidad de estar atendidas en un centro adecuado, es contraproducente. Lo que realmente debería considerarse con mayor peso es la capacidad de la familia para proporcionar el cuidado necesario.

Por el contrario, en la práctica, al margen de los puntos otorgados en la LAU en situaciones de desamparo, orfandad, explotación o convivencia con otros discapacitados, solo se tiene en cuenta la edad de los progenitores, hasta un máximo de 9 puntos, o 22 puntos si incluimos en esta categoría los problemas que puedan presentar las viviendas de las personas con autismo severo. Es decir, se da mucha más importancia a la capacidad económica en lo referente a la LAU que a la capacidad de cuidado. Esto puede dar lugar a problemas, ya que es posible que familias con ingresos más elevados que otras, sin embargo, no puedan proporcionar la asistencia necesaria a las personas dependientes que las familias de menores ingresos sí que pueden.

En conclusión, es fundamental que el sistema de valoración económica se revise para que refleje de manera justa y precisa la verdadera necesidad de apoyo y atención de las personas con autismo severo. La evaluación debe centrarse en la vulnerabilidad y las necesidades específicas de los solicitantes, en lugar de basarse en criterios económicos.

### **3.1.2. Falta de claridad respecto de la aplicación de los trámites de urgencia y emergencia**

El legislador autonómico ha previsto expresamente un tipo de solicitud para abordar situaciones de carácter extraordinario en las que no resulte razonable que la persona solicitante deba esperar a que se encuentre en una determinada posición dentro de la LAU para que se le adjudique una plaza en un centro residencial.

Esta circunstancia, aunque está regulada expresamente, no incluye una obligación para la Administración de resolver, con la mayor anticipación posible, sobre la adjudicación de la plaza que se adecúe a las necesidades de la persona solicitante con TEA. En cualquier caso, conforme al artículo 33.1 de la LPAC, sería congruente que, bajo una solicitud de emergencia, la Administración actúe con mayor celeridad y con un menor plazo de resolución.

En este aspecto, ni la Orden 1363/1997 ni el Decreto 54/2015 prevén, por un lado, si la persona solicitante con TEA puede solicitar que se tramite con urgencia su solicitud de adjudicación de plaza en centro residencial o, por otro lado, si corresponde a los Servicios Técnicos Municipales solicitar tal tramitación. Tampoco existe un apartado reservado para una solicitud de este carácter en el modelo normalizado que se ha aprobado para acreditar que concurre la situación de emergencia<sup>8</sup>.

De hecho, este carácter poco claro se evidencia también con el uso de la denominación emergencia social en el modelo normalizado antes citado en lugar de situación de emergencia en los términos de la Orden 1363/1997. La remisión a *emergencia social* alude a circunstancias extremas que tienen la entidad de perjudicar o afectar al conjunto de la población en lugar de a circunstancias que afecten a la persona solicitante con TEA en sí misma, por lo que no solo se impone un umbral excesivo para el solicitante, sino que es imposible de acreditar objetivamente<sup>9</sup>.

En este supuesto, parece más razonable remitirnos al concepto de *urgencia social* que desarrolla la Ley 10/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, para cuya acreditación se debe remitir a las circunstancias personales o familiares de la persona solicitante con TEA.

Esta confusión en la regulación genera incertidumbre por cuanto impide a la persona solicitante conocer, de forma previsible, cuál es el mecanismo que, bajo el procedimiento administrativo, le permitiría solicitar que se actúe con urgencia para resolver su solicitud a la vista de las circunstancias

---

8 Resolución de la Dirección General de Atención a Personas con Discapacidad, de fecha 10 de octubre de 2018, por la que se aprueba el modelo normalizado de solicitud de acreditación de situación de emergencia social de personas con discapacidad (BOCM de 22 de febrero de 2019).

9 *Vid.* artículo 10.3: «A los efectos de esta ley, se consideran situaciones de emergencia social los accidentes, estragos, catástrofes, pandemias o cualquier otra circunstancia susceptible de causar graves daños a la población, que puedan producir estados de vulnerabilidad y desprotección social sobrevenidas e inesperadas a un grupo de personas, de conformidad con la normativa sobre protección de la seguridad ciudadana, protección civil y gestión de las emergencias que sea aplicable».

extraordinarias que pueda padecer. Como refleja la jurisprudencia<sup>10</sup>, parece que la práctica administrativa consolidada se ha inclinado por reconocer que, de facto, es responsabilidad del órgano técnico municipal (y no de la persona solicitante con TEA) solicitar la tramitación por vía de urgencia.

En línea con la valoración anterior, la confusa regulación que existe entre ambas figuras jurídicas dentro del procedimiento administrativo de adjudicación de plaza también comporta dificultades para determinar si es aplicable (o no) la solicitud de emergencia. En particular, no cabe tramitar una solicitud de emergencia en el caso de que los Servicios Técnicos Municipales competentes no utilicen el modelo normalizado para remitir su informe acreditando que concurre una situación de emergencia<sup>11</sup> (a criterio de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, que es el órgano competente para conocer de este tipo de solicitudes).

Tal práctica administrativa conculcaría directamente la seguridad jurídica (ex artículo 9.3 de la Constitución), en su vertiente relativa a la aplicación del principio antiformalista, que también se manifiesta, en lo relativo al presente supuesto, en el contenido del artículo 115.2 de la LPAC<sup>12</sup>. La persona solicitante con TEA no tiene el deber jurídico de soportar unas supuestas consecuencias por una denominación de la solicitud que, a juicio de la Administración, es incorrecta (en concreto, por no utilizar el modelo normalizado). Ello es congruente con la circunstancia de que está aceptado de forma pacífica por nuestra jurisprudencia que existe el deber de la Administración de tramitar una solicitud de emergencia si así se deduce de su carácter<sup>13</sup>.

En cualquier caso, la valoración que realice la Administración respecto de la solicitud de emergencia no puede comprender criterios excesivamente formalistas que obstaculicen el acceso de la persona solicitante con TEA a una plaza tras acreditar su situación de emergencia.

Esta interpretación se colige con la obligación que vincula al Estado español, en este caso a la Comunidad de Madrid por ser el órgano administrativo

---

10 *Vid.* Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 3.ª) núm. 7186/2022, de 2 de junio, rec. 989/2020; y (Sección 8.ª) núm. 134/2025, de 14 de marzo, rec. 37/2023.

11 *Vid.* Resolución del Viceconsejero de Familia, Juventud y Política Social núm. 1439/2023, de 14 de abril, por la que se resuelve el recurso de alzada interpuesto en el exp. núm. 194372022.

12 «*El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.*».

13 *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2020, rec. 7460/2018; y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de junio de 2021, rec. 616/2019.

competente, bajo el artículo 28.1 de la CIPDD, de adoptar las medidas pertinentes para garantizar que la persona solicitante con TEA tenga un nivel de vida adecuado. La adopción de estas medidas, dado el carácter genérico de este concepto, incluiría también las prácticas administrativas. De hecho, esta interpretación sería la más adecuada en el marco de la obligación de buena fe que rige la conducta de los Estados bajo el derecho internacional, por la cual se implementan todas las acciones posibles para hacer efectivo el cumplimiento de una obligación emanada directamente de la CIPDD<sup>14</sup>.

Por ello, el criterio que debería guiar o inspirar la actuación de la Administración al resolver, por ejemplo, una solicitud de emergencia debe ser la obligación de hacer efectivo el derecho de la persona solicitante con TEA de acceder a financiación pública para sufragar el coste relacionado con su discapacidad<sup>15</sup>. En caso contrario, se estaría configurando un supuesto de vulneración de la obligación emanada de la CIPDD debido a la aplicación de un criterio administrativo excesivamente formalista que impide a una persona solicitante con TEA de acceder a fondos públicos para sufragar el coste de su discapacidad.

### 3.1.3. Falta de transparencia

Es inevitable mostrar una postura igualmente crítica con la falta de transparencia del proceso de formación de la LAU.

Esta falta de transparencia provoca que los interesados únicamente conozcan la posición que ocupan, pero ignoren la posición que ocupan otros. Esto ha de matizarse levemente, pues la Dirección General tiene la obligación de hacer pública la relación de los cien primeros puestos, manteniendo respecto del resto el carácter reservado. Esta opacidad tiene como consecuencia que, ante la atribución de una plaza, aquel que se considere perjudicado no pueda conocer a qué perfiles se les ha dado mayor prioridad. Tratándose de un entorno en el que las familias tienden a conocerse e incluso a saber las circunstancias particulares de cada una podría argumentarse, no sin cierta razón, que la publicidad de la LAU podría suponer una vulneración de la privacidad que

---

14 *Vid.* artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución; CERVERA YÑESTA, Carlos y SÁNCHEZ BORJAS, Diego: «Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los órganos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 y 13 de junio de 2023», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, 2023, pp. 255-256.

15 Observación general núm. 5 (2017), del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, apdo. 92.

ofendiera a unas y otras familias; unas, las que ocupan los primeros puestos, al ver que sus circunstancias (económicas, familiares, médicas) son más desfavorables que las del resto; y otras, que ocupan las últimas posiciones, que preferirían sentirse agraviadas de aquella manera y ocupar una mejor posición.

La cautela que pudo motivar la falta de transparencia es razonable y, sin embargo, no la compartimos por varias razones. En primer lugar, porque la Dirección General hace públicos los cien primeros puestos. Esto significa que los usuarios con las mejores valoraciones (o, lo que es lo mismo, con las circunstancias más graves) sí quedan expuestos, por lo que en modo alguno se justifica la protección de la intimidad del resto y no la suya ni la arbitrariedad a la hora de dar publicidad.

Y, en segundo lugar, porque la falta de información sobre los demás puestos de la LAU y los criterios que los motivan impide, en la práctica, recurrir la propia posición, y ello a pesar de que la propia Orden 1363/1997 establece que la resolución que contiene el listado puede ser objeto de recurso ordinario en el plazo de un mes. La regulación del recurso es, por tanto, una previsión meramente formal y obligada.

Por ello, y dada la falta de información para recurrir de la que disponen los usuarios y sus familiares, parece susceptible de crítica la postura de la Administración, que, para evitar la litigiosidad o, en su defecto, las posibilidades de que el recurso prospere, ha entorpecido los mecanismos de defensa.

Se trata, además, de un desequilibrio respecto de los principios que informan los procedimientos públicos, especialmente el de transparencia, que resulta imprescindible en un sistema en el que unos afectados acceden a unas plazas, mientras que otros se quedan fuera. No solo atenta contra el derecho de defensa, sino que también supone un régimen excepcional de opacidad, inhabitual en la práctica de las Administraciones en general y en el de la Comunidad de Madrid en particular, que en situaciones similares ha optado por una transparencia mucho más razonable.

Por ejemplo, la resolución definitiva (Orden 2989/2023, de 17 de agosto, del Consejero de Educación, Ciencia y Universidades, por la que se resuelve la convocatoria para la concesión de ayudas a alumnos con discapacidad que cursan estudios universitarios o de enseñanzas artísticas superiores en el curso 2022-2023) de la Convocatoria 2023-2024 de Becas para alumnos con discapacidad publica la relación de alumnos becados y su porcentaje, accesible para los interesados, dispone lo siguiente: *«Conceder las ayudas convocadas por la precitada Orden 667/2024, de 9 de marzo, para los alumnos con discapacidad igual o superior a 33 por 100 que cursan estudios universitarios o de enseñanzas artísticas superiores en la Comunidad de Madrid (curso 2023-2024), por el importe determinado en cada caso, a los solicitantes que figuran en el Anexo I, «Beneficiarios», de esta Orden».*

### **3.2. DEFICIENCIAS EN LA ADJUDICACIÓN DE PLAZAS A CENTROS RESIDENCIALES PRIVADOS BAJO LOS ACUERDOS MARCO**

El segundo de los bloques de problemas derivados del sistema de acceso a centros residenciales para personas con TEA está relacionado con la forma en la que se regula la concreción de los Acuerdos Marco en contratos derivados. En concreto, a continuación, abordamos la alegación por parte de la Administración de falta de disponibilidad presupuestaria para no celebrar contratos derivados y la aplicación restrictiva del criterio de la continuidad en el tratamiento para la elección del centro.

#### **3.2.1. La falta de disponibilidad presupuestaria como argumento para no adjudicar nuevas plazas en contratos derivados**

El primero de los problemas que plantea a nuestro juicio la ejecución de los Acuerdos Marco en el ámbito de la atención residencial para personas adultas con TEA es la invocación por parte de la Administración de la supuesta falta de disponibilidad presupuestaria como justificación para no celebrar contratos derivados. Esta práctica, además de afectar de forma grave a personas en máxima situación de vulnerabilidad, plantea serias dudas de legalidad. Nos consta que una parte sustancial de las 200 plazas previstas en el Acuerdo Marco 2024 no han sido finalmente objeto de contratación derivada, lo que priva de efectividad a ese instrumento para muchas personas con TEA que permanecen en la LAU a la espera de una plaza.

Debe recordarse que la propia LCSP impone la necesidad de que, en toda actuación contractual de la Administración, se garantice la existencia de crédito adecuado y suficiente desde el momento de la preparación del expediente. Así, el artículo 35.1 exige que el contrato contenga, como parte de su contenido mínimo, *«el crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso»*. Este requisito es reiterado en el artículo 116, que establece la necesidad de incorporar al expediente el certificado de existencia de crédito o documento equivalente. Además, el artículo 39.2 señala que serán nulos de pleno derecho los contratos que se celebren sin crédito suficiente, salvo en los supuestos de emergencia. La finalidad de estas normas es clara: evitar que la Administración ponga en marcha un contrato público sin contar con los fondos necesarios para ejecutarlo.

Estos preceptos son plenamente aplicables a los Acuerdos Marco, tal como se establece expresamente en el artículo 220.1 LCSP. En consecuencia, la aprobación de un acuerdo marco requiere necesariamente la previsión y consignación presupuestaria de los recursos que permitirán ejecutar los contratos derivados. Si no se cuenta con dicha disponibilidad en el momento de apro-

bación del acuerdo marco, este deviene inválido de pleno derecho, lo cual generaría consecuencias jurídicas de gran calado, al afectar directamente a la seguridad jurídica de las entidades adjudicatarias y, más importante aún, a los derechos de las personas usuarias del servicio.

Desde esta perspectiva, no resulta jurídicamente admisible que una Administración alegue la falta de disponibilidad presupuestaria como excusa para no suscribir contratos derivados que ya han sido previstos, evaluados y adjudicados dentro del marco de un procedimiento reglado como los Acuerdos Marco. Esta conducta no solo vulnera los principios de buena administración y eficacia, sino que desnaturaliza el propio acuerdo marco como herramienta de planificación y racionalización de la contratación pública.

Una de las novedades más preocupantes del Acuerdo Marco 2024 respecto de su antecesor, el Acuerdo Marco 2020, es la incorporación expresa del argumento de la falta de presupuesto como justificación para no celebrar contratos derivados. Mientras que en el marco del Acuerdo anterior esta alegación se formulaba de forma reactiva —es decir, como respuesta informal a las solicitudes de contratación de plazas no ejecutadas—, el Acuerdo Marco 2024 consagra esta práctica de forma explícita, al establecer que solo se incrementará el número de plazas contratadas cuando exista «disponibilidad presupuestaria». Esta previsión es jurídicamente inadmisibles, pues supone la constatación por escrito de una práctica contraria al principio de legalidad y al derecho de acceso efectivo a los servicios públicos, al condicionar la ejecución de un procedimiento adjudicado a un criterio discrecional no previsto legalmente como causa legítima para eludir la contratación.

### **3.2.2. Aplicación restrictiva del criterio de la continuidad en el tratamiento para la elección del centro**

Al igual que ocurre con el argumento de la insuficiencia presupuestaria, la Comunidad de Madrid ha materializado en el Acuerdo Marco 2024 uno de los argumentos que, a nuestro juicio de forma errónea, ha venido esgrimiendo para no dar prioridad en la contratación de contratos derivados a las personas que hacen ya uso de las plazas de los centros privados con financiación propia.

Como decíamos, bajo los Acuerdos Marco, a las personas que están en los primeros puestos de la lista se les ofrece la posibilidad de ocupar una plaza en un centro privado con financiación pública. Pues bien, el primero de los criterios para decidir cuál de los centros privados es el que va a acoger a la persona en cuestión tiene que ver con que pueda mantener la continuidad en su tratamiento. Es decir, si estaba disfrutando ya de una plaza en un centro, se trata de que pueda seguir ocupando esa plaza bajo el contrato derivado.

Sin embargo, la Comunidad de Madrid ha introducido un criterio totalmente arbitrario para aplicar este criterio terapéutico: solo podrán elegir el centro privado en el que ya viven aquellas personas que hubiesen ocupado la plaza en ese centro con un contrato derivado anterior. A sensu contrario, si la persona ocupaba la plaza en un centro privado con financiación propia, el criterio terapéutico de la continuidad en el tratamiento no se aplicaría y podría ser asignado a otro centro de conformidad con el resto de los criterios.

El criterio de la Administración contraviene no solo el sentido común, sino la normativa aplicable, y, en especial, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, prevé el principio de *«la personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades»*, y el principio de *«la permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida»*.

Cronológicamente, en un primer momento, los Acuerdos Marco de adjudicación de plazas públicas en centros residenciales para personas con autismo severo establecían que, de forma prioritaria, se contratarían las plazas teniendo en cuenta a los usuarios que ya estaban siendo atendidos en cada uno de los centros, con el objetivo de asegurar la continuidad de la atención. Este enfoque se centraba en la continuidad en el mismo centro en el que se encontraba la persona discapacitada, ya fuera público o privado. Es decir, los acuerdos marco daban prioridad a aquellos casos en que personas con derecho a plaza financiada con fondos públicos estuvieran siendo atendidas en el centro adjudicatario de cada acuerdo.

No obstante, el criterio de la Administración ha sufrido un cambio, de tal manera que los siguientes Acuerdos Marco incluyen que, de forma prioritaria, se contratarán las plazas teniendo en cuenta a los usuarios que ya están siendo atendidos en plaza pública en cada uno de los centros, a fin de asegurar la continuidad de la atención. Este cambio en el tenor literal de los Acuerdos Marco supone un perjuicio claro para las personas que han permanecido en un centro toda su vida mediante un acuerdo privado, ya que su permanencia en él no computa a efectos de determinar la continuidad de su tratamiento.

Concretamente, el criterio de la continuidad del tratamiento es un criterio, en todo caso, terapéutico, que no depende de que el tratamiento se esté llevando a cabo en plaza pública o privada, sino que responde a las circunstancias personales del que lo recibe, sea cual sea la financiación de dicho tratamiento. De este modo, el enfoque de la Comunidad de Madrid debería ser revisado para reconocer y valorar el tiempo y esfuerzo invertido por las familias en mantener la estabilidad y el cuidado adecuado para sus seres queridos.

En estos casos, las prestaciones económicas vinculadas a los servicios que disfrutaban las personas internadas en centros privados obligan a la Comunidad de Madrid a supervisar el cumplimiento de la finalidad para la que fueron concedidas. Se trata de sistemas de dependencia de la Comunidad de Madrid, vinculados a centros donde los beneficiarios reciben una prestación económica vinculada al servicio transitorio y a la espera de la plaza pública gratuita que les corresponde. Por ello, la consideración de que las plazas ocupadas son «privadas» no puede llevar al equívoco de pensar que se trata de plazas ajenas al sistema de dependencia de la Comunidad de Madrid. Al contrario, se encuentra dentro del control y supervisión de la Comunidad y, por lo tanto, debería tenerse en cuenta para la adjudicación de las plazas, toda vez que cualquier cambio en la situación residencial de los afectados *«supondría un des-ajuste en su bienestar emocional que no haría sino agravar las dificultades en la conducta del usuario»*.

## 4. CONCLUSIONES

### 4.1. REFLEXIÓN GENERAL SOBRE EL SISTEMA ACTUAL

Uno de los principales retos que suscita la problemática que analizamos en este trabajo viene determinado por la disponibilidad de plazas en centros de atención, tanto públicos como privados. La realidad ha demostrado que existe una demanda superior a la de la disponibilidad de plazas en centros públicos, lo que ha motivado que surjan iniciativas privadas encaminadas a la habilitación y construcción de infraestructuras para la atención de las personas con TEA.

Es aquí donde se plantea el problema de fondo que, a nuestro juicio, requeriría soluciones distintas a las actualmente implementadas. En la práctica sucede que los centros de iniciativa privada que se ponen en marcha son el fruto, en muchas ocasiones, de la promoción realizada por asociaciones integradas por los padres o tutores de las personas con TEA que posteriormente los ocuparán. Es decir, los promotores de estos centros son entidades sin ánimo de lucro, creadas como fórmulas para aunar esfuerzos por parte de las familias directamente interesadas en la existencia de infraestructuras adecuadas para la atención de aquellos de sus miembros que tienen esta necesidad. En nuestra experiencia, hemos advertido que, por las características de esta realidad, es infrecuente que promotores con un legítimo ánimo de lucro pongan en marcha este tipo de centros.

En estas circunstancias, nos encontramos en un escenario especialmente propicio para la adopción de fórmulas de colaboración público-privada. Por una parte, la iniciativa pública no alcanzaría a la creación de centros suficientes

para atender la demanda existente. Y, por otro lado, la iniciativa privada de las características descritas (entidades sin ánimo de lucro integradas por las propias familias demandantes) no solo tiene un interés claro en la promoción de este tipo de centros, sino que de hecho los ha promovido y puesto en marcha de manera habitual. Esa iniciativa privada ha colmado, en consecuencia, un espacio de atención al que el poder público no alcanza a llegar.

Sin embargo, hasta donde hemos podido ver, la fórmula de colaboración público-privada que se ha articulado para que las plazas de esos centros de iniciativa privada puedan financiarse con cargo a fondos públicos ha sido, esencialmente, la del concierto. Como es sabido, la figura del concierto consiste en la gestión de un servicio público mediante la encomienda de la prestación de ese servicio con aquellas entidades que vengán prestando servicios análogos a los que constituye el servicio público de que se trate. Y, de este modo, el concierto es una fórmula extraordinariamente frecuente en el ámbito de la educación pública o de la sanidad.

En las figuras habituales en las que se aplica el concierto (como son los referidos ámbitos educativos o sanitarios) sucede, sin embargo, que las entidades que prestan ese servicio análogo no son equiparables a estas asociaciones o entidades integradas por las propias familias demandantes del servicio. Esto es, una institución religiosa o educativa que ponga en marcha un colegio concertado, o una entidad privada que preste un servicio sanitario con la que se concierten determinadas prestaciones de la sanidad pública, no está habitualmente creada por las propias familias de los alumnos o de los usuarios de la Seguridad Social.

En el caso de la atención a personas con TEA, las entidades promotoras de los centros sí tienen esa característica singular. Sí es frecuente que sean las entidades integradas por las propias familias las que hayan puesto en marcha los centros. Y es ahí donde pueden producirse desajustes y problemas derivados del modelo del concierto.

Al aplicarse este modelo, la situación que se produce es la de que una familia que haya participado, mediante su integración en una asociación de este tipo, en la promoción y puesta en marcha de un centro habrá invertido recursos y esfuerzos en esa puesta en marcha. Sin embargo, como consecuencia de ello, no tendrá ningún elemento favorable para lograr que el miembro de la familia con TEA pueda ser atendido en ese centro. Y ello, como consecuencia de esa separación en compartimentos estancos del procedimiento de asignación de las plazas a través de la LAU y la aplicación del sistema de conciertos.

Es ahí donde se pueden producir situaciones que resultan particularmente problemáticas para las familias que han hecho esa inversión de recursos y es-

fuerzos, ya que esas familias pueden ver que, a pesar de tal dedicación de recursos y esfuerzos, la asignación de plaza pública se produce en centros distintos de aquellos en que sus miembros con TEA se ven atendidos. Y es ahí, en último término, donde la política de asignación de plazas puede producir un desincentivo para la adecuada articulación de la colaboración público-privada (ya que se reducen los incentivos para cubrir las plazas promoviendo centros de iniciativa privada en aquellos espacios a los que no llega el poder público).

Las reflexiones que planteamos en este trabajo conducen a pensar que, dentro de las fórmulas previstas en el derecho administrativo para el fomento de actividades de interés general (como aquí inequívocamente ocurre), sería seguramente más adecuada la fórmula de subvenciones o ayudas específicamente dirigidas a este tipo de situaciones. Esto es, nos referimos a un modelo subvencional en el que se fomente que una entidad privada que cree un centro de atención a personas con TEA específicamente dirigido a los familiares de los integrantes de la entidad pueda disponer de ayudas que financien esas plazas al modo en el que se hace actualmente con el sistema de conciertos.

#### **4.2. CONCLUSIONES CONCRETAS SOBRE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS**

Al margen de la reflexión general acerca del sistema y la conveniencia de una revisión general de todo el mecanismo de adjudicación de plazas, lo cierto es que el sistema actual podría mejorarse paliando algunas de las deficiencias que hemos identificado en este trabajo. En concreto:

- El criterio de dependencia para la configuración de la LAU debería tener en cuenta no solo el grado global de dependencia de los solicitantes (generalmente el grado III), sino también los puntos específicos obtenidos en la valoración de dependencia.
- El criterio de capacidad económica para la configuración de la LAU no debería tener en cuenta cantidades minúsculas percibidas por los propios solicitantes con motivo de pensiones de orfandad, donaciones privadas, subvenciones o rendimientos de patrimonios protegidos.
- La regulación de los trámites de urgencia y emergencia deberían ser revisados para aclarar los supuestos en los que pueden solicitarse y la Administración debería de abstenerse de alegar criterios puramente formalistas al resolver sobre estas situaciones.
- La LAU debería ofrecer una mayor transparencia para, salvaguardando la privacidad de los solicitantes, ofrecer mayor claridad sobre el puesto que ocupa cada uno y la forma en que se ha determinado su puntuación.

- La Administración debería atender todas las solicitudes de acceso residencial sin escudarse en la falta de disponibilidad presupuestaria. Si existe un Acuerdo Marco es porque hay una partida presupuestaria para ello y se deberían adjudicar contratos derivados para todas las plazas previstas mientras existan solicitantes en la LAU.
- El criterio de continuidad en el tratamiento para la elección del centro privado no debe estar restringido a los solicitantes que ya ocupan una plaza con financiación pública. Se trata de un criterio terapéutico que debe regir para todos los solicitantes de tal forma que no tengan que desplazarse de centro cuando obtienen financiación pública.

## BIBLIOGRAFÍA

Mayo Clinic: «Trastorno del espectro autista» [en línea], Clínica Mayo, <<https://www.mayoclinic.org/es/diseases-conditions/autism-spectrum-disorder/symptoms-causes/syc-20352928#:~:text=El%20trastorno%20del%20espectro%20autista,interacci%C3%B3n%20social%20y%20la%20comunicaci%C3%B3n>> [consulta: 2 de julio de 2025].

## JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 8.<sup>a</sup>) núm. 5413/2019, de 28 de junio, rec. 533/2017 (ECLI:ES:TSJM:2019:5413).
- Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2020, rec. 7460/2018; y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de junio de 2021, rec. 616/2019.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 8.<sup>a</sup>) núm. 500/2021, de 15 de abril, rec. 489/2019 (ECLI:ES:TSJM:2021:3933).
- Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 3.<sup>a</sup>) núm. 7186/2022, de 2 de junio, rec. 989/2020; y (Sección 8.<sup>a</sup>) núm. 134/2025, de 14 de marzo, rec. 37/2023.

## NORMATIVA

### Normativa internacional

- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, ratificado por España en 2008.

#### Normativa nacional

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- 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.

#### Normativa autonómica

- Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.
- Decreto 54/2015, de 21 de mayo, que regula el procedimiento para reconocer la situación de dependencia y el derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad de Madrid.
- Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, por la que se aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los Centros de Atención a Personas con Minusvalía, afectadas de deficiencia mental, que integran la red pública de la Comunidad de Madrid.
- Decreto 271/2000, de 21 de diciembre, que regula el régimen jurídico básico del Servicio Público de Atención a Personas con Discapacidad Intelectual.

#### OTRAS RESOLUCIONES CITADAS

- Resolución de la Dirección General de Atención a Personas con Discapacidad, de fecha 10 de octubre de 2018, por la que se aprueba el modelo normalizado de solicitud de acreditación de situación de emergencia social de personas con discapacidad (BOCM de 22 de febrero de 2019).
- Resolución del Viceconsejero de Familia, Juventud y Política Social núm. 1439/2023, de 14 de abril, por la que se resuelve el recurso de alzada interpuesto en el exp. núm. 194372022.



V.  
DISCAPACIDAD Y EMPLEO:  
PROBLEMÁTICAS ALREDEDOR DEL  
DERECHO DE ADAPTACIÓN DEL PUESTO  
DE TRABAJO



V.

*Discapacidad y empleo: problemáticas alrededor del derecho de adaptación del puesto de trabajo*

JUAN REYES HERREROS  
QUDUS LAWAL MOHAMMED  
IRENE FERNÁNDEZ GIL  
DANIEL OSORIO ROZO

**Resumen:** *La aplicación efectiva de los derechos laborales de las personas con discapacidad en España se ve dificultada, entre otros motivos que exceden del objeto de este estudio (como sesgos o prejuicios), por ciertas lagunas normativas y la consiguiente incertidumbre que supone su interpretación judicial. Igualmente, el mero hecho de que no haya un claro reconocimiento legal de ciertos derechos más específicos o derivados del derecho general a la adaptación del puesto de trabajo comporta que las personas trabajadoras con discapacidad se vean obligadas a acudir a los tribunales para ver satisfecho dicho derecho de adaptación a través de ajustes razonables. En concreto, el objeto de este estudio es analizar dos áreas de esta problemática: la adaptación de la jornada laboral y la realización de ajustes organizativos cuando estos tienen incidencia en otras personas trabajadoras. A su vez, y a fin de contribuir a un reconocimiento ágil de tales derechos, este estudio plantea diferentes propuestas de carácter normativo.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* de las Naciones Unidas, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (la «Convención»), ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y que entró en vigor el 3

de mayo de 2008, ha reforzado la protección internacional de los derechos de las personas discapacitadas por cuanto supuso la promulgación de un catálogo específico de derechos para este colectivo, y ello bajo la premisa de que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, sin distinción de ninguna índole.

El artículo 27 de la Convención reconoció el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, y estableció, adicionalmente, la obligación de los Estados Parte de velar por la adopción de ajustes razonables:

*«Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: [...]*

*i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo».*

El derecho al trabajo de las personas discapacitadas —y, en general, todo derecho reconocido en la Convención— está intrínsecamente vinculado con la prohibición de discriminación por razón de discapacidad. En este sentido, el artículo 2 de la Convención define la discriminación por motivos de discapacidad como *«cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables».*

Así, tanto el acceso al empleo en igualdad de condiciones como su mantenimiento en un entorno inclusivo es un derecho de las personas discapacitadas, y constituye una obligación de los Estados Parte de la Convención velar por su cumplimiento.

Sin embargo, y en contra de tal declaración de derechos, en la práctica, las personas con discapacidad se enfrentan a múltiples barreras que, en el ámbito de las relaciones laborales, se concretan en una dificultad de acceso al mercado laboral (fruto en gran medida de sesgos y prejuicios en relación, por ejemplo, con su productividad) y en problemas de adaptación de los puestos de trabajo

(o condiciones laborales, en sentido amplio), todo lo cual acaba resultando en un elevado nivel de desempleo. Así, tales circunstancias se ven reflejadas en una reducida tasa de empleo de las personas con discapacidad en España, que, de acuerdo con el Anuario 2025 sobre el mercado laboral preparado por el Instituto Nacional de Estadística, el año 2023 se situaba en un 28,5 %, siendo prácticamente un 60 % inferior a la tasa de empleo de las personas sin discapacidad.

Asimismo, en función del tipo de discapacidad o de la edad de la persona discapacitada, su dificultad de acceso a un empleo puede ser incluso mayor. Por ejemplo, para el año 2022, el Observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo en España («ODISMET») constató que las personas con discapacidad que se encuentran en los grupos de edad de 16 a 24 años cuentan con la tasa de empleo más baja, siendo esta de tan solo un 11,9 %. Además, la tasa de empleo también se ve afectada a medida que se agrava la discapacidad o si se trata de una discapacidad psíquica. En este sentido, las tasas de empleo de las personas con discapacidad psicosocial y discapacidad intelectual son del 19 % y 21,9 %, respectivamente.

En relación con lo anterior, se observa una especial dificultad en el acceso al empleo en el denominado «mercado ordinario», por cuanto el empleo de las personas con discapacidad se acaba concentrando en los Centros Especiales de Empleo («CEE») que configuran el conocido como «empleo protegido». Según el Informe General número 10 del ODISMET, en el año 2024 se realizaron en el territorio nacional 100 613 contratos específicos para personas con discapacidad, de los cuales un 73,1 % fueron realizados en CEE.

Ello pone de manifiesto la importancia del empleo protegido para el ejercicio del derecho al trabajo por parte de las personas con discapacidad. No obstante, no se puede perder de vista que la integración real y el acceso de las personas con discapacidad al empleo en igualdad de condiciones requiere de la necesaria colaboración y coordinación con el mercado ordinario de trabajo. En otras palabras, y sin perjuicio de supuestos en que por las consecuencias de la discapacidad ello no sea factible, el empleo protegido debería ser una pasarela al mercado ordinario de trabajo.

En ese contexto, la plena y efectiva incorporación de las personas con discapacidad al mercado laboral constituye uno de los desafíos más complejos de nuestro ordenamiento jurídico laboral. Tal problemática la ha abordado el legislador español a través de distintas medidas (relación laboral especial para el trabajo en los CEE, modalidades contractuales específicas, incentivos a la contratación, etc.), las cuales, lamentablemente, se han demostrado insuficientes. De este modo, aunque la normativa laboral ha experimentado avances significativos en materia de igualdad y no discriminación para determinados

colectivos, persisten lagunas normativas y disfunciones interpretativas que impiden que la igualdad real, proclamada de forma solemne en los textos legales, se traslade de manera efectiva al ámbito de las relaciones laborales.

En relación con lo anterior, cabe insistir en que las carencias del mercado laboral respecto de las personas discapacitadas no solamente se producen en el acceso al empleo, sino también durante el desarrollo de la relación laboral, manifestándose tales carencias de manera particularmente incisiva en la regulación vinculada a la adaptación del puesto de trabajo.

En particular, este artículo se centra en una insuficiencia regulatoria que afecta a una doble problemática:

1. En primer lugar, la reducción y adaptación de la jornada laboral en relación con las personas con discapacidad se sigue articulando de forma referencial, esto es, a favor de trabajadores terceros (vinculados con personas discapacitadas) como medidas de conciliación familiar, sin que la normativa contemple una regulación específica y autónoma que considere la situación y derechos de las propias personas discapacitadas en tanto que trabajadoras. De esta forma, el derecho a una jornada ajustada o adaptada a las necesidades derivadas de la situación de discapacidad queda subsumido en el derecho genérico de ajustes razonables del puesto de trabajo sin mención específica al tiempo de trabajo.
2. En segundo lugar, las solicitudes de adaptación del puesto de trabajo de personas discapacitadas resultan con frecuencia rechazadas por la empresa bajo el argumento de que la medida solicitada genera un perjuicio organizativo o impacto negativo en otros trabajadores. Esta tensión entre el derecho individual al trabajo de la persona con discapacidad y la libertad de organización empresarial se resuelve, a falta de un desarrollo legislativo específico, mediante criterios jurisprudenciales heterogéneos que, en ocasiones, obvian la necesidad de efectuar una ponderación adecuada. La inexistencia de un parámetro normativo claro relativo a posibles modificaciones de condiciones de trabajo derivadas de peticiones de adaptación de puestos de trabajo por parte de otras personas trabajadoras con discapacidad propicia, *de facto*, negativas a tales peticiones de adaptación que comprometen la efectividad del principio de igualdad de oportunidades.

El propósito de este capítulo es, por tanto, examinar de forma crítica estas dos áreas de conflicto: (i) la configuración normativa de la reducción o adaptación de jornada y la falta de reconocimiento específico para los trabajadores discapacitados, así como (ii) la posible colisión de derechos con otros trabajadores cuando se solicitan adaptaciones del puesto de trabajo por parte de un

trabajador con discapacidad. Al respecto, se identificarán algunos desajustes interpretativos que comprometen la efectividad del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, lo cual trae causa en gran medida de ciertos vacíos legales. A partir de este análisis, se formularán propuestas de reforma normativa que contribuyan a facilitar el ejercicio del derecho de adaptación del puesto de trabajo (o condiciones laborales, en sentido amplio) por parte de los trabajadores con discapacidad.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

Conforme se ha anticipado, la adaptación del puesto de trabajo para personas con discapacidad constituye un elemento esencial para garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación en el ámbito laboral. Sin embargo, y según se detallará a continuación, la regulación en esta materia resulta demasiado genérica, y tanto la normativa internacional como la nacional se limitan a realizar menciones sucintas al derecho de los trabajadores discapacitados a que se realicen ajustes razonables en sus puestos de trabajo, sin establecer los ámbitos posibles de aplicación (por ejemplo, y en el caso que nos ocupa, la jornada laboral) ni criterios materiales que faciliten la aplicación real de tal derecho.

Siguiendo lo apuntado en la introducción del presente capítulo, la regulación principal de esta materia se establece en el artículo 27 de la Convención, la Directiva 2000/78/CE, 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 («LGD»), el artículo 59 del Estatuto Básico del Empleado Público («EBEP») y algún convenio colectivo de ámbito sectorial que concreta los posibles ajustes razonables del puesto de trabajo en caso de discapacidad.

En primer lugar, es preciso recordar que la Convención, como instrumento internacional en el que se recoge el derecho a la adaptación del puesto de trabajo de las personas con discapacidad, dispone en su artículo 27, apartado (i), la obligación de los Estados Parte de *«Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo»*.

Este mandato es jurídicamente vinculante en el orden interno español tras la ratificación por España de la Convención el 23 de noviembre de 2007, que forma parte del ordenamiento jurídico español. Ello genera un doble efecto: por una parte, el deber del Estado de adoptar medidas para que efectivamente se realicen tales «ajustes razonables» (lo cual debería incluir que nuestro legislador regule de forma suficiente y eficaz los derechos establecidos en la

Convención); por otra parte, la exigibilidad directa de los derechos convencionales ante los órganos jurisdiccionales, incluso en ausencia de desarrollo legislativo suficiente.

Del mismo modo, a nivel europeo, la Directiva 2000/78/CE plantea un marco común para la igualdad en el empleo, definiendo en su artículo 5 el concepto de ajustes razonables como *«las medidas adecuadas y necesarias que, en función de cada caso concreto, permitan a la persona con discapacidad acceder, participar y progresar en el empleo, o tener formación, siempre que dichas medidas no supongan una carga desproporcionada para el empresario»*. En relación con el concepto de carga desproporcionada o excesiva, el citado artículo continúa diciendo que *«la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades»*.

En el ámbito nacional, la trasposición de la Directiva 2000/78/CE se llevó a cabo mediante la LGD, la cual contiene una definición general de ajustes razonables y otra específica para el ámbito laboral.

Así, en lo que se refiere a la definición general, el artículo 2, apartado (m) de la LGD, establece lo siguiente sobre los ajustes razonables: *«Son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos»*.

A su vez, en relación con el ámbito específicamente laboral, el artículo 40.2 de la LGD determina lo siguiente: *«Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario»*.

Seguidamente, el mismo artículo 40.2 de la LGD define el concepto de carga excesiva de la siguiente forma: *«Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa»*.

En conexión con lo anterior, el artículo 66.2 de la LGD dispone diferentes factores cuya valoración es necesaria a la hora de determinar la razonabilidad

del ajuste. En este sentido, se tendrán en cuenta *«los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda»*.

En línea con los preceptos mencionados, el Tribunal Constitucional ha considerado que la adaptación del puesto de trabajo a través de ajustes razonables integra el derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad con el fin de garantizar los derechos e igualdad de trato en el ámbito laboral de las personas trabajadoras discapacitadas (sentencia del Tribunal Constitucional núm. 51/2021, de 15 de marzo).

Del mismo modo, el EBEP regula tal derecho en su artículo 59, que dispone que *«cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad»*.

A pesar de ello, y como se ha adelantado, la regulación existente es demasiado vaga o ambigua, pues, en relación con el tema que nos ocupa, no especifica si la jornada de trabajo es también susceptible de adaptación a través de los mencionados ajustes razonables.

Partiendo de tal marco general relativo al derecho de adaptación del puesto de trabajo, no resulta sorprendente el hecho de que la normativa básica laboral (este estudio se centra en la relación laboral común u ordinaria, no en la especial que se desarrolla en los CEE y cuya regulación se encuentra en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo), el Estatuto de los Trabajadores («ET») contemple los supuestos de reducción o adaptación de la jornada laboral desde una única perspectiva en la que la persona discapacitada es el sujeto causante (esto es, merecedor de cuidado). En otras palabras, el reconocimiento efectivo de los derechos de las personas discapacitadas en el ámbito de las relaciones laborales debería también permitir de forma clara que las personas trabajadoras con discapacidad tengan reconocidos (ellas mismas) tales derechos de reducción o adaptación de la jornada laboral como medida para atender sus propias necesidades.

De este modo, el artículo 37.6 del ET establece la posibilidad de reducir la jornada de trabajo, con una disminución proporcional del salario, entre un octavo y la mitad de la duración de aquella por motivos de cuidado directo de algún menor de doce años o de una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retributiva. Como se puede apreciar, la persona discapacitada es el sujeto causante de la reducción de jornada; sin embargo, no se

prevé este mismo derecho de reducción de la jornada laboral para las propias personas trabajadoras discapacitadas en el supuesto en el que ello pudiera ser necesario por las necesidades derivadas de su situación de discapacidad.

Igualmente, desde la perspectiva más amplia de la adaptación de la jornada de trabajo (en concreto, «[...] de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia [...]»), el artículo 34.8 ET solo hace referencia específica a posibles situaciones de discapacidad en términos de sujetos merecedores de cuidados por parte de terceros, no como una condición que podría afectar a los propios trabajadores discapacitados y que podría alegarse como causa justificativa para solicitar una adaptación de jornada.

Por último, entre la normativa básica a tener presente es preciso mencionar la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales («Ley de PRL»), pues, como la propia norma define, su objeto es la promoción de la seguridad y la salud de los trabajadores a través de la implementación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo.

La ausencia de una previsión normativa específica que reconozca el derecho a la reducción o adaptación de jornada en estos supuestos constituye en la práctica un impedimento importante para los trabajadores con discapacidad. Ello es así porque la situación de discapacidad puede resultar incompatible, por ejemplo, con jornadas de cierta duración (la discapacidad puede provocar un mayor cansancio del trabajador), o bien requerir de un determinado horario (por limitaciones visuales; necesidades de transporte...), o, entre otros posibles motivos, para adaptar la jornada a fin de poder asistir a determinados tratamientos.

### **3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

#### **3.1. REDUCCIÓN Y ADAPTACIÓN DE JORNADA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Conforme se acaba de exponer, la regulación vigente en el ET omite toda referencia expresa al derecho de las personas con discapacidad a reducir o adaptar su jornada laboral por razones inherentes a su propia situación, circunscribiendo dichas medidas a supuestos de conciliación familiar de modo que la persona con discapacidad figura como sujeto de cuidado y, por tanto, no como potencial titular de la prerrogativa. Esta laguna normativa ha obligado a depositar en la interpretación judicial la efectividad de un derecho que, si bien se deduce de la Convención, de la Directiva 2000/78/CE y de la LGD, carece de desarrollo positivo específico en la legislación laboral común.

Dada la falta de reconocimiento específico de dichos derechos, las personas discapacitadas deben recurrir necesariamente a los tribunales para poder ejercerlo. Estos tribunales han resuelto la existencia del derecho de las personas discapacitadas a la reducción de jornada o a su adaptación, como norma general, tras la negativa empresarial a las medidas solicitadas y el despido del trabajador. Las dificultades que lamentablemente existen en la práctica se evidencian en que los precedentes localizados reconocen tal derecho tras una decisión extintiva por parte del empresario tras haber existido unas peticiones previas de reducción o adaptación de la jornada laboral. Aunque el aspecto extintivo no es objeto de este estudio, cabe apuntar que tales despidos, como no puede ser de otra manera por su carácter discriminatorio, fueron todos ellos declarados nulos.

En particular, los órganos jurisdiccionales de nuestro país reconocen el derecho a la reducción de jornada de las personas discapacitadas basando sus resoluciones principalmente tanto en la Directiva 2000/78/CE como en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») de 11 de abril de 2013, asunto C-335/11, siendo este un pronunciamiento capital en materia de igualdad de trato y ajustes razonables para personas con discapacidad en el empleo.

Así pues, en la sentencia anteriormente citada, el TJUE resuelve el despido de dos trabajadoras danesas y su calificación como discriminatorio al no haber adoptado su empleador los ajustes razonables exigidos, en particular la reducción de la jornada. En este contexto, el TJUE parte de una interpretación sistemática y finalista de la Directiva 2000/78/CE, a la luz de la Convención, y afirma que:

*«El concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración».*

En esa lógica, el TJUE subraya que la obligación de ajuste razonable es consecuencia, y no presupuesto, de la existencia de la discapacidad:

*«La enumeración de medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, contenida en el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78, no es exhaustiva y, por tanto, la reducción del tiempo de trabajo, aunque no estuviera comprendida en el concepto de «pautas de [tiempo de] tra-*

*bajo», puede considerarse como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta Directiva en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo».*

La anterior declaración, como ya se ha adelantado, ha sido empleada por los tribunales internos para solucionar el vacío normativo existente en el ET, y ha servido como base para acoger solicitudes de reducción de jornada realizadas por trabajadores discapacitados, incluso en casos en los que no se produce una solicitud formal.

Así, ejemplos de la aplicación de la normativa por los Tribunales nacionales son:

1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia («TSJ») de Cataluña de 9 de diciembre de 2014, Rec. 6157/2014. En esta resolución, el TSJ aborda el caso de una trabajadora administrativa del *Consorci per a la Formació Contínua de Catalunya* diagnosticada de esclerosis múltiple, con un grado de discapacidad reconocido del 67 % que, tras reincorporarse a su puesto, manifiesta a su jefa directa y posteriormente ante la responsable de Recursos Humanos su intención de solicitar una reducción de jornada para compatibilizar sus limitaciones físicas con el trabajo. Sin embargo, en lugar de proceder a la adaptación solicitada, la entidad pública decide despedir a la trabajadora.

En instancia, el despido fue declarado improcedente por falta de acreditación de la causa económica que alegó la entidad pública. Sin embargo, la trabajadora recurrió alegando la existencia de una vulneración de derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la integridad física y moral. El TSJ de Cataluña revocó la sentencia del Juzgado de lo Social y declaró la nulidad del despido, apreciando discriminación por discapacidad. El TSJ parte de la consideración de que la Directiva 2000/78/CE exige a los empleadores la adopción de ajustes razonables que permitan a las personas con discapacidad acceder y mantenerse en el empleo, incluyéndose la reducción del tiempo de trabajo, siempre que no suponga una carga excesiva para la organización. En particular, en la sentencia se afirma que:

*«Ha de entenderse pues que atendido que la trabajadora hizo llegar claramente a la empresa su interés cierto en trabajar a tiempo parcial dada su discapacidad, que entendía compatible con su trabajo administrativo en la Administración pública, y que fue afectada con un despido objetivo, que además fue declarado improcedente en tanto no concurría la*

*causa legal para ello, —lo que no se recurre por parte de la empresa— existe ciertamente un indicio de discriminación que conforme a las notorias reglas de distribución de carga de la prueba obligaba a la empresa a acreditar que su despido fue completamente ajeno a todo propósito discriminatorio, lo que no ha hecho; pues no es tal prueba el hecho de que se despidieran a otros cinco trabajadores, sin que conste acreditado que el organismo finalmente tiene una plantilla inferior en seis trabajadores a la que ostentaba antes del despido. Por ello ha de entenderse que el despido es nulo por discriminación, y que en consecuencia la demandada ha de readmitir a la trabajadora en su mismo puesto de trabajo, con reducción de jornada en términos compatibles con su organización empresarial y las necesidades de la trabajadora, —sin perjuicio del necesario rendimiento profesional por parte de la trabajadora— y con abono de los salarios de tramitación en el periodo en que no haya estado en situación de incapacidad temporal» (el énfasis es nuestro).*

2. Sentencia del TSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2023, Rec. 5189/2022. Esta sentencia analiza la extinción objetiva del contrato de un operario funerario diagnosticado de epilepsia mioclónica juvenil. El trabajador aportó diversos informes médicos que desaconsejaban la nocturnidad y la rotación de turnos, y solicitó la adaptación de su horario a un turno diurno fijo. La empresa, tras remitirlo a un reconocimiento médico que confirmó la necesidad de evitar la turnicidad, decidió despedirlo por ineptitud sobrevenida bajo el argumento de la imposibilidad de reorganizar los turnos.

El TSJ rechaza la alegación empresarial y declara probado que el trabajador había prestado servicios con normalidad cuando se le excluyó del turno nocturno durante todo 2020 y que la compañía no acreditó la existencia de «dificultades organizativas insuperables» para mantener esa medida. Partiendo de la Directiva 2000/78/CE, de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la jurisprudencia del TJUE (entre otras, la sentencia de 11 de abril de 2013), la Sala concluye que la modificación horaria solicitada constituía un ajuste razonable y que su denegación seguida de despido implica discriminación directa por discapacidad y vulneración de la garantía de indemnidad.

De este modo, a pesar de la falta de referencia específica en el ET del derecho de las personas discapacitadas a la reducción de jornada o a su adaptación, los tribunales españoles han reconocido la existencia de dicho derecho en aplicación de la obligación de ajustes razonables establecida en la normativa internacional. Sin embargo, la tutela jurisdiccional, aun siendo indispen-

sable, no puede suplir la incertidumbre y dificultades prácticas que genera la falta de claridad o regulación específica del derecho de adaptación del puesto de trabajo (o, como sería más preciso, de las condiciones laborales). En definitiva, se trataría de reconocer un específico supuesto de hecho legitimador de la reducción o adaptación de jornada (el hecho de sufrir una discapacidad que, de forma justificada, exija una reducción o adaptación de jornada) del mismo modo que, por ejemplo, se contempla para otros supuestos (por ejemplos, la guarda legal de menores de 12 años). Frente a ello, el actual modelo de carácter reactivo desplaza la carga de activar judicialmente el derecho a la persona trabajadora con discapacidad, quien se ve obligada a litigar, con los inconvenientes de diversa índole que ello comporta.

### **3.2. ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO CON INCIDENCIA EN EL PUESTO DE OTROS TRABAJADORES**

Como es sabido, las organizaciones empresariales no están compuestas por la suma de personas que prestan servicios de manera aislada, sino por personas que actúan de forma coordinada. Esta estructura se cristaliza en áreas específicas de trabajo, turnos de trabajo, tiempos de dedicación, jerarquías, roles, responsabilidades y en el uso de herramientas y espacios compartidos. Todo ello, lejos de ser un detalle irrelevante para el caso que nos ocupa, puede resultar determinante al estudiar cómo una modificación en la adaptación en el puesto de trabajo de una persona discapacitada (y, en concreto, en el tiempo de trabajo) puede impactar, de manera directa o indirecta, en los restantes miembros de la organización.

En este sentido, las empresas se enfrentan con frecuencia a la disyuntiva de satisfacer peticiones individuales de trabajadores (ya sea por motivos de conciliación o adaptación de las condiciones de trabajo) y, a la vez, mantener una correcta organización de la actividad. El reto radica en que estos cambios pueden no solo afectar al propio trabajador que los solicita, sino también a otros trabajadores cuyas condiciones laborales (horario, funciones, etc.) pueden verse de algún modo impactadas.

En relación con ello, la normativa laboral vigente no regula la manera de proceder cuando la petición (y, de ser justificada, consiguiente obligación) de adaptación del puesto de trabajo entra en conflicto con otros trabajadores. En consecuencia, una vez más ante esta laguna normativa, han sido los órganos judiciales quienes han tenido que resolver los conflictos en el seno de las empresas, y han debido dirimir los conflictos entre la necesidad de adaptación del puesto de trabajo de una persona discapacitada y los derechos del resto de los trabajadores de la empresa. Tal y como se expondrá a continuación, la falta de una regulación que contemple la posibilidad de modificar las condi-

ciones laborales de otros trabajadores cuando sea necesario para poder satisfacer el derecho a la adaptación del puesto de trabajo de las personas discapacitadas ha dado lugar, en alguna ocasión, a la falta de reconocimiento judicial de dicho derecho a la adaptación del puesto de trabajo.

Así, algunos ejemplos (con fallos de distinto signo) serían los siguientes:

3. Sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 10 de diciembre de 2021, Rec. 1875/2020, y 27 de junio de 2024, Rec. 660/2023. En ambas resoluciones el TSJ avaló la práctica empresarial de denegar una adaptación del puesto de trabajo (en concreto, una alteración del tiempo de trabajo) por la afectación que aquella tenía en las condiciones de otros trabajadores.

Las dos sentencias abordan el caso de un mismo médico de emergencias en unidades móviles (ambulancias) que en dos ocasiones solicitó al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha que adaptara su puesto de trabajo para no realizar los turnos nocturnos y, en consecuencia, evitar realizar turnos de 24 de horas que pudieran afectar a sus ciclos de sueño.

En particular, tras la emisión del informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de un «Apto con Limitaciones» en el que se recomendaba que se le «evitara la privación del sueño del trabajador por efecto deletéreo de su patología crónica de base», el trabajador solicitó que se le eximiera de realizar turnos de noche, petición que fue denegada por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. Fue después de esta negativa cuando el trabajador presentó las demandas, siendo estas desestimadas en instancia.

En suplicación se mantiene dicha desestimación. En este contexto y en lo que se refiere a la fundamentación de tal resolución, son muy ilustrativos los siguientes pasajes de la sentencia de 10 de diciembre de 2021, Rec. 1875/2020, y que la posterior sentencia 27 de junio de 2024, Rec. 660/2023, reproduce:

*«En términos generales, debe entenderse que la adaptación del puesto de trabajo puede exigirse en toda la extensión derivada del mentado art. 15. 1 d/ de la LPRL, es decir, en todo lo que se refiere a “la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud”. Se trata, como puede observarse, de una previsión relativa a la propia concepción material del puesto, así como a los equipos y métodos de trabajo, que tienen una incidencia directa en el modo en el que el trabajador desarrolla sus funciones desde una perspectiva estrictamente individual, sin proyección sobre la organización general de la empresa.*

*Ahora bien, cuando lo que se pretende es incidir en el tiempo de trabajo, entonces pueden entrar en juego otras consideraciones, si de ello se pudiera derivar una alteración de la organización general, con repercusión en el servicio y en las expectativas y derechos de otros trabajadores. De este modo, podría sostenerse sin mayores esfuerzos que un trabajador pudiera adscribirse de manera permanente a un turno, pero no alterar el régimen de turnos».*

Así, dentro de ese marco y tras avalar el hecho que los sanitarios de la unidad móvil puedan hacer dos turnos de 12 horas, declara que:

*«En el caso que nos ocupa, no existe duda de que el servicio de urgencias y emergencias en base móvil al que se encuentra adscrito el demandante, se estructura en turnos acumulados de 24 horas, y en ello nada resulta objetable, a pesar de los reparos del recurrente. [...]*

*La consecuencia de lo anterior es clara: el servicio móvil de urgencias y emergencia puede organizarse en turnos de 24 horas, con periodos de descanso adaptados a tal duración de la jornada y sus incidencias. Ello es compatible con que uno de los trabajadores en cuestión, en este caso el recurrente, no se muestre conforme con tal distribución del tiempo de trabajo, pero dicha disconformidad de alcance estrictamente individual no puede extenderse a la totalidad del servicio, y tampoco a su propia situación personal cuando, como es el caso, no puede fraccionarse o segregarse el tiempo de trabajo en turnos de trabajo distintos a los que conforman la organización del servicio.*

*En fin, como venimos diciendo, la empresa tiene la obligación de adaptar el puesto de trabajo, pero dicha obligación no es absoluta y encuentra sus límites en la propia organización del servicio, en cuanto afecte a los turnos y distribución temporal del trabajo, incidiendo sobre el resto de trabajadores.»*

*Llegado este punto, debemos concluir que no asiste al demandante recurrente el derecho a la adaptación de su puesto, en cuanto ello implique la alteración de su particular tiempo de trabajo, de modo que, sobre un sistema general de prestación de servicios en turnos de 24 horas, se incruste un particular turno de 12 horas para excusarle de prestar servicios en tiempo nocturno, con la inevitable alteración de los turnos del resto de profesionales adscritos».*

En ambas resoluciones, el TSJ analiza los distintos mecanismos alternativos establecidos para otros supuestos (como por ejemplo la suspensión del contrato en caso de riesgo para el embarazo), pero, tras descartar su aplicabilidad al supuesto objeto de discusión, la sentencia indica que la solicitud debe articularse, en sus propios términos, *«por los mecanismos alternativos que inciden sobre la vigencia de la relación laboral».*

Esta última consideración pone de manifiesto que la alternativa jurídica ante las dificultades inherentes a la adaptación del puesto de trabajo (cuando, por ejemplo, dicha adaptación genera efectos adversos sobre otros trabajadores) consistiría en recurrir a los mecanismos que inciden sobre las vicisitudes del propio contrato de trabajo, esto es, la suspensión o, en su caso, la extinción de la relación laboral. Tales medidas conllevan inevitablemente consecuencias negativas de considerable entidad para la persona trabajadora afectada, lo que evidencia la complejidad del equilibrio que debe alcanzarse entre la protección individual de la persona trabajadora con discapacidad y los intereses colectivos en el ámbito laboral (así como la lícita facultad empresarial de organización de la actividad).

4. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela, de 7 de febrero de 2024 (autos 397/2022). A diferencia del pronunciamiento anterior, esta sentencia sí reconoce la posibilidad de alterar las condiciones laborales de una trabajadora como consecuencia derivada de unas previas solicitudes de adaptación del puesto de trabajo. En concreto, esta resolución desestima la demanda de una trabajadora, vigilante de seguridad, en la que solicita que se declare nula, o subsidiariamente injustificada, la modificación de condiciones de trabajo operada por la empresa consistente en la modificación de su horario y distribución del tiempo de trabajo. A la vista de los hechos probados, la empresa se vio obligada a reorganizar la asignación de los turnos (tres turnos de 8 horas cada uno) tras conceder tres adaptaciones de jornada por cuidado de menor, una de ellas por cuidado de menor con discapacidad.

Dada la concesión de las antedichas adaptaciones de jornada, la empleadora le notifica a la trabajadora una variación del horario de trabajo en la que solo trabajaría en los turnos que no pueden ser cubiertos por los trabajadores que vieron adoptada su jornada (principalmente, turnos de tarde). Dicha medida es impugnada por la demandante en la medida en que, si bien está conforme con la asignación de dichos turnos, no se le garantiza que libre dos fines de semana como venía siendo hasta ese momento.

Así, el Juzgado declara que la concesión de las adaptaciones de jornada afecta a la organización de los turnos y, en consecuencia, genera una causa organizativa que podría justificar una «modificación sustancial de las condiciones de trabajo» en el marco del artículo 41 del ET:

*«De modo que, habiendo acreditado la demandada que concurre la causa organizativa, por la necesidad de reajustar los turnos de trabajo de los efectivos vigilantes de seguridad adscritos al servicio en puesto VI —incluidos los correturnos como la actora—, la medida debe estimarse justificada, sin que pueda concluirse que la empresa está obligada a cubrir en todo evento y supuesto mediante contratación ex novo las horas que quedan vacantes por ejercicio de derechos de conciliación de los trabajadores, ni que no pueda operar modificaciones en las condiciones laborales de sus trabajadores para cubrir las necesidades productivas cuando se produce una vacante o un déficit de personal en determinados turnos, pues tales prohibiciones no están contempladas en nuestra legislación, que sí ampara a la empresa para realizar modificaciones sustanciales de condiciones laborales siempre que acredite la causa económica, técnica, organizativa o productiva que las justifica y respete los cauces formales previstos legalmente».*

Así pues, en situaciones de este tipo, esta reorganización puede llevarse a cabo mediante nuevas contrataciones o, como en el caso de autos, a través de modificaciones de las condiciones laborales de los trabajado- res.

En todo caso, y sin perder de vista el carácter casuístico de esta problemática, el enfoque más razonable sería que, ante posibles solicitudes de adaptación del puesto de trabajo por razón de discapacidad, se realice una ponderación de los intereses en juego. Ello exige, por una parte, salvaguardar el derecho al trabajo y a la salud de la persona trabajadora con discapacidad; y, por otra parte, atender a las limitaciones y necesidades organizativas y productivas de la organización, con el objetivo de que ambos intereses puedan armonizarse de manera equilibrada.

#### 4. CONCLUSIONES

Como se ha expuesto en los apartados anteriores, la realidad de nuestro ordenamiento jurídico laboral revela una regulación insuficiente que obliga a las personas trabajadoras con discapacidad a iniciar acciones judiciales para obtener un reconocimiento efectivo de su derecho a la adaptación del puesto de trabajo.

Con el objetivo de garantizar el derecho fundamental a la igualdad de trato y no discriminación, así como el ejercicio real y efectivo del derecho a un empleo digno por parte de las personas con discapacidad, cabría considerar las siguientes propuestas:

- (A). En aras de la seguridad jurídica y permitir una efectiva aplicación de derecho al empleo y adaptación del trabajo de las personas discapacitadas, sería útil reconocer expresamente la discapacidad de la propia persona trabajadora como supuesto de hecho o circunstancia que permita solicitar la adaptación o reducción de jornada dentro de los derechos reconocidos en los artículos 34.8 y 37.6 del ET, respectivamente.

Así, las personas discapacitadas dejarían de considerarse únicamente sujetos «causantes» del derecho para pasar a ser también sujetos activos en tanto que personas trabajadoras con derecho a ver reducida o adaptada su propia jornada laboral en atención a su situación de discapacidad.

En relación con ello, cabe destacar que algunas normas emanadas de la negociación colectiva (por ejemplo, el Convenio Colectivo del sector de la Industria Siderometalúrgica de Cantabria o el Convenio Único para el Personal Laboral al Servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid [2025-2028]) ya reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la reducción y adaptación de sus jornadas. Sin embargo, tal reconocimiento se limita a determinados sectores o territorios.

Por tanto, la incorporación de este derecho en el ET permitiría al colectivo de personas trabajadoras con discapacidad acceder de manera generalizada a estas modalidades de «ajustes razonables». Todo ello, sin perjuicio de que tales reducciones o adaptaciones de jornada puedan ir, en su caso, acompañadas de determinados efectos o consecuencias objetivas (como sucede, por ejemplo, en los supuestos de reducción de jornada por guarda legal de menores de 12 años en que se aplica una reducción proporcional del salario).

Del mismo modo, la modificación o aclaración del actual artículo 40.2 de la LGD también podría reforzar el derecho de las personas con discapacidad a este tipo de medidas. Así, la reforma de este artículo para que la normativa haga referencia a la adaptación de las «condiciones de trabajo» y no del «puesto de trabajo» ayudaría a reforzar la idea de que la adaptación legalmente prevista puede afectar a cualquiera de los elementos o condiciones de la relación laboral (no únicamente a aspecto físicos o materiales del puesto de trabajo).

- (B). Por otra parte, dadas las dificultades organizativas derivadas de los posibles ajustes razonables que deban realizarse y que afectan a otros trabajadores de la empresa, también podría valorarse la posible reforma del actual del artículo 41 del ET en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Tal reforma debería tener como objetivo procurar que la colisión entre el derecho a los ajustes razonables vinculados a la discapacidad y su posible afectación al resto de los trabajadores de la plantilla no suponga la denegación de las solicitudes de adaptación de las personas con discapacidad. Así pues, sin perjuicio de la valoración del caso concreto, así como de continuar respetando las garantías de procedimiento dispuestas en el mismo artículo 41 del ET, podría introducirse de forma expresa la existencia de ajustes razonables en los puestos de trabajo ocupados por personal discapacitado como causa objetiva para la modificación de condiciones laborales (las listadas como *numerus apertus* en el artículo 41.1 del ET: jornada, horario, régimen de trabajo a turnos, etc.).

Finalmente, y en todo caso, cabe mencionar que, para garantizar el derecho de las personas discapacitadas a los ajustes razonables del puesto de trabajo, es indispensable la ampliación y simplificación del sistema de ayudas directas a la adaptación de puestos de trabajo. Ello se debe a que, conforme se ha mencionado en el apartado 2 anterior del régimen jurídico aplicable, el derecho de las personas discapacitadas a la adaptación del puesto de trabajo no es absoluto, pues el ordenamiento jurídico parte de un concepto de «ajuste razonable» y al respecto contempla un posible motivo de oposición empresarial cuando tal ajuste suponga una «carga excesiva» para la empresa.

En este contexto, los distintos legisladores autonómicos han establecido diferentes programas de ayuda dirigidos a sufragar los costes específicos derivados de la adaptación de los puestos de trabajo de las personas discapacitadas<sup>1</sup>. Sin embargo, el importe de dichas ayudas (la mayoría se sitúan entre 1 000 y 2 000 euros por persona con discapacidad que se ve beneficiada de la adaptación del puesto de trabajo), hace que puedan no ser eficaces en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, la adaptación del puesto de trabajo no implique una mera adaptación de las instalaciones, sino la necesidad de recursos adicionales para (siguiendo con el ejemplo) cubrir la parte de jornada dejada vacante por el trabajador discapacitado.

---

1 Véase, por ejemplo, la Orden de 21 de junio de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia no competitiva, para el fomento del empleo de personas con discapacidad en centros especiales de empleo y en el mercado ordinario de trabajo de la Junta de Andalucía; la ORDEN EPE/675/2022, de 17 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras del programa de subvenciones destinado a fomentar la inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo del Gobierno de Aragón; o la ORDEN de 30 de diciembre de 2022, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, destinadas al fomento de la inclusión laboral de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario y en el mercado de trabajo protegido del gobierno de Canarias.

De este modo, el escaso importe de las ayudas existentes y la falta de determinación del concepto «carga excesiva» como elemento que puede justificar la negativa a la adaptación de los puestos de trabajo constituyen un riesgo considerable para el derecho al empleo de las personas discapacitadas. El refuerzo de la colaboración público-privada, el incremento de las ayudas, la posibilidad de abono anticipado de tales ayudas y la compatibilidad con otras bonificaciones a la contratación podrían ayudar a facilitar la aplicación de ajustes razonables de los puestos de trabajo de las personas discapacitadas.

En conclusión, la reforma sugerida del ET y la mejora del sistema de ayudas para la adaptación de los puestos de trabajo (o, como postulamos, de las «condiciones laborales» en sentido amplio) podrían contribuir a mejorar los niveles de empleo de las personas discapacitadas y el efectivo ejercicio de sus derechos laborales.

## BIBLIOGRAFÍA

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *Derechos Humanos y Discapacidad Informe España 2024, 2025*. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2025/03/nforme-de-derechos-humanos-y-discapacidad-espana-2024-002-1.pdf>.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), FUNDACIÓN ONCE, MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL Y REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad*, Madrid, 2023. <https://www.siiis.net/documentos/ficha/586922.pdf>

OBSERVATORIO SOBRE DISCAPACIDAD Y MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA (ODISMET): *Informe 10 del Observatorio sobre discapacidad y Mercado de trabajo en España*, 2025. [https://odismet.es/sites/default/files/2025-04/Informe10\\_Odismet\\_Digital.pdf](https://odismet.es/sites/default/files/2025-04/Informe10_Odismet_Digital.pdf)

## JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 (Sala Segunda, asunto C-335/11).

Tribunal Superior de Justicia

- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1.<sup>a</sup>) núm. 8103/2014, de 9 de diciembre, rec. 6157/2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2014:12108).

- Sentencia de la Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sección 1.<sup>a</sup>) núm. 1870/2021, de 10 de diciembre, rec. 1875/2020 (ECLI:ES:TSJCLM:2021:3129).
- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1.<sup>a</sup>) núm. 1352/2023, de 27 de febrero, rec. 5189/2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:2579).
- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha(Sección 2.<sup>a</sup>) núm. 1133/2024, de 27 de junio, rec. 660/2023 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:2031).

#### Juzgados

- Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela, núm. 21/2024, de 7 de febrero, Autos 397/2022. (ECLI:ES:JSO:2024:784).

## NORMATIVA

### Normativa internacional

- Convención Internacional por los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas.

### Normativa europea

- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

### Normativa estatal

- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- 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.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

### **Normativa autonómica**

- Orden de 21 de junio de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia no competitiva, para el fomento del empleo de personas con discapacidad en centros especiales de empleo y en el mercado ordinario de trabajo de la Junta de Andalucía.
- ORDEN EPE/675/2022, de 17 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras del programa de subvenciones destinado a fomentar la inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo del Gobierno de Aragón.
- ORDEN de 30 de diciembre de 2022, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, destinadas al fomento de la inclusión laboral de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario y en el mercado de trabajo protegido del gobierno de Canarias.



VI.  
PERSONAS MAYORES CON  
DISCAPACIDAD O DÉFICIT DE  
AUTONOMÍA: INSTITUCIONES JURÍDICAS  
DE APOYO



## VI.

### *Personas mayores con discapacidad o déficit de autonomía: instituciones jurídicas de apoyo*

GUILLEM ESQUIUS DÍEZ  
MARIA QUEROL GUILLEN

**Resumen:** *La reforma operada por la Ley 8/2021 y su desarrollo en la legislación autonómica catalana han sustituido el antiguo modelo de incapacitación por un sistema de apoyos fundado en la voluntad, deseos y preferencias de la persona objeto de protección. Sin embargo, los datos y la jurisprudencia evidencian que las medidas representativas siguen siendo predominantes, sobre todo en los procesos que afectan a personas mayores con patologías neurodegenerativas. En el presente capítulo se trata esta cuestión analizando el marco normativo vigente, la aplicación jurisprudencial más reciente y las disfunciones detectadas, y se propone actuar sobre la cultura preventiva, la formación de operadores y la revisión periódica para equilibrar protección y autonomía dentro de un «traje a medida» respetuoso con los derechos fundamentales.*

#### 1. INTRODUCCIÓN

Las instituciones jurídicas de protección de personas mayores con discapacidad, o en procesos de pérdida de autonomía, abordan una realidad compleja. La aplicación de estas instituciones debe ponderar, con atención a las circunstancias específicas de cada caso, elementos que pueden estar en tensión sobre la persona afectada: su dignidad y derecho a decidir sobre la propia

vida, las necesidades de protección de la persona y de su patrimonio, así como la capacidad y voluntad de familiares y allegados en quienes pudiera recaer su cuidado. La posible tensión entre estos elementos se puede traducir, en ocasiones, en la oposición de la persona afectada a las posibles medidas de protección propuestas o en conflictos familiares. Estas situaciones requieren de una gestión prudente y conforme al principio de proporcionalidad.

Teniendo en cuenta estas dificultades, nuestro ordenamiento jurídico vigente contempla una diversidad de medidas de protección que puedan adaptarse a las diferentes realidades que puedan presentarse: medidas voluntarias aprobadas por la propia persona afectada (mediante poderes notariales, mandatos de apoyo, etc.), la guarda de hecho (el apoyo y cuidado material por parte de personas del entorno más cercano) o, en caso de que las anteriores no fuesen suficientes, medidas judiciales (curatela y defensor judicial).

Estas medidas de protección son el resultado de una evolución legislativa en esta materia. Durante décadas, la vía habitual para dar respuesta a la pérdida de discernimiento derivada de demencias, alzhéimer u otras enfermedades neurodegenerativas fue la incapacitación judicial, un remedio de sustitución que privaba globalmente de la capacidad de obrar.

Así, el artículo 199 de CC, bajo su anterior redacción, autorizaba al órgano judicial a declarar «incapaz» a quien padeciera una *«enfermedad o deficiencia persistente, de carácter físico o psíquico, que le impidiera gobernarse por sí misma»*. La lógica subyacente respondía al modelo médico rehabilitador: se partía del diagnóstico clínico para justificar una sustitución amplia en la toma de decisiones. La sentencia de modificación de capacidad podía ser plena (privando al afectado de la mayoría de los actos de la vida civil) o parcial (limitada a determinados ámbitos), pero en la práctica acababa derivando con frecuencia en la tutela como regla, reservándose la curatela solo para casos de afectación moderada. Estos mecanismos fueron considerados de una intensa intervención que, en ocasiones, podían suponer procedimientos innecesarios, controles rígidos y una afectación excesiva para la dignidad personal.

El paradigma cambió con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica («Ley 8/2021»). La norma adaptó el derecho español al artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad («CDPD»), según el cual toda persona con discapacidad tiene personalidad y capacidad jurídica *«en igualdad de condiciones con las demás»* y ha de recibir los apoyos necesarios para ejercerla con salvaguardias frente a abusos. La Comunidad Autónoma de Cataluña, en virtud de su competencia exclusiva en materia de legislación civil,

aprobó el Decreto ley 19/2021, que reformó el Código Civil catalán en el mismo sentido, sustituyendo las antiguas instituciones (p. ej., la tutela de adultos) por figuras de apoyo coherentes con la CDPD.

De esta forma, la reforma implicó la eliminación de la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar para las personas mayores de edad. Al derogar el artículo 199 del CC, el legislador decidió que ya nadie podía ser declarado *incapaz*. Toda persona tiene capacidad jurídica y de obrar, aunque necesite apoyos para ejercerla. Es decir, ya no se puede privar a una persona de su capacidad de obrar, sino que se le deben proporcionar apoyos para que pueda ejercerla de forma efectiva y respetando su voluntad y preferencias. La tutela, de esta forma, con el actual artículo 199 del CC, queda limitada únicamente para menores no emancipados en situaciones de desamparo o no sujetos a patria potestad, no para las personas con discapacidad. La Ley 8/2021 se centra, por tanto, en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar *«para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica»*, con la *«finalidad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad»* (art. 249 del CC).

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 589/2021, de 8 de septiembre (Rec. 4187/2019; Roj. STS 3276/2021), dictada justo después de la entrada en vigor de la reforma, resume los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos:

- (i) Es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen apoyo.
- (ii) Las medidas persiguen el pleno desarrollo de la personalidad, inspiradas en la dignidad y los derechos fundamentales.
- (iii) Las medidas judiciales son subsidiarias frente a las voluntarias.
- (iv) No se exige un pronunciamiento previo sobre la capacidad de la persona.
- (v) La provisión judicial debe ser necesaria y proporcionada, respetar la autonomía máxima posible y atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Este nuevo planteamiento coloca en el centro el derecho a la autonomía personal y al pleno desarrollo de la personalidad, reconociendo a las personas con discapacidad —incluyendo a las de edad avanzada— como sujetos de derechos que deben poder tomar sus propias decisiones, con las asistencias precisas, pero sin sustituciones indiscriminadas de su voluntad.

Esta reforma es especialmente relevante para las personas mayores, colectivo en el que pueden confluír déficits cognitivos o intelectuales propios del envejecimiento (demencias seniles, alzhéimer u otras patologías) con situaciones de vulnerabilidad y dependencia. El desafío actual reside en encontrar el *equilibrio* adecuado entre protección y autonomía: es decir, cómo garantizar la seguridad jurídica, el bienestar y la integridad de las personas mayores con discapacidad —previniendo abusos, negligencias o explotación— sin menoscabar por ello su dignidad ni su derecho a decidir sobre sus propias vidas en la mayor medida posible<sup>1</sup>.

Aunque muchos problemas afectan a todas las personas con discapacidad, este capítulo se centra en las personas mayores por tres motivos: (i) porque una parte sustancial de los procedimientos de apoyo se abre por familiares de ancianos con enfermedades neurodegenerativas y el nuevo marco exige respetar su autonomía residual y decisiones previas; (ii) porque la discapacidad ligada al envejecimiento suele ser progresiva y fluctuante, lo que obliga a ajustar dinámicamente el tipo e intensidad del apoyo; y (iii) porque subsiste una tensión entre la protección patrimonial y la presunción de capacidad, con prácticas judiciales que a menudo privilegian la sustitución sobre la toma de decisiones con la persona, menoscabando sus voluntades anticipadas y su condición de sujeto de derechos.

A continuación, examinamos, con un enfoque técnico-jurídico, el marco normativo aplicable a los apoyos a personas mayores con discapacidad y la in-

---

1 Pese al giro normativo, los primeros balances empíricos muestran resistencias, que fueron estudiadas por el Observatorio de Jurisprudencia de Plena Inclusión/Liber (informes 2022 2024): análisis de 651 sentencias y autos dictados entre septiembre de 2021 y junio de 2024 (juzgados de primera instancia y audiencias provinciales de varias CC. AA., con especial incidencia en Cataluña 202, Comunidad Valenciana 96, Andalucía 70 y País Vasco 61). Los balances muestran resistencias a la filosofía de la reforma: alta proporción de medidas representativas (aprox. 57-58 % de las resoluciones nombraron curadores con amplias facultades), mientras que solo en torno al 12-15 % se impusieron apoyos estrictamente asistenciales y la guarda de hecho aparece en alrededor del 16 %; el respeto explícito a la voluntad, deseos y preferencias de la persona se constata solo en un 39 45 % de las resoluciones, en torno a un 16 % se concluye que no se respetó dicha voluntad y el resto no refleja o genera dudas; y, pese a la obligación de oír a la persona, en el 41,6 % de las resoluciones no consta su participación o entrevista, frente a aproximadamente el 57 % que la recoge explícitamente (si bien los informes señalan que en ocasiones la participación pudo haberse producido sin quedar plasmada por escrito).

El Observatorio de Jurisprudencia sobre sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica es un proyecto coordinado por Plena Inclusión España, la Asociación Liber y el Instituto de Derechos Humanos «Gregorio Peces-Barba» (UC3M), que recopila y analiza resoluciones judiciales para asegurar que la Ley 8/2021 se aplique conforme a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: <https://www.plenainclusion.org/observatorio-jurisprudencia/>

interpretación que de él están realizando nuestros tribunales e instituciones. Seguidamente, analizamos los criterios jurisprudenciales y las prácticas institucionales emergentes tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, poniendo de relieve los avances logrados y las dificultades detectadas en la aplicación del nuevo modelo. Finalmente, extraemos conclusiones y formulamos propuestas de actuación orientadas a fortalecer un sistema de apoyos que conjugue eficazmente la tutela de las personas mayores en situación de discapacidad con el máximo respeto a su autonomía y voluntad.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

Antes de examinar el estado actual de la protección de las personas mayores en situación de discapacidad, debemos analizar cuáles son las distintas medidas de apoyo previstas por el ordenamiento civil español, así como cuál es la base normativa de dichas medidas.

### 2.1. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, HECHA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006

Como se ha apuntado en la introducción al presente estudio, a nivel supranacional el principal instrumento regulador de la cuestión objeto de estudio es la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. El 30 de marzo de 2007, el Reino de España ratificó la CDPD, pasando esta a formar parte del ordenamiento jurídico español.

Tal y como se explica en el preámbulo de la CDPD, constatándose además en su artículo 1 (titulado «propósito»), el objetivo de la CDPD no es otro que el de *«promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente»*. Dicho precepto también especifica que dentro del término personas con discapacidad deben entenderse incluidas *«aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Entre los principios generales que se consagran en el artículo 3 de la CDPD, se encuentran (i) el respeto a la dignidad, autonomía e independencia de las personas; (ii) la no discriminación; (iii) la participación y la inclusión en la sociedad; (iv) el respeto y aceptación de la diversidad; (v) la igualdad de oportunidades; (vi) la accesibilidad; (vii) la igualdad de género, y (viii) el respeto a la infancia con discapacidad y el derecho a preservar su identidad.

Cabe destacar que la CDPD no pone el foco en especial sobre las personas mayores ni hace consideraciones particulares sobre las condiciones neurodegenerativas que pueden afectarlas especialmente por razón de su edad. No obstante, su contenido obliga a los Estados a adoptar medidas para garantizar el respeto de los derechos de este colectivo. El precepto que mayores cambios ha implicado en la legislación española es el artículo 12 de la CDPD, que reza como sigue:

*«Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.*

*1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

*2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*

*3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

*4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

*5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».*

Precisamente, la incorporación de la CDPD al ordenamiento español puso en entredicho la compatibilidad de las instituciones de protección reguladas en la legislación civil española con los nuevos compromisos internacionales del Estado. Este hecho se resolvió —al menos en apariencia— mediante la Sentencia

del Tribunal Supremo n.º 282/2008, de 29 de abril, en que el Alto Tribunal negaba que existiera una incompatibilidad entre el artículo 12 de la CDPD y las instituciones de protección disponibles en el ordenamiento jurídico interno (concretamente, la incapacitación), afirmando que:

*«Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que:*

[...]

*No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.*

[...]

*De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: [...].»*

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (el «Comité»), sin embargo, discrepó de la compatibilidad declarada por el Tribunal Supremo español. Aunque, hasta la fecha de finalización del presente estudio, no se ha identificado ninguna resolución del Comité en que este se pronuncie de forma específica sobre la adecuación o no de las medidas de protección españolas con la CDPD, en la Observación General núm. 1 este afirmó que:

*«La obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención».*

Así las cosas, la CDPD —y, más concretamente, su artículo 12, que dispone el igual reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley— fue el catalizador que llevó al legislador nacional a modificar el Código Civil mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio, y a la adaptación a su vez del Código Civil de Cataluña a dicha normativa a través del Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, de la Generalitat de Cataluña. Estas modificaciones normativas se explican a continuación.

## **2.2. LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA**

La Ley 8/2021 introdujo en el Código Civil el Título XI (*«De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica»*), vertebrado sobre los artículos 249 y siguientes del CC. De acuerdo con el nuevo paradigma, toda persona conserva plena capacidad jurídica; lo que varía —según necesidad acreditada— es la forma de ejercitarla con apoyos. Según la Ley 8/2021, las medidas de apoyo se ordenan por prelación, en tres tipologías distintas:

- (ii) Medidas voluntarias: poderes notariales, mandatos de apoyo, autocratela, etc.
- (iii) Guarda de hecho, medida que reconoce una realidad sociológica, cual es que la mayor parte de las personas con algún tipo de discapacidad reciben el apoyo de su entorno más cercano, generalmente por parte de algún familiar.
- (iv) Medidas judiciales, que comprenden la curatela (asistencial o representativa) y el defensor judicial, reservándose la representación a supuestos excepcionales y motivados (arts. 249 y 255 CC).

El espíritu de la reforma operada por la Ley 8/2021 persigue el objetivo de convertir la resolución judicial que fija los apoyos en un verdadero *«traje a medida»* que atienda a las específicas circunstancias de cada caso. Aunque realmente esto no debiera representar una novedad, la reforma insiste de forma explícita en ello. El antiguo artículo 210 del CC ya establecía el principio según el cual la sentencia judicial debía determinar *«la extensión y los límites de la incapacidad»*<sup>2</sup>, algo que fue desarrollado jurisprudencialmente al albur de

---

2 En este sentido, ver la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 282/2009, de fecha 29 de abril (Rec. 1259/2006; Roj. STS 2362/2009).

la CDPD, determinándose que los mecanismos de protección que se fijasen debían ser acordes con la persona evitando regulaciones abstractas y rígidas de su situación jurídica.

El orden de prelación implica que, si existe una medida voluntaria o una guarda de hecho suficiente, no procede adoptar medidas judiciales. En efecto, el artículo 255 del CC in fine, impone una lógica de subsidiariedad, estableciendo que *«solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias»*. Solo si los apoyos autoorganizados fallan y no existe una guarda de hecho que suponga un apoyo suficiente, se pasa al apoyo judicial, que deberá diseñarse conforme las pautas del artículo 249 del CC.

### 2.2.1. Medidas voluntarias de apoyo

Las medidas voluntarias están reguladas de forma desordenada en el Título XI del CC. Son aquellas establecidas libremente por la propia persona con discapacidad, normalmente en previsión de futuras dificultades, y tienen prioridad, de forma que solo en defecto o insuficiencia de estas (o de la guarda de hecho) se acudirá al juez (artículo 255, párrafo 5, del CC).

Aunque las medidas voluntarias deberían ser las que tuviesen una posición preeminente según el planteamiento de la Ley 8/2021, su despliegue ha sido reducido en la práctica por la débil cultura preventiva.

Las medidas voluntarias pueden establecerse (i) antes de que aparezca la necesidad, mediante poderes preventivos que no surten efectos hasta concurrir la situación de discapacidad, o poderes ordinarios con cláusula de subsistencia (*«si doy poderes antes y no incluyo esta causa, el poder podría carecer de validez una vez aparezca la discapacidad»*); o (ii) tras el diagnóstico, cuando la persona aún conserva el discernimiento. Esto puede comprender, por ejemplo, casos de alzhéimer incipiente o trastornos bipolares en fase compensada, en los que la persona aún conserva el discernimiento, aunque sea temporalmente, y puede diseñar sus medidas voluntarias.

Comprenden los poderes preventivos, mandatos de apoyo y autotutela otorgados; pero, en general, pueden incluir cualquier tipo de medidas de control. Es decir, otorgan a la persona la posibilidad de diseñar quién y cómo asistirá a la persona (artículo 255, párrafo 2 *«podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249»*), incorporando las salvaguardas específicas que considere adecuadas: designación de personas de confianza, alcance del poder, mecanismos

de supervisión, reglas de subsistencia, etc. (artículo 255, párrafo 3: *«asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias»*).

Las medidas de apoyo voluntarias exigen escritura pública (artículo 255 del CC, párrafo 1), de forma que no es posible acordarlas en documento privado (aunque dicho documento privado podría servir en sede judicial para interpretar la voluntad de la persona). Su eficacia descansa en la inscripción en el Registro Civil (artículo 255, párrafo 4: *«el Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante»*), así como en la concreción del hecho que activa la sustitución o asistencia. Una vez inscritas, pueden ser modificadas tanto por la propia persona (nueva escritura) como por terceros legitimados que, ante un mal uso, recurran al juez para cuestionar o adaptar las medidas voluntarias.

#### **(A) Acuerdo de apoyo notarial (art. 255 CC)**

La única regulación específica del «acuerdo de apoyo notarial» aparece en el art. 255 CC, al regularse las disposiciones generales de las medidas voluntarias de apoyo.

El artículo 255 establece que *«cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes»*. Es decir, permite que la persona con discapacidad diseñe, incluso apreciando la concurrencia actual de circunstancias que pueden dificultarle en el futuro el ejercicio de su capacidad jurídica, ante notario en escritura pública, qué apoyos necesita para sí o su patrimonio.

La función del notario es la de, además de ofrecer seguridad jurídica o fe pública, valorar la capacidad del sujeto al otorgar el acuerdo de apoyo, y orientar a las personas con discapacidad y sus acompañantes.

Como hemos explicado, el contenido de las medidas voluntarias de apoyo es amplísimo, teniendo la persona libertad para decidir qué actos no puede realizar sola, quién le prestará apoyo, alcance, controles y condiciones (p. ej., unanimidad o mayoría de herederos para vender un inmueble).

Existen dos modalidades técnicas de acuerdos de apoyo notarial: (i) la designación de apoyo, en que se expresa en escritura pública la voluntad principal de la persona con discapacidad, sujeta por supuesto a aceptación del

apoyo por la persona designada; y (ii) el acuerdo bilateral, en que la persona que va a ser asistida y la persona que presta el apoyo suscriben conjuntamente el acuerdo ante notario.

### **(B) Poderes preventivos**

Mediante un poder preventivo, una persona que no precisa actualmente de apoyo puede acudir al notario, otorgar un poder en escritura pública e incluir una cláusula en la que regule, de antemano, cómo se presentará el apoyo cuando lo necesite en el futuro. Así, los poderes preventivos se diferencian del acuerdo (o designación) de apoyo notarial en que la necesidad de apoyo solo puede ser futura, no actual. Este podría ser el caso de una persona a la que acaban de diagnosticar alzhéimer y, pese a que no precisa apoyo actual, conoce que la enfermedad puede determinar su incapacidad futura.

Existen dos modalidades técnicas de poderes preventivos: (i) el poder ordinario, que produce sus efectos inmediatamente, pero que incluye una cláusula de subsistencia que establece el poder subsiste si en el futuro el poderdante precisa de apoyo en la toma de decisiones (artículo 256 del CC: *«El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad»*); y (ii) el poder preventivo puro, que entrará en vigor en el futuro, cuando el poderdante necesite apoyo en la toma de decisiones (artículo 257 del CC: *«El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad»*).

En relación con el poder preventivo puro, el artículo 257 del CC establece que, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo, «se estará a las previsiones del poderdante» y que, para garantizar el cumplimiento de dichas previsiones, se otorgará, si fuera preciso, un acta notarial en la que, además del juicio del notario, se incorpore *«un informe pericial en el mismo sentido»*.

### **(C) Autocuratela**

El artículo 271 del CC establece que la autocuratela consiste en la declaración de voluntad, en escritura pública, que puede realizar una persona en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, y por la que podrá (i) *«proponer (...) el nombramiento o exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función del curador»*; y (ii) *«establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela»* y, en particular, sobre el cuidado de su persona, la administración y disposición de sus bienes, la retribución del curador, la obligación de hacer inventario o su dispensa o sobre la vigilancia y control de la curatela.

De acuerdo con el artículo 272 del CC, la declaración de voluntad de la autotutela vincula a la autoridad judicial, cuando y si finalmente se constituye la tutela como medida judicial. El juez deberá respetar la voluntad del poderdante, salvo que existiesen *«circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones»*, y siempre mediante resolución motivada.

### 2.2.2. Guarda de hecho (arts. 303, 304 y 306 CC)

La guarda de hecho constituye una institución jurídica encaminada a reconocer y regular el cuidado y apoyo «de hecho» que familiares o personas allegadas prestan a quienes, por razones de discapacidad u otra circunstancia, necesitan ayuda en el ejercicio de su capacidad jurídica, sin que exista una formalización notarial o una resolución judicial previa. Proviene de la regulación histórica de los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil, y ha ido evolucionando periódicamente de una solución meramente provisional a, con la Ley 8/2021, estar dotada de un régimen propio que le confiere entidad y eficacia.

En términos funcionales, la guarda de hecho opera como una medida informal de apoyo: su esencia no es la sustitución de la voluntad del sujeto, sino el acompañamiento y la asistencia para que la persona pueda tomar, en la medida de lo posible, sus propias decisiones. Por eso la ley la concibe con una doble vocación: (i) flexible y subsidiaria frente a las medidas voluntarias (poderes, mandatos preventivos); pero (ii) prioritaria frente a las medidas judiciales (tutela o defensor judicial) cuando el apoyo informal se esté prestando adecuadamente y resulte suficiente para la salvaguarda de los derechos del interesado, en virtud del párrafo 5.º del artículo 255 del Código Civil.

Todo ello con el objetivo lógico de desjudicializar el apoyo a las personas con discapacidad en sede del respeto al principio de intervención mínima.

El artículo 264 del Código Civil determina con mayor precisión el alcance práctico de la guarda de hecho, estableciendo una distinción entre (i) las actuaciones asistenciales (regla general); (ii) las actuaciones representativas (regla especial); y (iii) los actos de especial trascendencia del artículo 287 del Código Civil):

- (i) Actuaciones asistenciales: Comprenden los apoyos cotidianos y las gestiones de poca trascendencia —acompañamiento a consultas, ayuda para trámites administrativos o sociales, solicitudes de prestaciones y similares— donde el guardador actúa como facilitador y la persona con discapacidad mantiene la iniciativa. Estos actos, por su naturaleza, no requieren autorización judicial.

- (ii) Actuaciones representativas: Cuando excepcionalmente las circunstancias exijan que el guardador actúe en nombre de la persona (por ejemplo, para celebrar determinados contratos o realizar actos con incidencia patrimonial o personal relevante), la ley permite que se otorguen facultades representativas —pero condicionadas a la autorización judicial previa mediante el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria ex artículo 63 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria—. La solicitud debe ser motivada y la autoridad judicial oirá a la persona, podrá recabar informes periciales y adoptar las medidas que considere necesarias para proteger la voluntad, los deseos y las preferencias del afectado ex artículo 52 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.
- (iii) Actos de especial trascendencia: El artículo 287 del Código Civil prevé unos supuestos tasados (enajenaciones importantes, gravámenes sobre inmuebles, disposiciones a título gratuito de bienes relevantes, aceptación de herencias singulares, etc.) para los cuales la autorización judicial es exigible «en todo caso».

Aunque, como se ha expuesto, el objetivo de la guarda de hecho es evitar la judicialización innecesaria, no está por ello exenta de garantías. El artículo 52 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria permite que la autoridad judicial pueda «establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas» (por ejemplo, el nombramiento puntual de un defensor judicial para determinados asuntos). Además, el artículo 66 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria permite que se pueda exigir en cualquier momento una rendición de cuentas o para comprobar la correcta aplicación de bienes y recursos al interés del guardado.

Desde la perspectiva económica, el artículo 266 del Código Civil reconoce al guardador de hecho el «reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo».

Finalmente, la extinción de la guarda de hecho se produce por cualquiera de los cuatro supuestos que contempla el artículo 267 del Código Civil. En concreto:

- (i) Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo.
- (ii) Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.
- (iii) Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

- (iv) Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

Todo ello con el objetivo lógico de desjudicializar el apoyo a las personas con discapacidad en sede del respeto al principio de intervención mínima.

En la práctica, la guarda de hecho se ha convertido en la figura estrella del nuevo sistema por dos razones concurrentes. En primer lugar, porque persiste en la sociedad española una escasa cultura de planificación voluntaria: son minoritarias las escrituras de poderes preventivos, autotutela o acuerdos notariales de apoyo, de modo que, cuando sobreviene la necesidad, la persona carece de un andamiaje formal previamente diseñado. En segundo lugar, porque la experiencia demuestra que el primer círculo de auxilio acostumbra a proceder del entorno familiar o convivencial más inmediato, que ya viene ejerciendo de hecho las tareas asistenciales y representativas y resulta, por ello, el cauce más natural y eficiente para la provisión de apoyos.

Este doble factor explica que sea el mecanismo de apoyo más utilizado y que, aunque la figura ya aparecía esbozada en los artículos 303 a 306 CC, la Ley 8/2021 la dota de plena sustantividad jurídica: deja de ser una situación transitoria a la espera de la intervención judicial y se erige en institución autónoma de apoyo.

En consonancia con lo anterior, en todo expediente de provisión judicial de apoyos, el órgano jurisdiccional debe requerir, con carácter previo, informe del Registro Civil a fin de comprobar la existencia de eventuales apoyos voluntarios o de una guarda de hecho eficaz, y solo procederá a la constitución judicial cuando aquellos resulten inexistentes o insuficientes.

El artículo 264 del CC establece que no será necesaria autorización judicial *«cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad que no suponga un cambio significativo en su forma de vida»*, o cuando *«realice actos de escasa relevancia económica y sin especial significado personal o familiar»*.

La Fiscalía<sup>3</sup> y el sector bancario<sup>4</sup> han diseñado un marco práctico que permite al guardador de hecho actuar con agilidad en la vida cotidiana de la per-

---

3 Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especialistas de las Secciones de Atención a Personas con Discapacidad y Mayores, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021 (disponible en <https://www.fiscal.es/selfservice-ext/login?postbackUrl=%2Fc%2Fportal%2Flogin%3Fredirect%3D%252Fdocuments%252F20142%252F2089da7f-1084-179c-1b18-3f5ad3b7f179>).

4 El 19 de julio de 2023, la Fiscalía General del Estado, las asociaciones bancarias (AEB, CECA y UNACC) y el Banco de España firmaron dos protocolos: (i) un primer protocolo, titulado *Pro-*

sona con discapacidad, reservando la autorización judicial solo para los actos de mayor calado. A grandes rasgos, se reconoce que el guardador puede tramitar prestaciones y ayudas públicas, gestionar recursos sociales y realizar operaciones bancarias de importe modesto; para estas últimas, el límite de «escasa relevancia económica» se fija de forma orientativa en el gasto medio que publica cada año el INE.

Al mismo tiempo, la Ley 41/2002 respalda que el guardador asuma el consentimiento «por representación» cuando el paciente no pueda decidir por sí mismo. Es decir, en situaciones excepcionales y urgentes en que no sea posible obtener autorización judicial a tiempo, el guardador de hecho puede actuar en representación de la persona con discapacidad, siempre que su actuación sea en beneficio de esta y respete sus derechos, voluntad y preferencias (p. ej., decisión médica urgente).

### 2.2.3. Medidas judiciales

#### (A) Curatela (arts. 271-294 CC)

De acuerdo con la reforma, la curatela pasó a considerarse como el mecanismo idóneo para la concesión judicial de apoyos a las personas con discapacidad (arts. 271 a 294 CC). El instituto de la curatela tiene por objeto complementar, suplementar, perfeccionar o colmar la capacidad de obrar de una persona.

La curatela procede cuando no existen medidas voluntarias ni guarda de hecho eficaz, o cuando estas se revelan conflictivas o insuficientes (artículo 269, párrafo 1 del CC: «*La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución*

---

*toloco marco de colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, dirigido a asegurar la autonomía financiera de las personas con discapacidad (disponible en <https://s2.aebanca.es/wp-content/uploads/2023/07/protocolo-marco-de-colaboracin-medidas-de-apoyo-a-personas-con-discapacida> d.pdf); (ii) un segundo protocolo, titulado *Protocolo general de colaboración para la protección patrimonial de personas titulares de productos bancarios con discapacidad o en otras situaciones de vulnerabilidad*, dirigido a establecer una canal de comunicación entre los bancos y fiscalías territorialmente competente para la puesta en conocimiento de situaciones que puedan poner en peligro la seguridad económica del titular, cuando se revelen situaciones de abuso o influencia indebida en su voluntad (<https://s2.aebanca.es/wp-content/uploads/2023/07/protocolo-general-de-colaboracin-proteccion-patrimonial-de-personas-con-discapacidad-1.pdf>); y (iii) todavía de mayor utilidad resulta el *Documento interpretativo al protocolo marco entre FGE y asociaciones bancarias*, también de julio de 2023, pero actualizado en su última versión en mayo de 2025 (<https://s2.aebanca.es/wp-content/uploads/2025/05/documento-interpretativo-lanexosi-iiac-tualizado-en-mayo-2025.pdf>).*

*motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad»). Conforme al artículo 255 del CC («Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias») y la doctrina del Tribunal Supremo, el sistema establece un orden de prelación claro, pero permite acudir a la vía judicial cuando la realidad práctica lo exige (ver Sentencias núm. 66/2023, de 23 de enero; 1443/2024, de 20 de octubre y 1444/2023, de 20 de octubre, anteriormente referenciadas).*

El artículo 269 del CC establece dos modalidades técnicas de acuerdos de curatela:

- (i) Como regla general, la curatela será asistencial, de forma que es la persona quien toma sus decisiones y ejerce su capacidad jurídica, y el curador acompaña, informa y le asiste, pero sin sustituir su voluntad.
- (ii) Excepcionalmente, cuando resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la curatela podrá ser representativa, determinándolo la autoridad judicial mediante resolución motivada.

El artículo 269 del CC obliga a individualizar la curatela: *«La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo» y «Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. El curador actuará bajo los criterios fijados en el artículo 249»*. Esta labor exige a la autoridad judicial analizar las necesidades concretas de apoyo y confeccionar una solución individualizada, atendiendo a los principios de proporcionalidad, máxima autonomía y consideración de la voluntad, deseos y preferencias de la persona (artículo 268 del CC), de forma que cada curatela será distinta, quedando su extensión delimitada por la resolución judicial.

Como medida de apoyo personalizada, la curatela puede abarcar distintos ámbitos de la vida de la persona que la necesita. No obstante, existen límites en cuanto a las decisiones que puede tomar el curador y aquellas para las que se requiere control judicial. Estos ámbitos se dividen fundamentalmente en dos grandes bloques: el personal y el patrimonial.

- (iii) **Ámbito personal:** El curador no puede intervenir en actos personalísimos, es decir, aquellos que afectan de manera directa e intransferible a la voluntad o la identidad de la persona. Esto incluye, entre otros, la otorgación de testamento, la celebración del matrimonio o la desheredación de un heredero. Estos actos son considerados estrictamente in-

dividuales y no pueden ser delegados ni sustituidos por la actuación del curador.

Además, ciertos actos que afectan profundamente a la vida privada o familiar de la persona, como el ingreso en una residencia, la esterilización o determinadas decisiones médicas y familiares, exigen una autorización judicial previa. Así lo establece el artículo 264.2 del CC, que remite a su vez al artículo 287, donde se enumeran los actos para los que se requiere este control judicial.

- (iv) **Ámbito patrimonial:** En lo relativo al patrimonio, el curador debe contar con autorización judicial para realizar determinados actos que se consideran de especial trascendencia económica o jurídica. Así, el artículo 287 del CC recoge un listado de actuaciones para las que la ley exige este requisito. Entre ellas destacan:
- a. La venta de bienes inmuebles o derechos reales.
  - b. La constitución de hipotecas u otros gravámenes.
  - c. El arrendamiento de bienes por más de seis años.
  - d. La aceptación de herencias (y especialmente si es con beneficio de inventario).
  - e. El repudio de herencias o legados.
  - f. La renuncia de derechos.
  - g. La interposición de demandas judiciales, salvo las de escasa cuantía o trámite.

Estas restricciones buscan garantizar que la persona beneficiaria del apoyo no vea perjudicado su patrimonio por decisiones que excedan la gestión ordinaria, protegiendo así sus intereses mediante el control del juez.

Finalmente, el artículo 270 del CC exige que la sentencia incorpore salvaguardas específicas destinadas a proteger a la persona frente a posibles abusos, conflictos de interés o influencias indebidas. Estas salvaguardas pueden incluir la necesidad de autorización judicial previa para determinados actos, limitaciones temporales, fiscalización periódica o incluso la intervención de un curador institucional en caso de conflicto.

#### (B) Defensor judicial

La reforma operada por la Ley 8/2021 completó el catálogo de apoyos incorporando el defensor judicial como mecanismo subsidiario, excepcional, y estrictamente puntual. Su régimen se recoge en los artículos 295 a 298 del

CC, dentro del Título XI, y se refuerza en el ámbito procesal por los artículos 6, 7, 7bis y 8 de la LEC.

El defensor judicial es nombrado por el juez, como medida de apoyo ocasional o puntual para cubrir necesidades concretas de apoyo personal o patrimonial cuando las vías ordinarias (medidas voluntarias o guarda de hecho/curatela) no existen o no bastan (artículos 295 a 298 del CC). Por lo tanto, si existe una necesidad de apoyo permanente, se acudirá a la guarda de hecho o a una curatela, pero si la persona solo tiene un acto concreto en que esta persona va a necesitar apoyo, podrá designarse un defensor judicial.

No debe confundirse esta figura con la del defensor judicial designado por el letrado de la Administración de Justicia («LAJ») mediante decreto, y cuya finalidad es complementar la capacidad procesal de la persona para que pueda intervenir en un proceso judicial mientras no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio (artículo 8.1 de la LEC). Hasta que no se nombre al defensor judicial, el Ministerio Fiscal es quien asumirá la representación y defensa de la persona en el procedimiento judicial (artículo 8.2 de la LEC).

En efecto, en una deficiente técnica legislativa, la ley utiliza el mismo término *defensor judicial* para referirse a dos figuras totalmente distintas: defensor judicial como figura que designa el LAJ para complementar la capacidad procesal de una persona, y el defensor judicial como medida de apoyo en sí misma, que nombrará el juez cuando la necesidad de apoyo sea puntual. Ambas figuras, por tanto, comparten una naturaleza puntual y finalista, en tanto que cesan tan pronto como se resuelve la incidencia que motivó su constitución.

De acuerdo con el artículo 295 del CC, el nombramiento de defensor judicial por el juez únicamente procede en los cinco escenarios enumerados por el CC:

- (i) Imposibilidad material o jurídica de quien debía prestar el apoyo.
- (ii) Conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y su apoyo habitual.
- (iii) Tramitación de la excusa del curador.
- (iv) Necesidad de administrar bienes mientras se sustancia una solicitud de medidas judiciales.
- (v) Apoyos ocasionales (aunque recurrentes) que no requieran una curatela estable.

La autoridad judicial debe oír previamente a la persona interesada y designar a quien resulte más idóneo para respetar, comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias (artículo 295 CC, *in fine*).

### 2.3. EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

El derecho civil propio de Cataluña también regula, en su libro segundo, las instituciones de protección de la persona cuya capacidad haya sido modificada judicialmente, incluyendo la tutela, la curatela y otras medidas temporales de protección.

#### 2.3.1. Instituciones de protección de la persona reguladas en el Código Civil de Cataluña

El Código Civil de Cataluña, en su redacción actual, prevé las siguientes instituciones de protección de la persona mayor de edad que necesita de asistencia o que no puede gobernarse por sí misma. Estas instituciones son:

- (i) la tutela, regulada en los artículos 222-1 a 222-54;
- (ii) la curatela, regulada en los artículos 223-1 a 223-10;
- (iii) el defensor judicial, regulado en los artículos 224-1 a 224-5;
- (iv) la guarda de hecho, regulada en los artículos 225-1 a 225-5; y
- (v) la asistencia, regulada en los artículos 226-1 a 226-7.

#### 2.3.2. El Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, de la Generalitat de Cataluña, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento judicial de la capacidad

Al existir una regulación autonómica propia, más allá de la adaptación del Código Civil estatal a la CDPD por medio de la Ley 8/2021, el Código Civil de Cataluña también requería de adaptación específica para garantizar que las personas que requieren de medidas de apoyo continúen gozando de la protección necesaria. En consecuencia, se adoptó el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, de la Generalitat de Cataluña. Como admite la exposición de motivos de dicha norma, de no haberse aprobado la modificación del Código Civil de Cataluña, «*la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, generaría un vacío legal en Cataluña, porque suprime el procedimiento judicial de modificación de la capacidad*». La reforma, sin embargo, se limitaba casi exclusivamente a garantizar dicho acceso, y tiene vocación de temporalidad, preservando el acceso a las medidas de apoyo entre tanto no se apruebe una reforma definitiva del Código Civil Catalán.

En consecuencia, la modificación operada por el Decreto Ley 19/2021 se centra en regular las formas por medio de las que la persona mayor de edad que requiere de apoyo para ejercer su capacidad jurídica puede solicitar la constitución de la figura de la asistencia, sustituyendo la regulación anterior por los nuevos artículos 226-1 a 226-7.

La asistencia se configura como un apoyo formal a la persona que requiere de ayuda para celebrar ciertos actos jurídicos. En la asistencia, es la propia persona interesada la que toma las decisiones, y la asistencia es un mero apoyo que acompaña a dicha persona en la toma de decisiones. Este matiz permite distinguirla de otras figuras limítrofes como la curatela. El foco de la asistencia se pone en asegurar que la persona que requiere de apoyo cuente con todos los elementos necesarios para formar su voluntad y comprender sus actos, pudiendo modularse según las necesidades de la persona. Podemos distinguir los siguientes tipos de asistencia:

- (i) En el acompañamiento, el asistente ayuda a la persona que requiere de apoyo para entender las implicaciones de sus actos, pero no le sustituye en la toma de decisiones.
- (ii) En la cooperación, el asistente debe prestar su conformidad para la toma de ciertas decisiones patrimoniales o de salud que se consideran más complejas.
- (iii) En la representación, el asistente puede actuar en nombre de la persona en algunas cuestiones si así lo autoriza una resolución notarial o judicial.

La regulación sustantiva de las demás instituciones de protección de la persona, por lo tanto, no se ha visto modificada hasta la fecha más allá de lo previsto para el acceso a la asistencia.

A la fecha de conclusión del presente trabajo, no se ha procedido todavía a la reforma definitiva del Código Civil de Cataluña más allá de la operada por el Real Decreto 19/2021.

De acuerdo con la actual regulación contenida en los artículos 226-1 a 226-7 del Código Civil de Cataluña, la persona mayor de edad puede solicitar de forma voluntaria la constitución de asistencia en su favor, tanto en escritura pública notarial como a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria correspondiente. Asimismo, las personas interesadas previstas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria también podrán solicitar la adopción de dichas medidas si la persona mayor de edad no ha constituido de forma voluntaria asistencia ni hay un poder preventivo en vigor. Se puede designar también preventivamente al asistente en escritura pública.

La nueva regulación de la asistencia pone especialmente el foco en que se respeten los deseos y la voluntad de la persona mayor de edad, cuando los haya expresado, y faculta a la autoridad judicial a establecer las medidas oportunas que garanticen dicha voluntad y los derechos de la persona afectada. Únicamente puede prescindirse de lo manifestado mediante resolución motivada y en casos tasados —a saber (i) que se acrediten circunstancias graves que eran desconocidas por la persona afectada cuando manifestó su voluntad, o (ii) que, de nombrarse la persona indicada por ella, la persona afectada quedaría en riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida—.

### 3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

#### 3.1. GUARDA DE HECHO

##### 3.1.1. ¿Cuándo es la guarda de hecho «suficiente»?

Tal y como se ha anticipado a la hora de exponer el marco jurídico aplicable a las instituciones de protección de personas mayores, en la práctica, la guarda de hecho se ha configurado como la figura estrella para este tipo de situaciones. En este sentido, uno de los principales retos identificados en relación con la guarda de hecho es la determinación de cuándo la medida de apoyo informal de la guarda de hecho es «suficiente» conforme los artículos 249 y 255 del CC.

Como se ha expuesto, las medidas de apoyo de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate (artículo 249 del CC), y solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias (artículo 255 del CC).

Pues bien, a la hora de examinar la concurrencia del prerrequisito consistente en la «falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente», resulta de especial relevancia la evolución del Tribunal Supremo en el tratamiento jurisprudencial de las grandes afectaciones cognitivas. En este ámbito, existe jurisprudencia dispar sobre si en afectaciones severas (p. ej., alzhéimer avanzado sin posibilidad de expresar voluntad) la guarda de hecho puede bastar.

Inicialmente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 66/2023, de 23 de enero, aplicó con especial rigor el orden de prelación del artículo 255 del CC. Interpretó que la Ley 8/2021 ya no concibe la guarda de hecho como una medida transitoria llamada a desaparecer, sino como una «*propia institución jurídica de apoyo*», válida siempre que resulte suficiente y adecuada para salvaguardar los derechos de la persona con discapacidad, de forma que «*con inde-*

*pendencia del grado de discapacidad, las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias tanto respecto de las medidas voluntarias como respecto de la guarda de hecho».* Así, en un caso en que el apoyo venía siendo prestado por el hijo de la persona con discapacidad, concluyó que la guarda de hecho era suficiente, razonando que la propia regulación de la guarda de hecho establece mecanismos que permiten evitar acudir a la curatela, que es el remedio judicial establecido de forma subsidiaria, cerrando la puerta a la curatela. Así, el artículo 295 del CC prevé la posibilidad cuando, por cualquier causa, el guardador de hecho que haya de prestar apoyo no pueda hacerlo y requiera un apoyo puntual, de nombrar puntualmente a un defensor judicial de las personas con discapacidad hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. Del mismo modo, el artículo 264 del CC permite, cuando sea precisa la autorización judicial para una actuación representativa que no pueda llevar a cabo el guardador de hecho, que el juez acuerde el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha venido matizando esa interpretación del régimen de prelación o subsidiariedad, dotándolo de contenido material, para evitar que la persona con discapacidad tenga que «luchar» contra la propia legislación en situaciones en que la guarda de hecho puede resultar en términos prácticos insuficiente, resultando más conveniente y sensible con los intereses de la persona una medida de apoyo judicial:

- (i) En la Sentencia núm. 1443/2024, de 20 de octubre<sup>5</sup>, el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo trataba de una persona de 95 años con demencia avanzada, que le conducía a escaparse de casa, acudir al banco, abrir cuentas, etc., con un único hijo que convivía con ella y que actuaba como guardador. La persona necesitaba apoyos asistenciales y representativos continuos y fue el propio guardador el que pidió ser nombrado curador representativo. En este contexto, el Tribunal razonó que, conforme a la lógica del 255 del CC tras la Ley 8/2021, *«si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad, no es necesario la constitución judicial de apoyos, no lo es tanto que queden excluidas en todo caso».* Razonó que *«[s]i interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del art. 255 CC), descontextualizada, negaríamos siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho», puesto que esta ya es en sí misma «un medio legal de provisión de apoyos, aunque no requiera constitución formal».* El motivo por el cual el Tribunal Supremo interpreta que la constitución judicial de apo-

---

5 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7d28a88f0c1d42f4a0a8778d75e36f0d/20231027>

yos no queda excluida en todo caso es porque ello implicaría *«desat[ender] a las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho»*, desembocando en una *«perniciosa»* aplicación *«rígida y automática»* de la norma.

Además, el Tribunal también expone que no cabe repetir los automatismos del pasado, en tanto que tendían a conceder una incapacitación automática ante cualquier diagnóstico, sacrificando la adecuación a la persona que exige hoy el artículo 249 del CC. En este sentido, el Tribunal razona que, por un lado, debe interpretarse que el artículo 263 del CC, al regular la guarda de hecho, prevé la compatibilidad de la misma con medidas de apoyo voluntarias o judiciales para las *«necesidades no cubiertas»*; y por otro lado, el artículo 269 del CC, al establecer que *«La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad»*, debe ser interpretado en el sentido de que la insuficiencia también se pone de manifiesto cuando el propio guardador declara que ya no puede cubrir todas las necesidades.

- (ii) En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 1444/2023, de 20 de octubre<sup>6</sup>. El supuesto fáctico de la sentencia involucraba a una persona que presentaba importantes limitaciones a la hora de tomar decisiones de manera autónoma y que resultaba especialmente vulnerable por su edad avanzada y su padecimiento de un trastorno neurocognitivo importante. Debido a su patología, requería un apoyo más intenso (representativo) en áreas económicas, jurídicas y administrativas, así como de salud. La guarda de hecho la venía ejerciendo la esposa que convivía con él, quien manifestaba que para seguir desarrollando su función precisaba de ser curadora con representación, puesto que ello facilitaría su labor, tanto en el ámbito personal como patrimonial. En este caso, el Tribunal identificó como factor clave que evidenciaba la insuficiencia práctica de la guarda de hecho *«la necesidad de acudir al expediente de previa autorización judicial de manera reiterada y continua»*. En efecto, la esposa afrontaba problemas diarios para realizar gestiones en nombre de su esposo, en las que debía firmar él, pero en las que no comprendía el valor del dinero. El Tribunal entendió que, pese a que el guardador de hecho puede solicitar y obtener una autorización judicial para actuar en representación de la persona con discapacidad

---

6 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bce79ddd053f1fe5a0a8778d75e36f0d/20231027>

y que dicha autorización podía comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo, precisamente dicha necesidad reiterada y continua revelaba la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad del apoyo requerido y, en consecuencia, la conveniencia de una medida judicial.

Es razonable inferir que el Tribunal Supremo ha abandonado el criterio automático que asignaba la guarda de hecho para afectaciones menores y la curatela representativa para las mayores. Ahora aplica un test funcional que evalúa el impacto real que las medidas de apoyo tienen en la vida diaria de la persona. Lo importante es determinar si existen actos en la vida de la persona que van más allá de los contemplados en el artículo 264 del CC (como solicitar prestaciones económicas sin cambios significativos en su forma de vida) y que no requieren autorización judicial según el artículo 287 del CC. Si existen tales actos, la guarda de hecho será insuficiente; si no existen, dependiendo de las circunstancias, la guarda de hecho podría ser suficiente.

En junio de 2022, Fiscalía General del Estado y el CGPJ se reunieron en una reunión de trabajo con magistrados expertos en discapacidad y elaboraron un documento<sup>7</sup> que establece una serie de criterios interpretativos para interpretar cuándo se considera que la guarda de hecho debe considerarse como «no adecuada» (si concurren conflictos de intereses reiterados, conflictos personales, abusos o influencia indebida del guardador) y como «no suficiente» (cuando, por la situación de la persona, el guardador complejo que exige ir constantemente al juzgado).

### 3.1.2. Conflictos familiares

También puede resultar difícil considerar el apoyo de la guarda de hecho como suficiente y eficaz cuando existe un conflicto familiar relevante entre el guardador de hecho y otros familiares de la persona con discapacidad, especialmente cuando dicho conflicto incide en la calidad de los apoyos prestados, en la transparencia de la gestión o en el entorno emocional y social del interesado.

---

7 Documento definitivo del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201). <https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/JUSTICIA%20Y%20DISCAPACIDAD/CURSOS/FI-CHEROS/20220902%20Nuevo%20sistema%20de%20provisi%C3%B3n%20judicial%20a%20personas%20con%20discapacidad.pdf>

Un ejemplo del límite de la guarda de hecho como medida de apoyo suficiente lo ofrece la Sentencia núm. 457/2022, de 5 de octubre, de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cantabria<sup>8</sup> (Rec. 146/2022; Roj. SAP 1283/2022), que considera insuficiente la guarda de hecho ejercida por un sobrino, a pesar de que su gestión económica había sido eficaz, porque había generado un conflicto que no beneficiaba al interesado. La resolución destaca que la situación de enfrentamiento con otros familiares —en este caso, las hermanas del interesado— generaba un contexto de tensión y falta de colaboración que no beneficiaba a la persona con discapacidad, motivo por el cual se acuerda la constitución de una medida judicial de apoyo.

De esta forma, la resolución recoge una regla práctica de interpretación judicial que ha comenzado a consolidarse, según la cual, cuando el ejercicio de la guarda de hecho esté atravesado por un conflicto familiar relevante y sostenido, especialmente si este compromete la voluntad, bienestar o patrimonio de la persona con discapacidad, no puede considerarse una medida de apoyo suficiente. En tales casos, procede la adopción de una medida judicial, preferentemente representativa y confiada a un tercero imparcial: *«La guarda de hecho de don Calixto no ha sido en este ámbito adecuada, suficiente ni eficaz y resulta justificada la instauración de una curatela, que generalmente se entiende procedente en situaciones como la presente de conflictos entre familiares, con la condición de representativa»* (FD 4.<sup>º</sup>).

En definitiva, podría mantenerse la guarda de hecho imponiéndose salvaguardas (rendición de cuentas, controles), pero la regla práctica es que el conflicto aconseja constituir una medida judicial.

### 3.1.3. Derroche patrimonial / riesgo de explotación

Otro de los escenarios donde la guarda de hecho suele revelarse insuficiente o inadecuada es el de personas con discapacidad que presentan descontrol financiero persistente, tendencia al derroche, contratación de préstamos inasumibles o vulnerabilidad frente a terceros. En estos supuestos, la actuación informal del guardador no permite garantizar adecuadamente la protección patrimonial ni el respeto efectivo a la voluntad y bienestar de la persona.

A modo de ejemplo, reseñamos algunas resoluciones judiciales posteriores a la reforma que, aunque no tratan expresamente la cuestión de personas mayores, contienen razonamientos extrapolables a su situación:

---

8 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/37fc33fcd659fb3a0a8778d75e36f0d/20221118>

- (i) Sentencia núm. 445/2022, de 14 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.<sup>a</sup>, Civil) (Recurso n.º 378/2022; Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez; Roj: SAP B 9689/2022 - ECLI:ES:APB:2022:9689)<sup>9</sup>. En este caso, la Audiencia ratificó la imposición de un asistente con funciones representativas sobre el patrimonio, para una persona con esquizofrenia crónica que, pese a mostrar cierta estabilidad clínica, presentaba conductas reiteradas de gasto impulsivo y préstamos no asumibles: *«Presenta una gestión económica muy deficiente, no tiene conciencia del dinero que gasta, tiende a realizar préstamos que no puede asumir» (...). El episodio del préstamo de 7.000/10.000 euros y el de cambio de cuenta corriente y gasto de toda la pensión para regalos de navidad ponen de manifiesto la necesidad de consejo y apoyo en la gestión, al menos durante algún tiempo y hasta que se constate la asunción plena de la capacidad para tomar decisiones»*. En consecuencia, el tribunal considera indispensable mantener una asistencia con facultades representativas en el ámbito económico, con rendición anual de cuentas y revisión periódica.
- (ii) Sentencia núm. 989/2021, de 25 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.<sup>a</sup>, Civil) (Recurso n.º 1808/2019; Ponente: José María Prieto Fernández-Layos; Roj: SAP M 12716/2021 - ECLI:ES:APM:2021:12716)<sup>10</sup>. En un caso similar al anterior, la Sala confirmó la necesidad de una curatela para una mujer con trastorno psicótico, con nula conciencia de su enfermedad y con un grave descontrol económico: *«Su control sobre el gasto es deficiente (...), puede gastar en un día la mayor parte de la pensión confiando en las ayudas que recibe de su familia (...). No tiene un adecuado control de su economía»*; y *«nos encontramos ante una persona que no tiene consciencia de enfermedad (...) al no tener conocimiento cierto de la realidad tampoco lo tiene sobre su economía»*.

En aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 249 del Código Civil, el tribunal acuerda sustituir el régimen de tutela anterior por una curatela sin facultades de representación, limitando la intervención del curador —su hijo— a determinados actos concretos. En particular, se exige la asistencia del curador para (i) los actos relacionados con el ámbito de la salud (asistencia a consultas, segui-

---

9 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/12c5cae070533645a0a8778d75e36f0d/20221020>

10 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93c36a42ec668942/20220114>

miento del tratamiento y cualquier otra actuación directamente relacionada con la atención sanitaria), y (ii) los actos de administración y disposición patrimonial, exceptuando el manejo del dinero de bolsillo. La medida, conforme al artículo 268 CC, será objeto de revisión judicial anual.

Esta decisión refleja una aplicación modulada del nuevo sistema de apoyos, que busca preservar al máximo la autonomía de la persona con discapacidad, sin renunciar a establecer un marco de protección eficaz frente a riesgos reales de perjuicio personal o patrimonial.

### 3.1.4. Cómo acreditar la guarda de hecho: vacío legal y soluciones prácticas

Uno de los principales problemas que plantea la aplicación práctica de la guarda de hecho como medida de apoyo reconocida en el artículo 250 del Código Civil es que la ley no prevé un mecanismo formal y uniforme de acreditación. La ley no exige su inscripción ni su constitución judicial, pero tampoco regula con claridad los medios por los que puede hacerse constar su existencia, suficiencia y adecuación en el tráfico jurídico, lo que genera incertidumbre práctica y riesgos de inseguridad jurídica.

Una práctica común es acudir a la jurisdicción voluntaria para que un juzgado «reconozca» o declare formalmente la guarda de hecho<sup>11</sup>. Sin embargo, parte de la jurisprudencia ha indicado que este uso no podría no ser del todo procedente. A modo de ejemplo, lo ha declarado expresamente así el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba, en estos dos autos:

- (i) Auto 8/2022, de 11 de enero: *«No existe en nuestro ordenamiento un procedimiento judicial para el ‘reconocimiento’ de una guarda de hecho ya existente. La guarda de hecho no se crea por resolución judicial, sino que nace y se mantiene en virtud de su adecuación a las necesidades de apoyo de la persona en el caso concreto».*
- (ii) Auto 81/2022, de 7 de febrero: *«No puede acudirse a la vía de jurisdicción voluntaria para que se ‘homologue’ o ‘reconozca’ la guarda. Lo procedente es que, si no existe una medida voluntaria ni la guarda es suficiente, se solicite directamente una curatela».*

---

11 Esta práctica puede tener sentido, por ejemplo, en supuestos de guardadores de hecho de menores de edad, donde pudiese darse el riesgo de una declaración de desamparo por parte de las autoridades de protección de menores, en caso de no tener constancia de la existencia de la guarda de hecho. El reconocimiento judicial de la guarda de hecho podría constituir una práctica preventiva frente a una hipotética declaración de desamparo del menor.

Aunque el ordenamiento no exige un título formal habilitante y las atribuciones del guardador derivan directamente de la ley (art. 250 CC), existen diversos medios probatorios que permiten evidenciar la existencia, suficiencia y adecuación de la guarda de hecho. Entre ellos destacan:

- (i) Modelos normalizados de declaración responsable, firmados por el guardador y la persona apoyada, si la persona con discapacidad puede expresar su voluntad.
- (ii) Testimonio del entorno familiar y social: Puede recurrirse a declaraciones de personas del entorno cercano que hayan presenciado o conocido el acompañamiento habitual que configura la guarda.
- (iii) Documentos que evidencien convivencia o vínculo familiar.
  - a. Libro de familia.
  - b. Certificados históricos de empadronamiento conjunto.
  - c. Certificados de convivencia expedidos por el ayuntamiento.
- (iv) Informes de servicios públicos: sociales (municipales, autonómicos, o institucionales), de servicios públicos de salud, o de otros servicios públicos o residenciales que reflejen el acompañamiento habitual.
- (v) Actas notariales de notoriedad, previstas en el artículo 209 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. Aportan una especial seguridad jurídica, al dar fe de tres elementos esenciales: la existencia de una discapacidad que requiere apoyo, el vínculo entre las partes y la adecuación de la guarda. Además, tiene un coste moderado (50-70 euros). Se valoran especialmente cuando el guardador no pertenece al núcleo familiar más próximo.
- (vi) Resoluciones incidentales de órganos públicos. En algunos casos, la existencia de una guarda suficiente se constata en:
  - a. Resoluciones de archivo dictadas por el Ministerio Fiscal en procedimientos de revisión conforme a la disposición transitoria 5.<sup>a</sup> de la Ley 8/2021.
  - b. Resoluciones judiciales que, sin adoptar nuevas medidas, dan por válida y suficiente la guarda ejercida.

### 3.1.5. Práctica forense reciente

En muchos expedientes de medidas de apoyo, ante una guarda eficaz y suficiente, los juzgados dictan autos constatándola y no adoptan medidas adi-

cionales. En ocasiones detallan quiénes son los guardadores, qué pueden hacer ex lege y qué actos requieren autorización judicial, con finalidad pedagógica.

### **3.1.6. Facultades representativas con autorización judicial**

Cuando se precise representación para actos que exceden de lo ordinario (art. 264.2 CC), el guardador deberá solicitar autorización en expediente de jurisdicción voluntaria, oyéndose a la persona con discapacidad. La autorización podrá abarcar uno o varios actos, siempre conforme a su voluntad, deseos y preferencias. En todo caso, rigen los actos del art. 287 CC (vender, hipotecar, arrendar > 6 años, aceptar herencias, demandar, etc.).

## **3.2. ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS JUDICIALES MENOS INVASIVAS POSIBLE Y RESPETO A LA VOLUNTAD DE LA PERSONA AFECTADA**

La garantía de los derechos de la persona que requiere de una institución de protección, particularmente de acuerdo con la nueva regulación, requiere, primeramente, que se respete la voluntad de dicha persona, como eje vertebrador de su interés. Adicionalmente, la jurisprudencia ha confirmado que, salvo en los casos en los que se justifique debidamente la necesidad de una medida con un mayor grado de intervención, se habrá de establecer la medida que resulte menos invasiva. El juzgador debe tener, por lo tanto, en especial consideración el grado de protección que requiere la persona, limitándolo al mínimo, y su voluntad, cuando sea posible respetarla sin que se vea afectada la capacidad jurídica de la persona ni quede sometida a situaciones de abuso.

Esta cuestión la encontramos habitualmente en relación con la institución de protección examinada en el apartado anterior: la guarda de hecho. Tal y como se ha examinado, en gran parte de los casos de guarda de hecho, esta se mantiene frente a medidas más invasivas, al considerarse que es más respetuosa con la voluntad de la persona.

Existen casos en los que se ha considerado que una medida menos invasiva no era suficiente para garantizar la protección de los derechos de la persona afectada. Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Sexta), núm. 171/2023, de 11 de mayo de 2023 (Recurso de Apelación n.º 331/2023; NIG: 03139-41-1-2021-0002085), la Audiencia Provincial se enfrentaba a la cuestión de si era necesario establecer curatela representativa para una persona con deterioro grave de la salud mental o si bastaba la guarda de hecho que venía ejerciendo su marido.

El juzgado de primera instancia rechazó la posibilidad de establecer una curatela por considerar suficiente la guarda de hecho; sin embargo, en apela-

ción se revisó el alcance de dicha guarda y se valoró la posibilidad de adoptar medidas judiciales de apoyo ante la gravedad del cuadro clínico presentado por la interesada. Tras ponderar detenidamente las circunstancias del caso, la Audiencia consideró insuficiente la guarda de hecho ante la gravedad del deterioro cognitivo y estableció una curatela representativa para garantizar un apoyo continuado, que la asumiría su esposo, quedando obligado a rendir cuentas e inventariar el patrimonio:

*«Atendidas las circunstancias del caso, y lo expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos, es indudable que Dña. Eufrasia, que sufre deterioro cognitivo grave, de carácter crónico y permanente, precisa de apoyo y asistencia para sus habilidades de la vida independiente dadas sus limitaciones físicas; y de apoyo representativo para las habilidades económico-jurídicas, administrativas y contractuales en todos sus aspectos (otorgar poderes, interponer o intervenir en procedimientos judiciales, herencias, gestionar cuentas, su pensión, tomar/dar dinero en préstamo, donaciones, contraer cualquier tipo de obligación patrimonial, testar y efectuar cualquier tipo de disposición sobre sus bienes, para decidir el ingreso en residencia o centro adecuado a sus necesidades), con la necesidad de obtener la pertinente autorización judicial en los casos en que así se determine legalmente (art. 287 CC); así como para todas las relacionadas con el ámbito de la salud (seguimiento de pautas alimenticias, así como para el suministro y control de la medicación pautada, autocuidado, instrumentales cotidianas, aseo personal, comer, desplazarse, consentimiento tratamiento médico y tratamiento quirúrgico, vacunación). Siendo por tanto insuficiente e inadecuada la guarda de hecho, se considera necesario el nombramiento de un curador con funciones representativas».*

Más allá de la guarda de hecho, la jurisprudencia también ha tenido ocasión de enfrentarse a situaciones en las que, bien el interesado, bien personas que guardan relación con él o ella, solicitaban la adopción de medidas menos invasivas que las inicialmente acordadas, o que respetasen más fielmente su voluntad.

- (i) En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 1143/2024, de 18 de septiembre de 2024, el Alto Tribunal examinó el caso de una persona que padecía trastorno bipolar y problemas de conducta vinculados al consumo de alcohol. El afectado apenas reconocía su enfermedad. La Audiencia Provincial le había asignado una curatela muy extensa en todos los aspectos personales y patrimoniales, designando como curador a una entidad distinta de la preferida por el interesado (su hermana). El Tribunal Supremo, considerando que las medidas de apoyo deben ajustarse de manera estricta a las necesidades reales de la persona y no suplantar su voluntad, sino asistirle en aquellos actos de mayor complejidad o relevancia patrimonial, determinó que

el desacuerdo de la persona con la curatela no impide su establecimiento cuando existan riesgos o deterioros objetivos que así lo justifiquen, pero siempre velando por la mayor autonomía posible. En consecuencia, se restringió la curatela a la supervisión médica y cuidados esenciales, y se designó finalmente a la hermana como curadora, pues ello respondía de forma más adecuada a la voluntad y preferencias del interesado.

*«El hecho de que la medida de apoyo se haya acordado en contra de la voluntad de la persona con discapacidad no supone por sí una contradicción del art. 268 CC, tal y como expusimos en la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre. Por una parte, porque la propia ley contempla esa posibilidad y [...] por otra parte, por la jurisprudencia sentada sobre cómo debe interpretarse la exigencia contenida en el art. 268 CC de que para la provisión de un apoyo judicial habrá que atender, en todo caso, a la voluntad, deseos y preferencias del afectado [...]».*

- (ii) En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 31), núm. 22/2024, de 18 de enero de 2024 (Recurso de Apelación n.º 441/2022; Ponente: Emelina Santana Páez; Roj: SAP M 22/2024 - ECLI:ES:APM:2024:922), el apelante había sido declarado «incapaz para regir su persona y bienes» y sometido a tutela con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Solicitaba medidas de apoyo menos invasivas (ayuda domiciliaria, guarda de hecho o curatela) en lugar de la tutela. La Audiencia Provincial suprime la declaración formal de «incapacidad» y la sustituye por una curatela representativa, aplicando la Ley 8/2021 y su principio de apoyo proporcional sin menoscabar la autonomía. Considera que el interesado no requiere tutela para sus actividades cotidianas, pero sí asistencia en el ámbito médico y patrimonial. Por ello, designa a la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad (AMAPAD) como curador, ajustando la resolución a la nueva normativa que prioriza el respeto a voluntad y preferencias:

*«El párrafo tercero del art. 269 CC remarca el carácter excepcional de la curatela representativa y la exigencia de precisar el alcance de la representación, esto es, los actos para los que se precise esa representación: “sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad”. En tercer lugar, el art. 269 CC establece como límite al contenido de la curatela, que no podrá incluir la mera privación de derechos. Con ello la ley quiere evitar que la discapacidad pueda justificar di-*

*rectamente una privación de derechos, sin perjuicio de las limitaciones que puede conllevar la medida de apoyo acordada, por eso habla de "mera privación de derechos».*

- (iii) En el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 706/2021, de 19 de octubre de 2021 (Procedimiento de Casación e Infracción Procesal núm. 305/2021; Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg; ECLI:ES:TS:2021:3770), la controversia se centró en la designación de tutor para una persona que padecía un deterioro cognitivo leve-moderado. El Tribunal Supremo revisó la decisión de la Audiencia Provincial (que había asignado tutores mancomunados distintos de los que la interesada había expresado en su testamento) y aludió a la prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad (art. 12 de la Convención de Nueva York) en la designación de su tutor. Afirmó que, en tanto no concurriera causa grave que justificase apartarse de lo expresado en su testamento, debía imperar la autonomía de elección de la afectada:

*«No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 272 II CC).*

*Pues bien, en el caso presente, no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada [...]».*

- (iv) En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil), núm. 854/2024, de 12 de junio de 2024 (Recurso n.º 4806/2023; Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; ECLI:ES:TS:2024:3430), se analizó la amplitud excesiva de la curatela impuesta a una persona de más de sesenta años, con un trastorno psicótico que se vio severamente agravado por el fallecimiento de sus padres, y a la que se aplicó una representación total en ámbitos personales y patrimoniales. El Tribunal Supremo resolvió que la medida debía reducirse a aspectos proporcionales a las necesidades reales (por ejemplo, tratamiento médico, limitación de denuncias abusivas), evitando vaciar indebidamente la autonomía de la interesada.

*«Como quiera que la provisión de apoyos a una persona con discapacidad tiene por finalidad "permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" (art. 249 CC), es lógico que el juez, al determinar la medida y su alcance, trate de respetar la máxima au-*

*tonomía del afectado en el ejercicio de su capacidad jurídica. Y que, para juzgar sobre todo ello, tenga en cuenta su voluntad, deseos y preferencias».*

*De este modo, la provisión judicial de apoyos que suponga una curatela y la determinación de su contenido, sigue siendo un traje a medida, en cuanto que bajo los principios antes descrito que condensan la ratio de la reforma, el juez ha de valorar las concretas necesidades de la persona, a la vista de su discapacidad y de su situación vital, para, teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias, adoptar las medidas más apropiadas para esa persona y en ese momento de su vida. Ahora más que nunca hay que huir de un juicio estandarizado y hay que personalizarlo al máximo».*

- (v) En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 964/2022, de 21 de diciembre de 2022 (Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán; Roj: STS 964/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4791), se revisó la imposición de curatela a una persona de 64 años, con un cuadro de síndrome ansioso-depresivo y fibromialgia. La sentencia de la Audiencia había mantenido la «incapacidad parcial». El Tribunal Supremo, aplicando la Ley 8/2021, revocó en parte esas decisiones por falta de motivación suficiente sobre la proporcionalidad y necesidad de la medida, y analizó si realmente existía una afectación en la toma de decisiones jurídicas de la interesada.

*«En lo relativo al ámbito patrimonial, afirma el Ministerio Fiscal, y esta sala comparte su criterio, hay una ausencia total de motivación, pues las sentencias (la de la Audiencia, por remisión a la del juzgado), ni se refieren al tipo de hechos que puede o no puede realizar por sí misma la Sra. Sacramento, ni concretan el tipo de apoyos o complementos que necesita ni los casos para los que los precisa. Las sentencias guardan silencio sobre este extremo y carecen de toda fundamentación sobre este punto.*

*Lo mismo se puede advertir, de manera coincidente con el Ministerio Fiscal, respecto del pronunciamiento sobre la limitación "en el ámbito personal" para la toma de decisiones complejas. La sentencia únicamente relata las dolencias y limitaciones que la Sra. Sacramento presenta en los aspectos relativos a su salud (necesidades alimenticias, limpieza de la casa, tratamientos médicos), pero no realiza una mínima individualización ni describe las conductas para las que la Sra. Sacramento precisa de apoyos ni cuáles pueden ser esos actos de naturaleza personal cuya decisión es compleja.*

*De esta forma, la sentencia no respeta los principios de necesidad y proporcionalidad que inspiran la regulación introducida por la Ley 8/2021 (arts. 249.I y 268 CC), no explica las razones por las que existe necesidad de un apoyo para la "la toma de decisiones complejas" en el ámbito personal y patrimonial,*

*ni determina los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (tal y como exige hoy el art. 269.II CC)».*

- (vi) En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 1188/2024, de 24 de septiembre de 2024 (Recurso de casación n.º 1030/2024; Ponente: Ignacio Sancho Gargallo; ECLI:ES:TS:2024:4661), se analizó el caso de un hombre de más de sesenta años de edad con trastorno bipolar y problemas de conducta asociados al consumo de alcohol, que apenas reconocía su enfermedad. La Audiencia Provincial había establecido una curatela muy amplia abarcando todos los aspectos personales y patrimoniales, así como designado a la agencia pública de tuteladas (AMTA) como curador en contra de la voluntad del interesado, quien prefería a su hermana. El Tribunal Supremo restringió la curatela a la supervisión médica y cuidados esenciales, y designó finalmente a la hermana del afectado como curadora, para respetar más fielmente la voluntad y preferencias del interesado:

*«A la hora de designar al curador, en principio, el juez debería seguir este orden legal, pero puede alterarlo, una vez oída la persona que precise el apoyo. Se entiende, esto último, que con idea de conocer su voluntad y para actuar en función de ella. En este caso, la voluntad de Javier es clara, pues prefiere que sea su hermana Estibaliz quien se haga cargo de la curatela.*

*En casos como este, para separarse de la voluntad manifestada por la persona sobre la que se constituye la curatela, se requiere una motivación especial que explicita las concretas razones por las que se prescinde de la voluntad y preferencia manifestada por el demandado.*

*En este caso, la Audiencia ha motivado la alteración del orden de preferencia, en contra de la voluntad de la persona en cuyo favor se constituye la curatela, por razones de salud de su hermana Estibaliz. Pero, como advierte el recurrente, el informe que justificaba la inidoneidad para asumir la curatela de Javier se refería a su otra hermana Coral. De ahí que, una vez constatada esta circunstancia y que no existe en los autos ninguna otra justificación que desaconseje el nombramiento de Estibaliz, procede estimar también en este punto el recurso de casación, y sustituir el nombramiento como curador de la AMTA por la hermana del curatelado Estibaliz».*

- (vii) En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 1383/2024, de 23 de octubre de 2024 (Recurso de casación n.º 350/2024; Ponente: M.ª Ángeles Parra Lucán; ECLI:ES:TS:2024:5197), se analizó el caso de un hombre de 75 años de edad con esquizofrenia

paranoide, para quien se había establecido una curatela representativa extensa que abarcaría salud y patrimonio. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación, al considerar innecesario conferir facultades representativas plenas al curador, pues un apoyo asistencial con autorización para actos importantes resultaba suficiente y más alineado con la tendencia a respetar la autonomía de la persona (Ley 8/2021).

- (viii) De forma algo paradójica, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), núm. 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (Recurso de casación n.º 4187/2019; Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; ECLI:ES:TS:2021:3276), expone un caso en que el Alto Tribunal, en pro de la adopción de una medida menos invasiva, optó por apartarse de la voluntad expresa del afectado.

En esta resolución se examina el caso de una persona con síndrome de Diógenes, quien presentaba oposición a cualquier ayuda. El Tribunal Supremo, amparándose en la Ley 8/2021, sustituyó la antigua tutela por curatela. Se justificó la adopción de esta medida, aun contra la voluntad del interesado, porque su oposición era consecuencia del propio trastorno que padecía, y que anulaba su conciencia de estar padeciendo la enfermedad. Ello se expone en el fundamento de derecho cuarto:

*«En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.*

*No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal».*

### 3.3. LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN ANTE CONFLICTOS FAMILIARES

Las instituciones de protección se sitúan en el ámbito del derecho de familia, motivo por el cual no son ajenas a los conflictos propios de las relaciones familiares, sino todo lo contrario. Ello es particularmente relevante cuando la propia Ley, pese a conferir a los tribunales herramientas para prevenir situaciones de abuso a las personas necesitadas de protección, otorga preferencia para actuar como representantes a familiares, siendo también los habitualmente designados voluntariamente por las personas afectadas.

Para garantizar el pleno respeto a los derechos de las personas mayores sujetas a instituciones de protección, es necesario que los juzgados y tribunales tengan en cuenta este contexto familiar y los conflictos que en él puedan surgir. De hecho, las situaciones de conflictos familiares en relación con personas mayores necesitadas de protección suelen judicializarse, por lo que contamos con resoluciones que abordan esta cuestión.

- (i) En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal), núm. 8915/2023, de 8 de septiembre de 2023 (Recurso de Casación e Infracción Procesal núm. 25/2023; Ponente: M.<sup>a</sup> Eugenia Alegret Burgués; Roj: STSJ CAT 8915/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:8915), el Tribunal Superior de Justicia resuelve un caso en que se discutía la designación de asistente para un hombre con alzhéimer, existiendo conflicto entre dos hermanos sobre quién debía asumir las funciones de apoyo. El tribunal de instancia optó por atribuir la asistencia a una fundación privada, al apreciar disputas familiares que afectaban tanto al cuidado personal como a la gestión de los bienes. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la alteración del orden legal en la designación del asistente, considerando que el conflicto familiar interfirió gravemente en la protección de la persona con discapacidad:

*«Partiendo de la normativa antes citada, no cabe en el caso presente preterir, para ser nombrado asistente de su padre, al recurrente, su hijo Baltasar, sustituyéndolo por una persona jurídica, Fundación sin ánimo de lucro, desconocida para el padre.*

*2. La Sala de apelación admite en su razonamiento que puede presumirse por la trayectoria vital del padre (convivencia desde hace años con su hijo Baltasar y prestación por este de los cuidados que precisa por su enfermedad de Alzheimer desde el año 2020) que este sería la persona preferida por el padre, pero considera más relevante el conflicto surgido entre Baltasar y su hermano Benito por haber incidido —sin indicar cómo en el caso de la conducta de Baltasar— sobre el cuidado de su persona y bienes».*

- (ii) En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9.<sup>a</sup>, Elche), núm. 256/2024, de 25 de abril de 2024 (Recurso n.º 292/2024; Ponente: José Manuel Calle de la Fuente; Roj: SAP Alicante 256/2024 - ECLI:ES:APA:2024:1047), se discutía la posible necesidad de fijar un régimen de visitas a favor de una hija con respecto a su madre, quien padece alzhéimer. La hija alegaba que su hermana le impedía ver a la madre, pero el tribunal señaló que la madre, pese a sus limitaciones, manifestaba conscientemente su voluntad de no mantener relación con su hija. Se concluyó que forzar las visitas vulneraría los deseos de la persona con discapacidad, privilegiándose su voluntad y preferencias de acuerdo con la legislación vigente:

*«Partiendo de dichos parámetros, en el presente supuesto, de la prueba practicada, puesta en relación con la sentencia recurrida y las alegaciones de las partes, se de[s]prende que la Magistrada de instancia hace una interpretación razonada y razonable de la prueba practicada, así como de la normativa y jurisprudencia que resulta de a[pl]i[c]ación, y conforme a la misma, respeta los derechos y preferencias de la persona con discapacidad, y pese, a las alegaciones genéricas que efectúa la recurrente, lo cierto es que de la prueba practicada no se desprende que la madre, a la hora de ser entrevistada, estuviera influenciada en su[s] manifestaciones por persona alguna, sino que por el contrario manifestó, de forma elocuente y coherente, sus deseos de no relacionarse con la recurrente, por lo que, si bien es cierto que padece unos padecimientos que afectan a su capacidad, no es menos cierto que en este aspecto concreto, al que se contrae el presente recurso, no consta que sus manifestaciones, se vieran afectadas por su enfermedad, sino que se considera, tal y como hace la sentencia recurrida, que mantiene un[a] voluntad conservada a la hora de manifestar con quién desea o no relacionarse, y por lo tanto, acorde con la normativa y jurisprudencia expuesta, sus deseos y preferencias deben ser respetados.*

*Por todo lo antes expuesto, y en base a los razonamientos que se contienen en la sentencia recurrida, a los que nos remitimos, unidos a los que han sido expuesto por esta sala, procede la integra desestimación del recurso».*

- (iii) En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal), núm. 2820/2024, de 15 de febrero de 2024 (Recurso de casación n.º 71/2023; Ponente: Nuria Bassols Muntada; Roj: STSJ CAT 2820/2024 - ECLI:ES:TSJCAT:2024:2820), se debatió la designación de asistente para una persona diagnosticada de demencia moderada, con disputa familiar entre su hermana y su hermano. El juzgado de primera instancia estableció un sistema mixto: la hermana asumía funciones personales y de salud, mientras que la administración patrimonial correspondía a una fundación, debido a dudas surgidas por la gestión

económica de la hermana. En casación, el tribunal acude al art. 222-15 f) CCCat para confirmar que la hija mostró una conducta que podía dañar los intereses patrimoniales de su padre, con disposiciones económicas no justificadas. Por ello, se confió la gestión de los bienes a una fundación para salvaguardar su patrimonio, manteniendo la hija sus funciones en la esfera personal y de salud.

En este sentido, la Sala enfatiza que la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad son relevantes, pero pueden quedar desplazadas ante situaciones de abuso, conflicto de intereses o riesgo de influir indebidamente.

*«De cuanto antecede puede llegarse a la conclusión de que, a partir de la plena aplicación en nuestro país de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, reguladora de los derechos de las personas con discapacidad —primero mediante la Ley Estatal 8/2021, de 2 de junio, y posteriormente con el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, dictado por el Govern de la Generalitat—, los pilares fundamentales que rigen la protección de las personas con discapacidad son los siguientes:*

*a) El máximo respeto a la personalidad y dignidad de todas estas personas, reconociéndoles plena capacidad jurídica en las áreas no afectadas por sus deficiencias. Esto permite su participación social y jurídica, facilitándoles las medidas de apoyo necesarias, siendo asistidos y complementados en lo que resulte preciso, tanto en su cuidado personal como en la gestión y administración de su patrimonio.*

*b) La prioridad de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, tanto en lo relativo al cuidado de su persona (actividades básicas de la vida diaria) como en decisiones instrumentales como la supervisión de su salud, la elección de lugar de residencia y la administración o disposición de su patrimonio.*

*c) En caso de detectarse abusos personales o patrimoniales, conflictos de intereses o influencias indebidas, la autoridad judicial debe adoptar las medidas de control oportunas, incluso si ello implica apartarse de la voluntad expresada por la persona o de aquella que pudiera presumirse de sus relaciones personales o familiares».*

#### 4. CONCLUSIONES

Del anterior análisis fáctico, normativo y jurisprudencial, se derivan las siguientes conclusiones:

- (A) La modificación normativa operada por la Ley 8/2021 —tanto de forma directa en el Código Civil estatal como, de forma indirecta, en el Código Civil de Cataluña— ha supuesto que, actualmente, se esté dando preferencia a medidas menos invasivas en la autonomía de las personas mayores que requieren de asistencia y que se ponga en el centro la voluntad de las personas que necesitan de instituciones de protección. Esta reforma representa un cambio paradigmático desde el modelo sustitutivo tradicional hacia un enfoque de apoyo que respeta la dignidad y autonomía de las personas mayores.
- (B) La jurisprudencia ha acompañado la reforma y ha puesto el foco en garantizar que se adopten medidas tan poco invasivas como sea posible en atención a la efectiva situación de deterioro cognitivo de la persona afectada. En muchas ocasiones, y cuando se estima que la persona goza de autonomía suficiente, se opta por revisar las medidas existentes y adoptar otras que sean menos restrictivas. Por el contrario, en otras ocasiones, el deterioro cognitivo de la persona, propio de las enfermedades degenerativas, merita la revisión de las medidas de protección adoptadas y la sustitución por otras más invasivas, necesarias para que, precisamente, la persona pueda continuar ejerciendo su capacidad de obrar.

Es en este contexto en el que los juzgados y tribunales están optando por poner en el foco la voluntad de la persona, tanto expresada con anterioridad o al inicio del deterioro cognitivo como la que se exprese durante el procedimiento judicial en los casos en que el actual estado de dicho deterioro lo permita. No obstante, en los casos en que la propia enfermedad puede estar afectando a la formación o a la expresión de dicha voluntad, o en que existen circunstancias ignoradas por la persona afectada, los tribunales sí se están apartando de dicha voluntad en pro de la protección de la persona.

En sede de lo antedicho, y para fortalecer un sistema de apoyos que conjugue eficazmente la protección de las personas mayores con el máximo respeto a su autonomía, se proponen las siguientes actuaciones:

- (C) Fomentar una cultura preventiva mediante campañas de sensibilización dirigidas a la población general sobre la conveniencia de planificar con antelación (poderes preventivos, autotutela, acuerdos notariales de apoyo) y simplificar los trámites notariales para su formalización. La normalización y accesibilidad de estas herramientas formales fomentará que muchas familias dispongan de soluciones claras antes de que surja una situación de dependencia, reduciendo la necesidad de intervenciones judiciales posteriores.

- (D) Optimizar la guarda de hecho regulando su reconocimiento y control: crear un registro voluntario de guardas de hecho y modelos normalizados de declaración responsable, y fijar criterios claros y objetivos —con base en la jurisprudencia consolidada— para determinar cuándo la guarda de hecho es suficiente. Esto debe articularse con protocolos de coordinación entre juzgados, servicios sociales, dispositivos sanitarios y notarías, y con formación conjunta de todos los profesionales implicados, de modo que la respuesta sea integral y coherente.
- (E) Fortalecer la gestión de conflictos y la prevención de abusos mediante mecanismos de detección precoz (alertas, seguimiento por servicios sociales y sanitarios) y la implantación de servicios de mediación familiar especializada; y ello con el ánimo de proteger a las personas mayores y a minimizar situaciones de negligencia, explotación o conflicto de intereses dentro del ámbito familiar.
- (F) Mejorar la práctica judicial a través de formación continua y protocolos homogéneos: programas especializados para jueces, fiscales y operadores jurídicos en evaluación funcional de la capacidad y técnicas de entrevista con personas con deterioro cognitivo; protocolos estandarizados para valoraciones multidisciplinares y revisiones periódicas de las medidas adoptadas; y un programa de revisión sistemática de las medidas de protección previas a la Ley 8/2021, junto con indicadores de calidad que permitan evaluar en la práctica el impacto de la reforma.

## BIBLIOGRAFÍA

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Observación general núm. 1 (2014), artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. <https://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las Secciones de Atención a Personas con Discapacidad y Mayores, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021*. <https://www.icagi.net/archivos/archivos-zonapublica/noticias/ficheros/Conclusiones%20jornadas%20fiscales%20especialistas%20%20discapacidad%202021.pdf>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Documento definitivo del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201). Junio de 2022.*

<https://www.prontuario.org/stfls/CGPJ/JUSTICIA%20Y%20DISCAPACIDAD/CURSOS/FICHEROS/20220902%20Nuevo%20sistema%20de%20provisi%C3%B3n%20judicial%20a%20personas%20con%20discapacidad.pdf>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, ASOCIACIONES BANCARIAS Y BANCO DE ESPAÑA: *Protocolo marco de colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, 19 de julio de 2023.*<https://s2.aebanca.es/wp-content/uploads/2023/07/protocolo-marco-de-colaboracin-medidas-de-apoyo-a-personas-con-discapacidad.pdf>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, ASOCIACIONES BANCARIAS Y BANCO DE ESPAÑA: *Documento interpretativo al Protocolo marco entre FGE y asociaciones bancarias, julio de 2023 (actualizado en mayo de 2025)*  
[https://www.unacc.com/wp-content/uploads/2025/05/Documento-interpretativo1\\_AnexosI-II\\_mayo-2025.pdf](https://www.unacc.com/wp-content/uploads/2025/05/Documento-interpretativo1_AnexosI-II_mayo-2025.pdf)

PLENA INCLUSIÓN ESPAÑA. *Observatorio de Jurisprudencia de Plena Inclusión / Liber, Informes 2022–2024.* <https://www.plenainclusion.org/l/observatorio-jurisprudencia/>

## RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

### Tribunal Supremo

- Sentencia n.º 282/2008, de 29 de abril.
- Sentencia n.º 282/2009, de 29 de abril (Rec. 1259/2006; Roj. STS 2362/2009).  
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/28814720a23145b4/20090521>.
- Sentencia n.º 589/2021, de 8 de septiembre (Rec. 4187/2019; Roj. STS 3276/2021).
- Sentencia n.º 706/2021, de 19 de octubre (Procedimiento de Casación e Infracción Procesal n.º 305/2021; Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg; ECLI:ES:TS:2021:3770).

- Sentencia n.º 964/2022, de 21 de diciembre (Ponente: M.ª Ángeles Parra Lucán; Roj: STS 964/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4791).
- Sentencia n.º 66/2023, de 23 de enero.
- Sentencia n.º 1444/2023, de 20 de octubre.
- Sentencia n.º 854/2024, de 12 de junio (Recurso n.º 4806/2023; Ponente: Ignacio Sancho Gargallo; ECLI:ES:TS:2024:3430).
- Sentencia n.º 1143/2024, de 18 de septiembre.
- Sentencia n.º 1188/2024, de 24 de septiembre (Recurso de casación n.º 1030/2024; Ponente: Ignacio Sancho Gargallo; ECLI:ES:TS:2024:4661).
- Sentencia n.º 1383/2024, de 23 de octubre (Recurso de casación n.º 350/2024; Ponente: M.ª Ángeles Parra Lucán; ECLI:ES:TS:2024:5197).
- Sentencia n.º 1443/2024, de 20 de octubre.

#### Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

- Sentencia n.º 8915/2023, de 8 de septiembre (Recurso de Casación e Infracción Procesal n.º 25/2023; Ponente: M.ª Eugenia Alegret Burgués; Roj: STSJ CAT 8915/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:8915).
- Sentencia n.º 2820/2024, de 15 de febrero (Recurso de casación n.º 71/2023; Ponente: Nuria Bassols Muntada; Roj: STSJ CAT 2820/2024 - ECLI:ES:TSJCAT:2024:2820).

#### Audiencias Provinciales

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, n.º 989/2021, de 25 de octubre (Recurso n.º 1808/2019; Ponente: José María Prieto Fernández-Layos; Roj: SAP M 12716/2021 - ECLI:ES:APM:2021:12716).  
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93c36a42ec668942/20220114> (consulta: 20220114).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, n.º 457/2022, de 5 de octubre (Rec. 146/2022; Roj. SAP 1283/2022).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, n.º 445/2022, de 14 de septiembre (Recurso n.º 378/2022; Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez; Roj: SAP B 9689/2022 - ECLI:ES:APB:2022:96899).  
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/12c5cae0-7053-3645-a0a8-778d75e36f0d/20221020> (consulta: 20221020).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.<sup>a</sup>, n.º 171/2023, de 11 de mayo (Recurso de Apelación n.º 331/2023; NIG: 03139-41-1-2021-0002085).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 31, n.º 22/2024, de 18 de enero (Recurso de Apelación n.º 441/2022; Ponente: Emelina Santana Páez; Roj: SAP M 22/2024 - ECLI:ES:APM:2024:922).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.<sup>a</sup> (Elche), n.º 256/2024, de 25 de abril (Recurso n.º 292/2024; Ponente: José Manuel Calle de la Fuente; Roj: SAP Alicante 256/2024 - ECLI:ES:APA:2024:1047).

#### Juzgados de Primera Instancia

- Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba, n.º 8/2022, de 11 de enero.
- Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba, n.º 81/2022, de 7 de febrero.

#### RELACIÓN DE NORMATIVA CITADA

##### Normativa internacional

- Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 30 de marzo de 2007.

##### Normativa estatal

- Código Civil.
- Constitución Española.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

##### Normativa autonómica

- Código Civil de Cataluña.
- Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, de la Generalitat de Cataluña, de adaptación del Código Civil de Cataluña a la normativa estatal.



VII.  
INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO EN  
RESIDENCIAS GERIÁTRICAS



## VII.

### *Internamiento no voluntario en residencias geriátricas*

MARÍA QIAN BUENO LÓPEZ  
AMAIA BUENO VIDÁN ÓSCAR  
CONESA CABALLERO  
ESPERANZA COTS SALVADOR  
JUAN ESPINOSA BAVIERA  
ESTRELLA GALA PACHÓN  
ÁNGELA ORTIZ MARTÍNEZ  
CAROLINA OWEN COPPOLA

**Resumen:** *El capítulo analiza el internamiento no voluntario de personas en edad avanzada en centros residenciales y describe los cauces legales aplicables. Se distinguen dos vías: internamiento por trastorno psíquico (autorización judicial previa o, en caso de urgencia, comunicación al juzgado y eventual ratificación dentro de los plazos legales) e ingresos vinculados a procesos neurodegenerativos, que se tramitan a través de expedientes de provisión de medidas de apoyo y, en su caso, mediante medidas cautelares. Se sintetiza la doctrina del Tribunal Constitucional sobre requisitos materiales, audiencia de la persona afectada y control judicial y se exponen las resoluciones judiciales recientes relativas al encauzamiento procesal de ingresos por deterioro cognitivo y a las garantías procesales aplicables. Por último, se valora el estado de la cuestión y se proponen algunas medidas para mejorar su tratamiento.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El internamiento no voluntario de personas en edad avanzada constituye una medida legal en virtud de la cual una persona puede ser ingresada en un centro hospitalario o residencial sin su consentimiento cuando la persona no puede manifestarlo por sí misma y concurren ciertas circunstancias que así lo aconsejan. En España, en el año 2024, más de 180.000 personas en edad avanzada padecían un tipo de discapacidad relacionada con la comunicación y con el aprendizaje, y se hallaban en riesgo de padecer en cualquier momento una situación que podría implicar la imposibilidad de tomar decisiones<sup>1</sup>.

El artículo 17.1 de la Constitución española reconoce el derecho fundamental a la libertad y a no ser privado de ella, salvo en los casos previstos en la propia Constitución y en la ley. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha entendido que es posible privar de libertad a una persona afectada por un padecimiento físico o psíquico, siempre que judicialmente se establezca que el afectado efectivamente tiene tal padecimiento, lo que debe comprobarse médicamente de forma objetiva; que la dolencia presente un carácter y magnitud suficientes para justificar el internamiento; y que esta medida aparezca como la más conveniente en beneficio del propio afectado y la comunidad<sup>2</sup>.

De esta forma, el internamiento no voluntario de personas en centros residenciales constituye una privación de libertad justificada, siempre que concurren los requisitos para ello y que sea autorizada en todo caso judicialmente.

En este sentido, el internamiento no voluntario puede tener lugar porque la persona afectada por la medida sufra un trastorno psíquico o porque la persona sufra un proceso neurodegenerativo. Por lo tanto, para un mejor entendimiento de parte de la problemática que se aborda en el presente capítulo —la del internamiento involuntario en casos de trastornos neurodegenerativos—, es importante distinguir estos de procesos degenerativos globales que, sin embargo, no afectan a las capacidades cognitivas de la persona y, por ende, a la capacidad de decidir y consentir. Así, una persona de edad avanzada que sufre un trastorno degenerativo global y está físicamente muy deteriorada (por ejemplo, ya no ve prácticamente nada, tampoco oye bien y cada vez se mueve más lenta y torpemente), pero tiene las facultades mentales intactas, no podrá

- 
- 1 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2023). Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia. Población residente en centros (EDAD centros). *Nota de prensa. Anexo de tablas. Tabla 2*. Recuperado de <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/EDAD2023.htm>
  - 2 En este sentido, ver la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 129/1999, de 1 de julio (<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1999-16571.pdf>).

ser objeto de un ingreso involuntario, por mucho que su entorno familiar o social considere que estaría en mejores condiciones si viviera en una residencia geriátrica.

En consecuencia, el punto de partida de cualquier internamiento involuntario, y desde donde se realiza por tanto el análisis del presente capítulo, es que la persona objeto de la medida no esté cognitivamente facultada para decidirlo por sí misma.

El internamiento no voluntario por trastorno psíquico se refiere a los casos en los que una persona es ingresada sin su consentimiento, con el objetivo de proteger su salud mental y la seguridad de quienes la rodean debido al padecimiento por esta de una enfermedad como la demencia, la esquizofrenia o algún otro episodio psicótico. En tales casos, el internamiento suele producirse para que la persona reciba un tratamiento especializado que le permita estabilizar su situación y continuar el tratamiento como paciente externo. Este internamiento se regula en nuestro ordenamiento jurídico, aunque requiere una actualización normativa<sup>3</sup>, en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (la «LEC») y puede producirse por autorización judicial o, si concurren razones de urgencia, el internamiento puede ser ordenado por un facultativo médico y ser ratificado *a posteriori* por un juez.

Por contra, el internamiento no voluntario por razón de proceso neurodegenerativo consiste en ingresar a una persona en un centro especializado sin su consentimiento, debido al avance progresivo del deterioro de su salud, que suele ser irreversible, y que afecta a su capacidad cognitiva, a fin de garantizar su integridad y bienestar. Este internamiento no tiene una regulación específica en nuestro ordenamiento y en ningún caso debe proceder sin autorización judicial previa. Sin embargo, se producen ingresos de forma habitual de personas en edad avanzada en residencias sin la necesaria autorización judicial.

---

3 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2019) manifestó su preocupación de que «el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil siga permitiendo que las personas con discapacidad psicosocial o intelectual sean objeto de internamiento no voluntario en instituciones en las que pueden resultar privadas de su libertad» y recomendó al Gobierno español que «revise o derogue todas las disposiciones legislativas, incluido el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para prohibir el internamiento [...] forzado por motivos de discapacidad y garantizar que las disposiciones relativas a la salud mental tengan un enfoque basado en los derechos humanos». COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2019). Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, p. 7. Recuperado de <http://www.convenciondiscapacidad.es/2019/04/10/observaciones-finales-sobre-los-informes-periodicos-segundo-y-tercero-combinados-de-espana-del-comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-9-de-abril-de-2019/>

En ocasiones se producen ciertos internamientos no voluntarios que podrían estar vulnerando los derechos de las personas internadas atendiendo a la normativa aplicable y la jurisprudencia. Por un lado, destacan aquellos casos en que se ingresa a la persona con urgencia justificando que se trata de un ingreso por trastorno psíquico y, o bien no concurre la situación de emergencia necesaria para un internamiento sin control judicial previo, o bien esta persona no sufre realmente un trastorno psíquico, sino un mero proceso neurodegenerativo que no permite el ingreso mediante la orden de un facultativo. Por otro, los casos en que el ingreso no voluntario de la persona en edad avanzada es verdaderamente urgente debido a un trastorno psíquico, pero dicho internamiento no se comunica a las autoridades judiciales o se comunica de manera tardía.

El presente capítulo analiza cómo nuestro ordenamiento jurídico aborda esta cuestión y la respuesta que los tribunales han dado al aplicar la normativa vigente. En particular, se analizan los recientes autos de la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña de 23 de diciembre de 2024<sup>4</sup> (rec. 636/2024) y de 8 de enero de 2025<sup>5</sup> (rec. 789/2024), en los que precisamente se ha tratado la cuestión de referencia.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

### 2.1. CONSIDERACIÓN PREVIA SOBRE EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO DE PERSONAS EN EDAD AVANZADA

Tradicionalmente todos los internamientos no voluntarios en residencias geriátricas habían seguido el cauce previsto en el artículo 763 de la LEC para los ingresos por trastorno psíquico. No obstante, como afirmaron Miguel y Chacón (2022), *«este precepto nunca fue el régimen legal ideal para aplicar en los ancianos, y sin embargo era el único posible, con sus pros y sus contras. Y es que, en palabras del magistrado J. González Casso (13), “cuando el legislador regula el internamiento psiquiátrico involuntario en el año 1983, no tiene en mente el ingreso de personas mayores en centros geriátricos”»*<sup>6</sup>.

---

4 Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.<sup>a</sup>, n.º 193/2024, de 23 de diciembre (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8f4209204cebfc47a0a8778d75e36f0d/20250424>).

5 Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.<sup>a</sup>, n.º 3/2025, de 8 de enero (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1b001e07fc086016a0a8778d75e36f0d/20250506>).

6 MIGUEL ALHAMBRA, Luciana y CHACÓN CAMPOLLO, Raquel: «Internamiento en residencia de ancianos con demencia. Reflexiones con motivo de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, 102, 2022. Disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-102/11311-internamiento-en-residencia-de-ancianos-con-demencia-reflexiones-con-motivo-de-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-8-2021-de-2-de-junio>

En la actualidad, sin embargo, la regulación del artículo 763 de la LEC ha quedado obsoleta para el ingreso por trastorno psíquico y por mandato del Tribunal Constitucional no debe aplicarse a los ingresos por proceso neurodegenerativo, que siguen sin estar regulados de manera independiente. Esto origina dudas sobre cuál es el cauce adecuado para ingresar en un centro residencial a aquellas personas en edad avanzada que sufren un deterioro cognitivo y que no pueden manifestar válidamente su consentimiento.

Téngase en cuenta que tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (la «Ley 8/2021»), que tuvo lugar el 3 de septiembre de 2021, nuestro sistema jurídico cambió de paradigma.

Hasta dicha fecha, en nuestro ordenamiento predominaba que otras personas pudieran tomar decisiones en nombre de la persona con discapacidad o con cualquier trastorno cognitivo sin tener en cuenta su proyecto de vida. Así ocurre con el internamiento del artículo 763 de la LEC en el que un facultativo puede ordenar el ingreso de una persona en un centro residencial si esta sufre un trastorno psíquico y existe una situación de urgencia, y el juez puede ratificar dicha medida, siempre que concurren ambos requisitos y sin realizar una mayor indagación de las circunstancias que rodean a la persona.

Sin embargo, la Ley 8/2021 introdujo una nueva concepción avanzando hacia un sistema centrado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. El elemento sobre el que pivota la nueva regulación no es la incapacitación de las personas con discapacidad o la modificación de su capacidad. La capacidad de una persona es inherente a su condición humana, por lo que no puede modificarse, y las personas que tienen alguna discapacidad deben poder vivir en igualdad de condiciones al resto, es decir, sin que se vulneren sus derechos, como el derecho a la libertad. La idea central del nuevo sistema es, por tanto, la de apoyo a la persona que lo precise, lo que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, el consejo o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad.

Como señala la Diputación Foral de Bizkaia (2022), *«muchas de las personas reciben los apoyos necesarios en su entorno socio-sanitario (sic) a través del acompañamiento amistoso, la relación de confianza con profesionales y allegados, la eliminación de barreras arquitectónicas, los apoyos cognitivos y otras similares. Bastantes cuentan con un entorno seguro que protege sus derechos habitualmente a través de decisiones delegadas a personas que ejercen en diferentes ámbitos la “guarda de hecho” como son cuidadores/as habituales, centros socio-sanitarios (sic), etc. Aun así, la nueva norma*

*contempla que en algunos casos pueden requerirse apoyos que podrán ser establecidos voluntariamente [...] o solicitados judicialmente por la propia persona con discapacidad o por terceras personas implicadas en su cuidado y atención por entender que existe un riesgo grave de desprotección»<sup>7</sup>.*

Por esa razón, la Ley 8/2021 adapta la normativa en materia de discapacidad en muchos ámbitos e introduce en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (la «LJV») la regulación del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, en sustitución de los tradicionales procesos de modificación de la capacidad. Este expediente permite que se nombre a un curador para que preste apoyo continuado a una persona en edad avanzada con discapacidad a fin de ayudarle a comprender mejor las situaciones y tomar así sus propias decisiones (curador asistencial) o, de manera excepcional, para que tome alguna decisión en sustitución de la persona en edad avanzada con discapacidad (curador representativo), para lo que debe tener en cuenta la trayectoria vital de la persona, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación (arts. 42 bis a), b) y c) de la LJV y art. 249 del Código Civil).

Sin embargo, con independencia de que una persona en edad avanzada con discapacidad o con un trastorno cognitivo tenga un entorno seguro o un curador con facultades representativas, su ingreso en un centro residencial solo puede ser decidido por dicha persona o por un juez.

Por lo tanto, tras la Ley 8/2021, si la persona en edad avanzada sufre un trastorno psíquico, se deberá seguir acudiendo a la vía del artículo 763 de la LEC, aunque por su redacción todavía perpetúe el sistema de sustitución de la persona discapacitada en la toma de decisiones.

No obstante, si la persona únicamente sufre un proceso neurodegenerativo, el cauce correcto no es acudir al artículo 763 de la LEC, como se hacía antaño y se hace todavía respecto a los trastornos psíquicos, sino que se aconseja acudir a un expediente de provisión de medidas de apoyo judiciales para personas con discapacidad, entre las que, junto con el nombramiento de un curador (o no), podrá acordarse también el internamiento de la persona en un centro residencial, que requiere siempre de autorización judicial previa según el artículo 287.1.º del Código Civil. Además, en este procedimiento tendrá que

---

7 DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA: *Guía: provisión de apoyos a las personas con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica*, 2022, p. 8. Recuperado de [https://www.tutoretza.bizkaia.eus/pdf/Guia\\_Cas.pdf?hash=bf213598c3654a04054d3803fdf6dc87](https://www.tutoretza.bizkaia.eus/pdf/Guia_Cas.pdf?hash=bf213598c3654a04054d3803fdf6dc87)

oírse a la persona afectada para ver si puede emitir o no su consentimiento y revisar si existen disposiciones voluntarias que la persona haya podido adoptar previamente en las que indique sus preferencias en relación con el ingreso en un centro residencial. Es decir, este procedimiento garantiza que se tengan en cuenta las preferencias que la persona afectada por las medidas hubiera podido manifestar cuando estaba sana.

Si en un momento determinado —como ocurre a veces con las personas que sufren un trastorno psíquico grave— se considera que concurre una situación de urgencia en una persona en edad avanzada que sufre un deterioro cognitivo, la medida de internamiento solo podrá acordarse por el juez, como medida cautelar (y, por ende, provisional), bien durante la tramitación de dicho expediente de medidas de apoyo judiciales o, si este no se ha iniciado, con carácter previo, y siempre que, analizadas todas las circunstancias concurrentes, este internamiento resulte realmente necesario para asegurar el bienestar de la persona y de quienes la rodean.

## 2.2. MARCO NORMATIVO DEL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO

El artículo 763 de la LEC regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico y señala que tal internamiento requerirá autorización judicial previa. Esta autorización se solicitará por el cónyuge no separado o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano, o por el Ministerio Fiscal.

Si concurren razones de urgencia, el internamiento puede tener lugar sin la previa autorización judicial, siempre que el responsable del centro en el que se produzca el internamiento dé cuenta de este al tribunal lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de 24 horas, a los efectos de que el tribunal pueda proceder a la ratificación o no de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de 72 horas desde que el internamiento es conocido por el tribunal (art. 763.1 de la LEC).

En este sentido, el auto de la Sección 10.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de marzo de 2025<sup>8</sup> (rec. 1399/2024) indica que «*el internamiento psiquiátrico involuntario, recogida su regulación en el art. 763 de la LEC, se trata más*

---

8 Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>, n.º 139/2025, de 3 de marzo (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/36776f11917e24bda0a8778d75e36f0d/20250612>).

*bien de un acto médico-sanitario, que al ver afectado un derecho fundamental, como es la libertad personal, es obligado someterlo a la garantía judicial, la cual se limita exclusivamente a “autorizar” o a “aprobar” la medida».*

Tanto en el procedimiento de autorización como en el de ratificación, se oír a la persona afectada, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia se estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado (art. 763.3 de la LEC). El facultativo es quien tiene el criterio médico necesario para valorar la falta de capacidad cognitiva de la persona afectada para decidir sobre el ingreso.

En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal señale un plazo inferior debido a la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento. Cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo y lo comunicarán inmediatamente al juez (art. 763.4 de la LEC).

### **2.3. MARCO NORMATIVO DEL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE PROCESO NEURODEGENERATIVO**

Como señalábamos, a diferencia del ingreso no voluntario por trastorno psíquico, no existe un precepto que regule expresamente el internamiento no voluntario por razón de proceso neurodegenerativo. En este caso, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia han considerado que para autorizar el internamiento procede acudir al procedimiento para la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad regulado en los artículos 42 bis a) a c) de la LJV y, si este no se ha iniciado o se ha iniciado pero concurre una situación de urgencia, procede acudir al procedimiento de adopción de medidas cautelares previas que permite el artículo 762 de la LEC.

El expediente para la provisión de medidas judiciales de apoyo regulado en el artículo 42 bis a) y siguientes de la LJV puede iniciarse, al igual que en

el caso del internamiento no voluntario por trastorno psíquico, por el cónyuge no separado de la persona en edad avanzada discapacitada o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano, o por el Ministerio Fiscal.

A la solicitud de medidas se acompañarán los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso (e. g., aquellos que aconsejen o no el internamiento de la persona en centro residencial) (art. 42 bis b.1 de la LJV).

El juez celebrará una entrevista a la persona en edad avanzada con discapacidad o con un trastorno neurodegenerativo, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas al ingreso en el centro residencial existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. Asimismo, se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y resulten admitidas y, en todo caso, se oírán a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas (art. 42 bis b.3 de la LJV).

Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona en edad avanzada con discapacidad o con un trastorno neurodegenerativo, el Ministerio Fiscal o cualquiera de los interesados se opusiese al internamiento en centro residencial propuesto, se pondrá fin al expediente, aunque el juez podrá adoptar provisionalmente el internamiento por un plazo máximo de treinta días (art. 42 bis b.5 de la LJV). No obstante, el internamiento puede prorrogarse, como medida cautelar, por un plazo mayor mediante auto judicial con base en el artículo 762 de la LEC.

Si se optara por el internamiento y no hubiese oposición, dicha medida será objeto de revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga el auto que la hubiera acordado.

Además, aunque no se hubiese iniciado todavía el expediente de medidas judiciales de apoyo, el juez que tenga conocimiento de una persona con discapacidad o con un trastorno neurodegenerativo que requiera del internamiento en un centro residencial o alguna otra medida de apoyo podrá acordar dicho internamiento como medida cautelar si lo estima necesario para su adecuada protección, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, el expediente de jurisdicción voluntaria regulado en el artículo 42 bis a) de la LJV (art. 762.1 de la LEC). En todo caso, siempre que la urgencia de la situación no lo impida, deberá oírse previamente

a la persona afectada (art. 762.3 de la LEC). No existe en este caso un plazo legal máximo para que la medida cautelar se revise, sino que el plazo para la revisión del internamiento dependerá de lo que acuerde el juez en su auto.

#### **2.4. ANÁLISIS DE LA POTENCIAL VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE PERSONAS EN EDAD AVANZADA QUE SON INTERNADAS INVOLUNTARIAMENTE EN CENTROS RESIDENCIALES**

El internamiento no voluntario de personas en edad avanzada en centros residenciales constituye una medida de carácter excepcional que debe ser adoptada con la máxima cautela y siempre bajo el estricto cumplimiento de las garantías legales previstas en nuestro ordenamiento jurídico y, todavía con más razón, cuando se sigue la vía urgente. Es decir, la adopción de esta medida exige que se respeten los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad, por lo que solo debe acordarse cuando sea absolutamente imprescindible para la protección de la persona afectada y cuando no existan alternativas menos restrictivas de sus derechos fundamentales, como la atención domiciliaria o el apoyo de servicios sociales, tales como el acceso a centros de día, o el apoyo de familiares o cuidadores.

No obstante, pese al carácter restrictivo de estas medidas de privación de libertad, en la práctica existe un cierto abuso de la utilización de estas medidas.

Podemos señalar que existen dos problemas con los que se pueden llegar a encontrar las personas en edad avanzada cuyo internamiento se plantea por no estar facultadas para decidir o consentir la medida en ese momento. Por un lado, en algunos casos los centros y facultativos no siguen los procedimientos establecidos, lo que puede suponer vulneración a las garantías básicas de estas personas\*. Por otro lado, existe una falta de claridad de la normativa reguladora del procedimiento a seguir en estos internamientos, pues, al ser una cuestión no regulada de manera específica, genera cierta confusión a los distintos operadores que deben aplicar el régimen de internamiento.

Como indicábamos al comenzar el capítulo, existen supuestos en que se propician internamientos no voluntarios urgentes sin que concurra dicha situación de urgencia. Así el Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana<sup>9</sup>

---

9 El Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana es el alto comisionado de *Les Corts Valencianes* que debe velar por el cumplimiento y respeto de los derechos y libertades que asisten a la persona frente a las Administraciones públicas de la Comunidad Valenciana (artículo 1.2 de la Ley 2/2021, de 26 de marzo, del Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana).

\* Ver nota en la página 269.

(2016) concluyó que *«El ingreso no voluntario en un establecimiento de salud mental requiere de la preceptiva autorización judicial. Se comprueba que, en muchos de los casos, se ha utilizado el procedimiento de urgencia (ingresar en el centro y comunicar al juzgado dentro de las 24h siguientes) aunque los ingresos fuesen programados. Aunque las resoluciones judiciales de primer ingreso existen en la totalidad de los casos, resulta destacable que las prórrogas de estos ingresos han sido solicitadas dentro del periodo legalmente establecido (normalmente 6 meses) pero, en algunos casos, no existe resolución judicial expresa. Debe destacarse, por último, que las prórrogas de los internamientos se plantean en base, exclusivamente, a los informes de los profesionales de los centros, no existiendo contraste alguno de otros informes emitidos por profesionales externos al mismo»*<sup>10</sup>.

De igual modo, el Defensor del Pueblo<sup>11</sup> señala que a veces los centros residenciales no comunican el internamiento a la autoridad judicial, vulnerando las garantías establecidas en el artículo 763 de la LEC: *«La práctica más extendida hasta ahora en los centros de atención social cuando ingresa un residente con las facultades cognitivas afectadas, es la de solicitar al juez el internamiento urgente no voluntario del artículo 763.1 LEC; es habitual que estos centros tengan, de hecho bajo su responsabilidad, a personas que están privadas de libertad ambulatoria sin ningún conocimiento ni autorización de la autoridad judicial»*<sup>12</sup>.

En otros casos las personas en edad avanzada ingresan voluntariamente en un centro residencial y posteriormente tienen dificultades para poder salir cuando manifiestan su decisión de no continuar. En este sentido, la Valedora do Pobo de Galicia<sup>13</sup> (2024) relataba que, en un caso como el citado, no se permitió a una residente salir del centro residencial en el que se encontraba pese a su negativa a continuar y tampoco obtuvo la necesaria autorización judicial

---

10 SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA: Informe Especial a les Corts Valencianes. Atención residencial a personas con problemas de salud mental en la Comunitat Valenciana, 2016, p. 102. Recuperado de [https://www.elsindic.com/wp-content/uploads/2017/03/548\\_SINDIC-Informe-especial-Salud-Mental-CASTELLANO-segunda-edici%C3%B3n-003.pdf](https://www.elsindic.com/wp-content/uploads/2017/03/548_SINDIC-Informe-especial-Salud-Mental-CASTELLANO-segunda-edici%C3%B3n-003.pdf)

11 El Defensor del Pueblo es el alto comisionado de las Cortes Generales designado por estas para la defensa de los derechos fundamentales, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales (artículo primero de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo).

12 DEFENSOR DEL PUEBLO: Recomendación tras queja n.º 16012435 sobre «Centros residenciales para personas mayores en Madrid Control Judicial de ingresos voluntarios». Recuperado de <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/control-judicial-de-ingresos-involuntarios/>

13 La Valedora del Pueblo es el alto comisionado del Parlamento de Galicia para la defensa, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, de los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en la Constitución (artículo 1 de Ley 6/1984, de 5 de junio, del Valedor del Pueblo de Galicia).

para el internamiento no voluntario: «Y cuando la persona afectada manifestó su voluntad de abandonar el centro no pudo hacerlo, a pesar de que no parece existir resolución judicial previa que determinara el ingreso forzoso [...]. No parece haberse promovido la medida adecuada, la solicitud de ingreso forzoso o el ingreso forzoso urgente determinado por el personal habilitado, el personal médico de la especialidad, y su posterior ratificación en el plazo de 72 horas previsto para eso»<sup>14</sup>. Por esa razón, la Valedora do Pobo de Galicia realizaba una recomendación a la Consellería de Política Social e Igualdade de Galicia: «Que en un plazo de 72 horas y en coordinación con la unidad de salud mental se proporcione a la persona afectada un recurso alternativo más idóneo que el actual, de acuerdo con el indicado en la resolución judicial; que la Funga revise su forma de actuar en estos procedimientos, que requieren una especial diligencia por encontrarse afectados los derechos fundamentales»<sup>15</sup>.

### 3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

#### 3.1. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO

Como se indicaba en apartados anteriores, el artículo 763 de la LEC exige como presupuesto esencial para proceder al internamiento que la persona padezca un trastorno psíquico<sup>16</sup>. De igual modo, el propio artículo diferencia entre los internamientos no voluntarios por trastorno mental urgentes y los no urgentes.

---

14 VALEDORA DO POBO DE GALICIA: Recomendación otorgada en el expediente G.6.Q/742/24 sobre «Recomendación dirixida á Consellería de Política Social e Igualdade referente un internamento involuntario nun centro», 2024, p. 5. Recuperado de <https://www.valedordopobo.gal/wp-content/uploads/2025/07/742-24-REC-CPSI-G-GAL.pdf>

La traducción es nuestra.

15 VALEDORA DO POBO DE GALICIA: Recomendación otorgada en el expediente G.6.Q/742/24 sobre «Recomendación dirixida á Consellería de Política Social e Igualdade referente un internamento involuntario nun centro», 2024, p. 6. Recuperado de <https://www.valedordopobo.gal/wp-content/uploads/2025/07/742-24-REC-CPSI-G-GAL.pdf>

La traducción es nuestra.

16 El concepto de trastorno psíquico ha sido interpretado por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 1 de febrero de 2016 (rec. n.º 6167/2014), que ha señalado que «el significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad». Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 13/2016, de 1 de febrero (<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2016-2330.pdf>).

El internamiento no voluntario ordinario (no urgente), puesto que requiere autorización judicial previa, conlleva menos problemas en la práctica. Sin embargo, el internamiento no voluntario por trastorno psíquico urgente, al no requerir autorización judicial previa, sino ratificación en un momento posterior, suele ser más problemático y presentar situaciones en las que se pueden producir vulneraciones de derechos de las personas afectadas y, en particular, del derecho a la libertad contenido en el artículo 17.1 de la Constitución española.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional se hizo eco de estas vulneraciones en su Sentencia de 29 de febrero de 2016<sup>17</sup> (rec. n.º 4984/2014) y puso de manifiesto que la falta de respeto de cualquiera de las garantías que deben regir un internamiento no voluntario supone una vulneración del derecho a la libertad de la persona afectada:

*«Se configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la ‘urgencia’ o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección [...] Y así, tras declarar que el plazo de 24 horas del que dispone el responsable del centro es improrrogable [...] y hacer lo propio [...] con el plazo de 72 horas que, a partir de ese momento, tiene el órgano judicial para resolver sobre su ratificación, concluimos diciendo lo siguiente: «...Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente. Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 CE».*

*«coinciden de manera sustancial con el de otras muchas personas que debido a su edad avanzada sufren una enfermedad neurodegenerativa y se encuentran recluidas en una residencia sin poder salir de ella, como medida de prevención. Han sido traídas allí por alguien de su entorno cercano, o a iniciativa de los servicios sociales; incluso en ocasiones se trata de un ingreso voluntario con el fin de recibir los cuidados de manutención y salud necesarios y, con el paso del tiempo, el afectado pierde la consciencia necesaria para emitir su voluntad de permanecer allí. La cuestión es que estos centros tienen bajo su cargo a personas que están privadas de*

---

17 Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 34/2016, de 29 de febrero (<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2016-3400.pdf>).

*su libertad ambulatoria y lo están, con cierta frecuencia en la práctica, sin ningún conocimiento ni autorización de la autoridad judicial» (STC 34/2016, FJ 5).*

*En todo caso, sin perjuicio de reconocer los esfuerzos que, al amparo de la normativa vigente en la materia «vienen haciendo en los últimos años las Administraciones públicas competentes para atender de manera objetiva y ordenada las demandas de personas necesitadas de cuidados integrales en residencias en régimen de internamiento, iniciativa ésta en sí misma digna de respaldo en el marco de nuestro Estado social y democrático de derecho (arts. 1 y 49 CE)», ha de advertirse que tales políticas públicas asistenciales no pueden servir en modo alguno de cobertura «a situaciones privativas de libertad sin la previa autorización judicial o, por excepción, sin haber recabado el responsable del centro dicha autorización en el plazo urgente de 24 horas que dispone el art. 763 LEC, cumpliendo los demás requisitos de este precepto... En definitiva, por tanto, no resulta posible hablar de la ‘regularización’ de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez, sea en un hospital, centro socio-sanitario o en su caso residencia geriátrica... No cabe ‘regularizar’ lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 CE)» (STC 34/2016, FJ 5).*

### 3.2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE PROCESO NEURODEGENERATIVO

La doctrina del Tribunal Constitucional no solo es extensa en cuanto a la aplicación de las garantías del artículo 763 de la LEC para los ingresos por trastorno psíquico, sino que ha ido más allá y ha afirmado que, en caso de que una persona en edad avanzada sufra un proceso neurodegenerativo y proceda su internamiento en un centro, no procede acudir a dicho artículo 763 de la LEC, sino al propio de las medidas de apoyo ex artículo 42 bis LJV y Ley 8/2021.

En este sentido, la Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó Sentencia el 18 de julio de 2016<sup>18</sup> (rec. n.º 5671/2014), al amparo del régimen previo a la Ley 8/2021, y señaló la no aplicación del artículo 763 de la LEC a los ingresos por proceso degenerativo:

*«Pocas dudas ofrece que el proceso de incapacitación (arts. 756 y ss. LEC) resulta el más adecuado desde una perspectiva de protección jurídica integral de la parte en él demandada [...] Las medidas que pueden acordarse por el Juez en dicho pro-*

---

18 Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 132/2016, de 18 de julio (<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2016-7897.pdf>).

*ceso no conciernen única y exclusivamente a su persona, sino también al aseguramiento de su patrimonio». [Si] «existen datos que desde el principio permitan sostener que el padecimiento mental que sufre la persona, por sus características y visos de larga duración o irreversibilidad, deben dar lugar a un régimen jurídico de protección más completo, declarando su discapacidad e imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro, el internamiento podrá acordarse como medida cautelar (art. 762.1 LEC), o como medida ejecutiva en la sentencia (art. 760.1 LEC), en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. LEC».*

Al contrario, según el Tribunal Constitucional lo que procedía en tal caso era un proceso de incapacitación o una medida cautelar del artículo 762.1 de la LEC.

No obstante, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, ya no existe el proceso de incapacitación. En consecuencia, en línea con lo que se ha venido apuntando y se desarrolla más adelante, entendemos que lo procedente es comenzar un procedimiento de adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad. El internamiento se adoptaría tras dicho procedimiento o, con base en el artículo 762 de la LEC, como medida cautelar previa o durante su tramitación.

### 3.3. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES MENORES SOBRE EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE PROCESO NEURODEGENERATIVO

La falta de regulación pormenorizada de los ingresos involuntarios por proceso neurodegenerativo genera aplicaciones dispares de la normativa por parte de los juzgados de primera instancia.

Algunos juzgados encuentran dificultades a la hora de determinar qué procedimiento deben seguir para autorizar dichos ingresos y qué garantías tienen las personas afectadas, pues la doctrina constitucional que determinaba que lo que procedía es un procedimiento de incapacitación ha quedado obsoleta tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, que ha derogado este procedimiento. En cualquier caso, todos los pronunciamientos judiciales que conocemos coinciden en que se requiere autorización judicial previa.

En este sentido, el auto de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 23 de diciembre de 2024<sup>19</sup> (rec. 636/2024) pone de manifiesto una

---

19 Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, n.º 193/2024, de 23 de diciembre (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8f4209204cebfc47a0a8778d75e36f0d/20250424>).

vulneración del derecho a la libertad de estas personas cuando una persona en edad avanzada discapacitada que no puede consentir ingresa en un centro sin autorización judicial previa. El propio tribunal señala que esta situación no es infrecuente:

*«La regulación legal de los internamientos no voluntarios de los discapaces exige, según el artículo 287.1.º CC, la autorización judicial, que deberá ser previa al ingreso. Por ello, en los casos de urgencia, como el presente, en el que doña Leocadia acude al centro asistencial tras recibir el alta hospitalaria sin poder valerse por sí misma para las actividades básicas de la vida y sin que haya podido tramitarse la previa autorización judicial, entendemos que corresponderá al juzgador realizar ineludiblemente la entrevista personal con quien necesita las medidas de apoyo, aun cuando la realice telemáticamente; y deberá evaluar si son suficientes los dictámenes médicos aportados al procedimiento por aludir a su capacidad volitiva e intelectual, o bien, en caso de insuficiencia, si es necesario designar un facultativo para que emita un nuevo informe sobre este punto, o cualquier otra prueba que es-time oportuna. [...]*

*[...] Cuando la urgencia viene determinada por el hecho de que el internamiento ya se ha producido -y no es infrecuente que así ocurra merced a la intervención de los servicios sociales urgidos por las circunstancias socioeconómicas y familiares de la persona necesitada de apoyos y por la escasez de plazas en residencias públicas-, la audiencia efectiva de la persona a que la medida se refiere se podrá posponer al trámite de oposición del art. 739 LEC, pero no prescindir, por las razones antes señaladas, del previo examen personal por el juez —con el que, en cierto modo, ya se da efectividad a una primera oportunidad de que el discapaz pueda ser oído—, que deberá llevarse a cabo con la misma urgencia que para los internamientos psiquiátricos establece la ley, esto es, no más tarde de los tres días siguientes al conocimiento por el juzgado del ingreso no consentido de la persona discapaz en una residencia».*

Por otro lado, la ausencia de un régimen ad hoc que regule el internamiento no voluntario en un centro residencial por razón de proceso neurodegenerativo conduce a que algunos juzgados de primera instancia continúen autorizando internamientos no voluntarios por la vía del artículo 763 de la LEC que pueden ser revocados en segunda instancia —en la mayoría de ocasiones, tras su apelación por el Ministerio Fiscal— por vulnerar los principios y garantías establecidos en favor de las personas afectadas.

A tal efecto, nos remitimos al ejemplo del auto de la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña de 8 de enero de 2025<sup>20</sup> (rec. 789/2024) que

---

20 Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.<sup>a</sup>, n.º 3/2025, de 8 de enero (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1b001e07fc086016a0a8778d75e36f0d/20250506>).

resuelve la apelación presentada por la Fiscalía en sede de autorización de medidas judiciales de apoyo y rechaza el artículo 763 de la LEC como cauce adecuado para procurar el internamiento no voluntario de la persona afectada. En palabras del tribunal:

*«6.- El marco jurídico adecuado, que garantice de manera sustantiva y procesal los derechos de las personas que necesitan medidas de apoyo, para autorizar o ratificar su internamiento en un centro asistencial, ha sido determinado por el TC para excluir que resulte aplicable el cauce del artículo 763 LEC, por lo que el recurso de apelación debe ser desestimado en su primer pedimento.*

*7.- En resoluciones anteriores de esta sección ya hemos reconocido que la adopción de oficio de medidas cautelares de protección de la persona o el patrimonio de quien requiera medidas de apoyo —que, por lo tanto, no disponga de un guardador de hecho que pueda solicitarlas— cuenta con amparo en el artículo 762 LEC y, por lo que concretamente se refiere al ingreso en una residencia geriátrica, en la doctrina derivada de la STC 132/2016, de 18 de julio, a su vez sustentada en las de las STC 34/2016, de 29 de febrero, y 13/2016, de 1 de febrero, bien que esa doctrina ha de acomodarse a la situación actual en la que, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, no tiene cabida en el artículo 763 LEC, solo aplicable a los internamientos por razón de trastorno psíquico en centros psiquiátricos o en centros geriátricos que dispongan de psiquiatra, y sí en el precitado artículo 762 LEC, cuando la persona con discapacidad no pueda emitir su consentimiento, como se indica que sucede en el presente supuesto».*

El mismo argumento se sostiene en el auto de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Ourense de 22 de septiembre de 2023<sup>21</sup> (rec. 426/2023), que determina que el artículo 763 de la LEC no constituye el cauce procesal idóneo para obtener esta autorización. En este auto la Sala afirma, además, que *«tras la Ley 8/2021, de 2 de junio [...], los argumentos en contra de la utilización, al menos de forma generalizada, del procedimiento del artículo 763 de la LEC para autorizar el internamiento en centros asistenciales de personas de edad avanzada con deterioro cognitivo son, si cabe, más contundentes al suprimirse cualquier declaración judicial de modificación de capacidad. Tras la reforma no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona, solo la provisión de las medidas de apoyo que la persona con discapacidad precise para el ejercicio de su capacidad jurídica».*

En este caso, la Sala también apuntaba a los artículos 42 bis b) de la LJV y 762 de la LEC como cauces adecuados para estos supuestos.

---

21 Auto de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.<sup>a</sup>, n.º 169/2023, de 22 de septiembre (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/87a97dbe996527a4a0a8778d75e36f0d/20231218>).

Otra problemática que plantea la ausencia de normativa específica es el procedimiento a seguir en el supuesto de internamientos urgentes que se sustancien por la vía de las medidas cautelares —especialmente por cuanto se refiere a las garantías a observar—. El auto de la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña de 8 de enero de 2025<sup>22</sup> (rec. 789/2024) antes mencionado pone de relieve también la falta de claridad sobre las garantías aplicables a dicho internamiento:

*«11.- Como ya indicábamos en nuestras resoluciones previas, dentro de las medidas cautelares o definitivas de protección de una persona discapaz no se excluye su ingreso en una residencia asistencial. Pero la ley no contempla específicamente bajo qué condiciones o garantías se puede acordar una medida cautelar de esta naturaleza que, aunque no necesariamente puede ser restrictiva del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17 de la CE y que especialmente preserva para las personas con discapacidad el art. 14.3 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006. En este sentido, lo relevante es la efectiva preservación de las garantías constitucionales de cualquier medida restrictiva del derecho a la libertad personal de personas que no están en condiciones de decidir por sí solas y así lo presupone, como acabamos de indicar, el art. 287. 1.º del CC, cuando exige autorización judicial a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud y otras leyes especiales».*

Además, en cuanto al plazo de vigencia de la medida cautelar, se afirma que «lo razonable es, en estos casos, no ceñir la vigencia de la medida al plazo de 20 días del art. 730 de la LEC —que es un precepto fundado en el principio dispositivo y ni siquiera es uno de los expresamente citados en la remisión del art. 762 LEC—, sino al mayor o menor plazo que la resolución judicial establezca en cada caso en atención a las circunstancias, pero en el más breve posible, oído el Ministerio Fiscal, bien entendido que al vencimiento del plazo la medida no se ha de alzar automáticamente sin previa comprobación por el tribunal de la necesidad de prorrogarla, si fuera procedente, con las verificaciones oportunas».

Partiendo de un razonamiento distinto, pero en sentido similar, la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña en su auto de 31 de julio de 2023<sup>23</sup> (rec. 421/2023) aplica de modo analógico el artículo 763 de la LEC como única

---

22 Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.<sup>a</sup>, n.º 3/2025, de 8 de enero (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1b001e07fc086016a0a8778d75e36f0d/20250506>).

23 Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.<sup>a</sup>, n.º 136/2023, de 31 de julio (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4bc0bed0b2723f20a0a8778d75e36f0d/20231229>).

norma destinada a regular el internamiento no voluntario de personas con la capacidad de decisión alterada, afirmando que *«resulta indiscutible que, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, es ineludible que el órgano judicial oiga a la persona sometida a la medida de internamiento y se pronuncie de modo inmediato sobre su situación de libertad personal y en cambio, esas garantías no están expresamente previstas en el cauce de las medidas cautelares. Ello no significa que, cuando se utilice dicho cauce, esas garantías queden en suspenso, sino que ha de interpretarse la normativa en el sentido de extender las garantías recogidas en el artículo 763 al procedimiento previsto en el artículo 762 LEC cuando se trata de la adopción de la misma medida de privación de libertad como es el internamiento no voluntario»*.

Por lo tanto, en vista de estos pronunciamientos, está fuera de toda duda la necesidad de autorización judicial para un internamiento no voluntario de una persona en edad avanzada en un centro residencial. Sin embargo, debido al vacío legal existente, no resulta claro cuál es el procedimiento adecuado para autorizar el ingreso en casos de procesos neurodegenerativos, qué garantías deben respetarse ni durante cuánto tiempo pueden mantenerse estas medidas de internamiento. Además, todavía existen voces partidarias de la aplicación del artículo 763 de la LEC a enfermedades degenerativas. Véase el auto de la Sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante de 27 de junio de 2019<sup>24</sup> (rec. 387/2019): *«Debe indicarse que el internamiento de ancianos en Residencias de la Tercera Edad tiene perfecto encaje en el art. 763 LEC, debiendo tramitarse como ordinario en el caso de que el anciano no haya llegado a ser ingresado, y como urgente en el caso de que el anciano ya se encuentre en una Residencia de la Tercera Edad»*.

#### 4. CONCLUSIONES

El ingreso en centros residenciales de personas en edad avanzada que no disponen de facultades cognitivas para manifestar su voluntad puede conllevar situaciones en que se vulneren los derechos de las personas afectadas.

En este sentido, representa un problema el hecho de que no exista en nuestro sistema jurídico un procedimiento regulado de manera específica para este tipo de ingresos, lo que puede conllevar que se produzcan actuaciones arbitrarias poco garantistas con los derechos de las personas ingresadas.

En este contexto consideramos que sería necesario que se tramitara y aprobara una nueva ley orgánica que regule el ingreso de personas en edad avan-

---

24 Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.<sup>a</sup>, n.º 145/2019, de 27 de junio (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/58e883a2541d83c1a0a8778d75e36f0d/20250108>).

zada discapacitadas o con un trastorno neurodegenerativo en centros residenciales cuando no pueden manifestar su voluntad por el proceso degenerativo que sufren y que se adapte la regulación actual del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico al nuevo marco jurídico en materia de discapacidad.

De hecho, el Gobierno lleva años tratando de impulsar una reforma legal para dar una nueva redacción al internamiento no voluntario regulado en el artículo 763 de la LEC y buscar alternativas más respetuosas con los derechos humanos. La modificación del artículo 763 de la LEC se planteó ya como uno de los objetivos de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, aprobada por el Consejo de Ministros el 3 de mayo de 2022, a fin de asegurar medidas alternativas a los internamientos forzosos por motivo de discapacidad<sup>25</sup>.

Asimismo, la Confederación de Salud Mental España publicó un informe en el año 2023 acerca de las implicaciones para el ordenamiento jurídico español de los internamientos involuntarios. En este informe se planteaban algunas propuestas de reforma. Entre otras:

- (A) eliminar la referencia *«por razón de trastorno psíquico»* que limita la aplicación del artículo 763 de la LEC a ese tipo de internamiento, de modo que pueda aplicarse con carácter general a todas aquellas personas en que concurren determinadas circunstancias; o
- (B) incorporar a la LJV un capítulo sobre *«ingresos y tratamientos de personas mayores en situación de urgencia vital en el marco de la atención integral psicosocial»*, entendiéndose por urgencia vital aquella situación excepcional o extraordinaria y puntual de las personas que puede requerir de una actuación inmediata, al implicar riesgo inminente para su vida o integridad personal<sup>26</sup>.

El pasado 22 de julio de 2025 la Mesa de la Cámara del Congreso de los Diputados, en línea con lo dispuesto en el informe de la Confederación de Salud Mental España de 2023, acordó encomendar a la Comisión de Derechos Sociales y Consumo la aprobación de un Proyecto de Ley por la que se modificara el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo

---

25 MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030: Estrategia española sobre discapacidad 2022-2030 para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad, 2022, pp. 49 y 81. Recuperado de <https://www.siiis.net/documentos/ficha/574700.pdf>

26 CONFEDERACIÓN DE SALUD MENTAL ESPAÑA: Informe sobre tratamientos e ingresos involuntarios en salud mental, 2023, pp. 23, 36-27 y 136. Recuperado de <https://www.consaludmental.org/publicaciones/Informe-Tratamientos-Ingresos-Involuntarios-Salud-Mental.pdf>

1/2013, de 29 de noviembre, y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, para la extensión y refuerzo de los derechos de las personas con discapacidad a la inclusión, la autonomía y la accesibilidad universal conforme al artículo 49 de la Constitución española<sup>27</sup>. Este Proyecto de Ley prevé en su disposición adicional octava la elaboración de un proyecto de ley orgánica para reformar el artículo 763 de la LEC, a fin de adaptarlo a las recomendaciones de Naciones Unidas.

A este respecto, si el Proyecto de Ley acaba aprobándose en sus términos, el Gobierno dispondría de un plazo máximo de un año desde su entrada en vigor para reformar el artículo 763 de la LEC, en cuya regulación deberá incorporar el concepto de *apoyo comunitario* y tratar de solucionar las situaciones críticas en que puedan encontrarse las personas con problemas de salud mental y que comprometan su integridad y seguridad personales o la de terceros.

Desconocemos si este Proyecto de Ley se aprobará finalmente y si la nueva redacción del artículo 763 de la LEC tendrá en cuenta alguna de las propuestas recogidas en el mencionado informe de 2023 para que el internamiento no voluntario de personas en edad avanzada quede finalmente regulado de manera específica. A raíz de la reciente jurisprudencia y ante de la necesidad de solucionar esta laguna legal, lo razonable sería que el internamiento no voluntario quedara claramente regulado.

Proteger los derechos fundamentales de las personas en edad avanzada que ingresan o residen en centros asistenciales —especialmente cuando no pueden expresar su voluntad debido a deterioro cognitivo o trastorno psíquico— constituye un deber inexcusable tanto para los poderes públicos como para las entidades encargadas de su atención.

En este contexto, resulta fundamental que el legislador aborde con rigor y sensibilidad la regulación del internamiento no voluntario de personas en edad avanzada, garantizando un equilibrio adecuado entre la protección de su integridad y el respeto a su autonomía personal. La futura normativa debería establecer procedimientos claros, garantías judiciales efectivas y mecanismos de control independientes que aseguren la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas afectadas, evitando cualquier posible abuso o arbitrariedad en la toma de decisiones.

---

27 CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: Boletín Oficial de las Cortes Generales n.º 64-1 de 24 de julio de 2025, p. 48. Recuperado de [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-64-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-64-1.PDF)

Otra reflexión adicional es la conveniencia de promover la sensibilización y la información entre la población sobre la importancia de otorgar voluntades anticipadas, de modo que las personas puedan decidir, mientras se encuentran en pleno uso de sus facultades, si desean o no ser ingresadas en un centro residencial en el futuro, en caso de que lleguen a una situación en la que no puedan expresar su voluntad.

En definitiva, solo a través de la combinación de una regulación específica y garantista, junto con una adecuada labor de concienciación social sobre las voluntades anticipadas, se podrá colmar una importante laguna legal y avanzar de manera significativa en la protección de los derechos de las personas en edad avanzada en situación de especial vulnerabilidad. Así, con un compromiso claro por parte de los poderes públicos y de la sociedad en general, será posible crear un sistema de atención residencial que respete de verdad la igualdad, la dignidad, la autonomía y la libertad de las personas en edad avanzada con discapacidad o con un trastorno neurodegenerativo.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*. P. 7. <http://www.convenciondiscapacidad.es/2019/04/10/observaciones-finales-sobre-los-informes-periodicos-segundo-y-tercero-combinados-de-espana-del-comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-9-de-abril-de-2019/>
- CONFEDERACIÓN DE SALUD MENTAL ESPAÑA: *Informe sobre tratamientos e ingresos involuntarios en salud mental*, pp. 23, 36-27 y 136. <https://www.consaludmental.org/publicaciones/Informe-Tratamientos-Ingresos-Involuntarios-Salud-Mental.pdf>
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: *Boletín Oficial de las Cortes Generales n.º 64-1 de 24 de julio de 2025*. p. 48. [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-64-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-64-1.PDF)
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Recomendación tras queja n.º 16012435 sobre «Centros residenciales para personas mayores en Madrid Control Judicial de ingresos voluntarios»*. <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/control-judicial-de-ingresos-involuntarios/>
- DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA: *Guía: provisión de apoyos a las personas con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica*, p. 8. [https://www.tutorretza.bizkaia.eus/pdf/Guia\\_Cas.pdf?hash=bf213598c3654a04054d3803fdf6dc87](https://www.tutorretza.bizkaia.eus/pdf/Guia_Cas.pdf?hash=bf213598c3654a04054d3803fdf6dc87)

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia. Población residente en centros (EDAD centros). Nota de prensa. Anexo de tablas. Tabla 2.* <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/EDAD2023.htm>

MIGUEL ALHAMBRA, Luciana y CHACÓN CAMPOLLO, Raquel: «Internamiento en residencia de ancianos con demencia. Reflexiones con motivo de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 102/2022. <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-102/11311-internamiento-en-residencia-de-ancianos-con-demencia-reflexiones-con-motivo-de-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-8-2021-de-2-de-junio>

MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030: *Estrategia española sobre discapacidad 2022-2030 para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad.* pp. 49 y 81. <https://www.siiis.net/documentos/ficha/574700.pdf>

SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA: *Informe Especial a les Corts Valencianes. Atención residencial a personas con problemas de salud mental en la Comunitat Valenciana.* P. 102. [https://www.elsindic.com/wp-content/uploads/2017/03/548\\_SINDIC-Informe-especial-Salud-Mental-CASTELLANO-segunda-edici%C3%B3n-003.pdf](https://www.elsindic.com/wp-content/uploads/2017/03/548_SINDIC-Informe-especial-Salud-Mental-CASTELLANO-segunda-edici%C3%B3n-003.pdf)

VALEDORA DO POBO DE GALICIA: *Recomendación otorgada en el expediente G.6.Q/742/24 sobre «Recomendación dirixida á Consellería de Política Social e Igualdade referente un internamento involuntario nun centro».* pp. 5-6. <https://www.valedordopobo.gal/wp-content/uploads/2025/07/742-24-REC-CPSI-G-GAL.pdf>

## RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos B.M. c. España, de 6 de noviembre de 2025. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22appno%22:\[%2225893/23%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-245702%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%2225893/23%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-245702%22]})

### Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 129/1999, de 1 de julio <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1999-16571.pdf>.

- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 13/2016, de 1 de febrero <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2016-2330.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 34/2016, de 29 de febrero <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2016-3400.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 132/2016, de 18 de julio <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2016-7897.pdf>.

#### Audiencias Provinciales

- Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, n.º 145/2019, de 27 de junio. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/58e883a2541d83c1a0a8778d75e36f0d/20250108>).
- Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, n.º 136/2023, de 31 de julio. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4bc0bed0b2723f20a0a8778d75e36f0d/20231229>
- Auto de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.ª, n.º 169/2023, de 22 de septiembre. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/87a97dbe996527a4a0a8778d75e36f0d/20231218>
- Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, n.º 193/2024, de 23 de diciembre. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8f4209204cebfc47a0a8778d75e36f0d/20250424>
- Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, n.º 3/2025, de 8 de enero. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1b001e07fc086016a0a8778d75e36f0d/20250506>
- Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, n.º 139/2025, de 3 de marzo. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/36776f11917e24bda0a8778d75e36f0d/20250612>

#### RELACIÓN DE NORMATIVA CITADA

##### Normativa estatal

- Código Civil.
- Constitución española.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

Normativa autonómica

- Ley 6/1984, de 5 de junio, del Valedor del Pueblo de Galicia.
- Ley 2/2021, de 26 de marzo, del Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- LJV: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

\* La reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos B. M. c. España, de 6 de noviembre de 2025, enjuicia un internamiento no voluntario de una persona de 57 años en un centro psiquiátrico y declara que no se respetaron las garantías exigibles para autorizar la medida, lo que constituye una detención arbitraria. El Tribunal concluye que se vulneró su derecho a la libertad y condena a España. En particular, subraya que el facultativo designado por el juzgado no examinó a la persona afectada y tampoco se respetó su derecho a la asistencia letrada durante la tramitación del procedimiento. En este sentido, ver la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos B. M. c. España, de 6 de noviembre de 2025 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2225893/23%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-245702%22%5D%7D>).



VIII.  
LA DESIGUALDAD TERRITORIAL EN EL  
DIAGNÓSTICO Y ACCESO A  
PRESTACIONES QUE SUFREN LOS  
PACIENTES DE ENFERMEDADES  
MINORITARIAS



## VIII.

### *La desigualdad territorial en el diagnóstico y acceso a prestaciones que sufren los pacientes de enfermedades minoritarias*

JUAN ÁLVAREZ SUÁREZ  
PATRICIA GONZÁLEZ QUINTANAL  
NICOLÁS MOLINA CARULLA  
ÁLVARO LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO  
JUAN ANTONIO PÉREZ RIVARÉS  
BERNAT DOMEYÓ FAURÓ

**Resumen:** *Los pacientes con enfermedades minoritarias se enfrentan a barreras en el acceso a tratamientos farmacológicos y médicos, derivadas de la limitada evidencia científica disponible, así como de la dispersión territorial. Esta problemática se puede ver agravada en un Estado con competencias sanitarias descentralizadas, donde las diferencias en los criterios de autorización y financiación de fármacos y tratamientos entre Comunidades Autónomas generan desigualdades. Previa exposición del régimen contenido en nuestro ordenamiento jurídico, el presente capítulo analiza la jurisprudencia reciente y, en concreto, la litigiosidad existente por denegaciones de tratamiento en patologías minoritarias. Finalmente, se proponen algunas medidas de actuación para superar las desigualdades territoriales.*

#### 1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la Unión Europea, el programa de acción comunitaria sobre las enfermedades poco comunes (1999-2003) adoptó la definición ac-

tualmente vigente de enfermedades raras o poco frecuentes, entendiéndose por tales aquellas que, implicando un peligro de muerte o invalidez crónica, presentan una prevalencia inferior a cinco casos por cada 10 000 habitantes<sup>1</sup>.

Dentro de este grupo se incluyen también las denominadas *ultrarraras*, con una prevalencia inferior a un caso por cada 50 000, para las que no existe aún definición legal específica. A pesar de su baja incidencia, estas patologías manifiestan su gravedad desde edades muy tempranas —dos de cada tres se diagnostican antes de los dos años de vida— y representan el 35 % de las muertes antes del primer año y el 10 % de las defunciones entre uno y cinco años, lo que subraya la importancia de su detección precoz.

Según datos de Orphanet, se han catalogado más de 6172 enfermedades raras de un total estimado de 7 000.<sup>2</sup> En este contexto, en España, más de tres millones de personas conviven con alguna enfermedad rara —y cerca de treinta millones en el conjunto de Europa—,<sup>3</sup> cifra que ilustra el impacto colectivo de estas patologías, aun cuando cada una de ellas, de manera individual, afecta a un número reducido de pacientes. La dispersión territorial de los afectados dificulta el desarrollo de líneas de investigación y desalienta la inversión en fármacos huérfanos.

Esta realidad conlleva un diagnóstico que en ocasiones puede demorarse años —la Federación Española de Enfermedades Raras (FEDER) calcula que, en un 20 % de los casos, el retraso alcanza la década— y desemboca en estrés psicológico, falta de apoyo terapéutico (29,37 % de los pacientes no recibe tratamiento), aplicación de pautas inadecuadas (17,9 %) e incluso agravamiento de la enfermedad (31,26 %).<sup>4</sup> Además, los costes directos e indirectos asociados —adquisición de medicamentos, ayudas técnicas, transporte adaptado— suponen alrededor del 20 % de los ingresos familiares anuales, elevándose así la carga económica de quienes padecen estas patologías<sup>5</sup>.

---

1 Definición recogida en el preámbulo del Real Decreto 1091/2015, de 4 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro Estatal de Enfermedades Raras.

2 Orphanet es la base de datos europea sobre enfermedades raras y medicamentos huérfanos. (<https://www.orpha.net>).

3 NGUENGANG WAKAP, Stéphanie, LAMBERT, Deborah M., OLRYS, Annie, RODWELL, Charlotte, GUEYDAN, Charlotte, LANNEAU, Valérie, MURPHY, Daniel, LE CAM, Yann, & RATH, Ana: «Estimating cumulative point prevalence of rare diseases: Analysis of the Orphanet database», *European Journal of Human Genetics*, 28(2), 2020, pp. 165-173. <https://doi.org/10.1038/s41431-019-0508-0>

4 <https://www.enfermedades-raras.org/que-hacemos/por-la-investigacion/obser/biblioteca-virtual/atencion-socio-sanitaria/impacto-psicosocial-en-el-retraso-diagnostico>

5 <https://www.enfermedades-raras.org/enfermedades-raras/conoce-mas-sobre-et/enfermedades-raras-en-cifras>

La introducción del cribado neonatal —la conocida «prueba del talón»— a principios de los años setenta supuso un hito en salud pública: una gota de sangre extraída en las primeras horas de vida permite hoy detectar, antes de que aparezcan síntomas, errores innatos del metabolismo cuya incidencia ronda un caso por cada 1 000 nacimientos. Gracias a ello, se han evitado daños neurológicos irreversibles y muertes infantiles.

No obstante, la falta de uniformidad en su aplicación a nivel autonómico genera desigualdades notables: la Cartera de Servicios Comunes del SNS obligó en 2014 a incluir un mínimo de siete enfermedades metabólicas, pero las Comunidades Autónomas han ido ampliando su catálogo, con variaciones que oscilan entre ocho y más de cuarenta patologías según la región. Este desequilibrio conlleva que un recién nacido pueda beneficiarse de un diagnóstico temprano en una comunidad y, sin embargo, quedar excluido en otra, lo que supone prolongar meses de incertidumbre para algunas familias e incluso puede llegar a poner en riesgo la vida del recién nacido.

Frente a estos desafíos, la sociedad civil ha mostrado una capacidad de movilización creciente: FEDER agrupa 416 entidades que promueven la sensibilización, el apoyo y la investigación; numerosos grupos de pacientes y familiares difunden sus historias en medios de comunicación para reclamar recursos y coordinación; y centros como el CIBERER y el Instituto de Salud Carlos III impulsan proyectos de investigación colaborativa junto con el Ministerio de Sanidad. Además, el Defensor del Pueblo ha promovido actuaciones específicas para conseguir derivaciones a centros especializados, logrando mejoras en algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Andalucía<sup>6</sup>.

Reconociendo la urgencia de homogeneizar el cribado neonatal, el Ministerio de Sanidad anunció en abril de 2024 la incorporación de cuatro nuevas endocrino-metabolopatías a la cartera común —con lo que se eleva de siete a once el número de enfermedades analizadas— y estableció un plazo de un año tras su publicación en el *BOE* para la implementación autonómica. Por su parte, el Gobierno anunció en abril de 2024 que ampliaría las enfermedades que se analizan en el cribado neonatal: «*El objetivo es hacer más sostenible el sistema y homogeneizar esta prestación en el conjunto del país, para que la salud de los españoles no dependa ni de su código postal ni de sus ingresos*»<sup>7</sup>. Esta ampliación tuvo lugar a

---

6 Artículo en la web del Defensor del Pueblo (<https://www.defensordelpueblo.es/noticias/el-defensor-del-pueblo-reitera-su-compromiso-en-la-defensa-de-los-derechos-de-las-personas-afectadas-por-enfermedades-raras/>).

7 Web del Ministerio de Sanidad (<https://www.sanidad.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=6400>)

través de la Orden SND/454/2025, de 9 de mayo que, suponiendo un avance a este respecto, todavía resulta insuficiente. En palabras de FEDER, «*la inequidad en el acceso al cribado neonatal sigue siendo un problema grave en España. El acceso a las pruebas que detectan enfermedades en los recién nacidos no es igual en todas las comunidades autónomas, y el lugar de nacimiento condiciona las oportunidades de diagnóstico precoz y prevención de complicaciones graves*»<sup>8</sup>.

Llegados a este punto, es imperativo tener presente que el modelo de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia sanitaria responde a una decisión constitucional legítima que permite adaptar las políticas sanitarias a las realidades territoriales específicas.

Ahora bien, como se desarrollará con mayor profundidad, cuando estas diferencias en el acceso a la salud se traducen en que, por ejemplo, un recién nacido pueda beneficiarse de un diagnóstico temprano en una comunidad y quedar excluido en otra, surge la necesidad de examinar si nuestro ordenamiento constitucional ofrece instrumentos suficientes para poder dar respuesta a esta situación.

Expuesto lo anterior, conviene realizar una breve aproximación al marco normativo aplicable con el objetivo de analizar el estado de la cuestión y detectar los puntos débiles del sistema que han llevado en ocasiones a la necesidad de acudir a los Tribunales ante la ausencia de una decisión de equidad dada por la Administración.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

### 2.1. EL DERECHO A LA SALUD EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

En el plano jurídico internacional, el derecho a la salud ha sido reconocido en distintos textos normativos. En particular, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 realiza dos menciones específicas destacables al ámbito sanitario: la primera en el artículo 13.2, que expone: «*La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*».

La segunda, en el artículo 62.1, que cita: «*El Consejo Económico y Social podrá hacer o iniciar estudios e informes con respecto a asuntos internacionales de carácter eco-*

---

8 <https://www.enfermedades-raras.org/actualidad/noticias/sanidad-amplia-el-cribado-neonatal-en-toda-espana-un-paso-clave-hacia-la-equidad-y-deteccion-precoz-de-enfermedades-raras>

*nómico, social, cultural, educativo y sanitario, y otros asuntos conexos, y hacer recomendaciones sobre tales asuntos a la Asamblea General, a los Miembros de las Naciones Unidas y a los organismos especializados interesados».*

La referida Carta vincula a España por cuanto tiene consideración de tratado internacional —del que España es miembro desde diciembre de 1955— y, por lo tanto, en virtud del artículo 96 de la Constitución española, su contenido forma parte del ordenamiento interno español.

Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha tenido como eje central en sus discusiones el derecho a la salud en numerosas ocasiones, lo que ha dado lugar a instrumentos normativos específicos, de entre los que destacan dos:

- La *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada mediante la Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 25 reconoce expresamente el derecho de toda persona a un nivel de vida suficiente que le asegure salud y bienestar, enfatizando la atención médica como componente esencial de la dignidad humana.
- El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante «PIDESC»), aprobado mediante la Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, cuyo artículo 12 contempla obligaciones específicas de los Estados para reducir la mortalidad, mejorar la higiene del entorno y combatir enfermedades, bajo el objetivo de lograr el «*nivel más alto posible de salud física y mental*».

En concreto, el referido artículo 12 ha sido objeto de interpretación extensiva por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —cuya función es supervisar la aplicación del PIDESC— en su Observación General núm. 14<sup>º</sup>, donde, de forma detallada, describe que el derecho a la salud es inclusivo, ya que abarca tanto la atención sanitaria como los factores determinantes básicos —agua potable, alimentación, saneamiento—; e identifica las obligaciones estatales de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios, para subrayar que no se trata solo de «estar sano», sino de disponer de facilidades y recursos que lo permitan.

---

9 CDESC, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

## 2.2. EL DERECHO A LA SALUD EN LA NORMATIVA DE LA UE

En el plano del Consejo de Europa, la regulación del derecho a la salud parte de la Carta Social Europea de 1961 —ratificada por España el 6 de mayo de 1980—, cuyos artículos 11 y 13 consagran el derecho inalienable a la salud y a la asistencia social médica.

En concreto, el artículo 11 establece que, *«para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines:*

1. *Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente.*
2. *Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.*
3. *Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.*

En armonía, el artículo 13 expone que: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las partes contratantes se comprometen:

1. *A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.*

2. *A velar por que las personas que se benefician de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales.*

3. *A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar.*

4. *Aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes partes contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953».*

En el ámbito de la UE, la Carta de los Derechos Fundamentales, que entró en vigor con el Tratado de Lisboa de 2009, reconoce expresamente la protección de la salud en su artículo 35, que otorga a toda persona el derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de una atención médica adecuada en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Ello con

el objetivo de garantizar un nivel elevado de protección de la salud humana en la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la UE.

En consonancia con lo anterior, el Tratado de Funcionamiento de la UE establece en su artículo 168 que, si bien los Estados miembros conservan la competencia principal en materia de organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica, la UE tiene la función de complementar, reforzar y coordinar las acciones nacionales. Esta distribución competencial persigue también garantizar un alto nivel de protección de la salud humana, respetando al mismo tiempo las responsabilidades de los Estados miembros en la definición de su política sanitaria y en la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica.

Para articular el derecho a la salud consagrado en los referidos instrumentos, la UE ha adoptado dos ejes fundamentales:

- En primer lugar, los Reglamentos en materia de coordinación de sistemas de la Seguridad Social, principalmente los núm. 883/2004 y 987/2009, que aseguran la cobertura sanitaria a personas desplazadas o residentes en otro Estado miembro, sin necesidad de armonizar cada modelo nacional.
- En segundo lugar, la Directiva 2011/24/UE, que regula la asistencia sanitaria transfronteriza y el reembolso de gastos médicos, permitiendo a los pacientes recibir tratamiento en otro Estado miembro cuando se cumplan determinadas condiciones.

Tras la pandemia de COVID-19, la iniciativa de construir una «Unión Europea de la Salud» experimentó un impulso decisivo, pasando del plano teórico a la cooperación entre Estados miembros como desarrollo natural de la aplicación práctica. En este contexto, la UE adoptó un conjunto de medidas estratégicas: (i) aprobó disposiciones urgentes para agilizar la movilidad de pacientes y suprimir determinadas formalidades administrativas; (ii) creó la Autoridad de Preparación y Respuesta ante Emergencias Sanitarias (HERA) como organismo especializado; y (iii) reforzó los mecanismos de cooperación entre Estados miembros con el fin de asegurar una respuesta más coordinada y eficaz ante futuras crisis sanitarias.

Este entramado legal e institucional tiene como objetivo fundamental garantizar un estándar mínimo y equivalente de protección de la salud en todo el territorio de la Unión Europea, evitando la existencia de discriminaciones por razón de nacionalidad, pero preservando simultáneamente la competencia soberana de cada Estado miembro en la organización y gestión de sus respectivos sistemas sanitarios nacionales.

### 2.3. EL DERECHO A LA SALUD EN LA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La protección de la salud de todos los ciudadanos como derecho constitucionalmente protegido se reconoce en el artículo 43 de la Constitución española (en adelante «CE»), como principio rector de la política social y económica. Para su concreción en medidas específicas, la propia CE prevé que *«compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios»*.

Como expone la Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1982 [Rec. 114/1982] en su fundamento de derecho primero, *«es evidente que entre esos poderes públicos se encuentran las Comunidades Autónomas»*. Por ello es imprescindible entender la normativa nacional desde la óptica de la distribución constitucional de competencias en materia de salud.

### 2.4. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SALUD: PREVISIÓN CONSTITUCIONAL

El ordenamiento jurídico español se caracteriza en materia de sanidad por un modelo de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas que se deriva del propio texto constitucional:

- (i) Competencias exclusivas del Estado. El artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la CE otorga competencia exclusiva al Estado sobre la *«sanidad exterior»*, las *«bases y coordinación general de la sanidad»* y la *«legislación sobre productos farmacéuticos»*.
- (ii) Competencias de las Comunidades Autónomas. En virtud del artículo 148.1.21.<sup>a</sup> de la CE, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de sanidad.

Ello es así porque, como se ha mencionado *supra*, cuando el artículo 43.2 de la CE habla de los *poderes públicos* no se refiere, como es evidente, exclusivamente al Estado.

### 2.5. LEGISLACIÓN BÁSICA EN MATERIA DE SANIDAD

En desarrollo de los artículos 43 y 149.1.16.<sup>a</sup> de la CE, se han promulgado una serie de normas de ámbito estatal a fin de definir el marco de la competencia estatal y el concepto de regulación básica en materia sanitaria.

- (A) Ley General de Sanidad<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Esta norma prevé un desarrollo del reparto de competencias entre las distintas Administraciones públicas en sus artículos 38 y siguientes. Así, de conformidad con el artículo 41 de la Ley General de Sanidad, a las Comunidades Autónomas corresponde el ejercicio de (i) las competencias propias asumidas en sus Estatutos de Autonomía; (ii) las competencias transferidas o, en su caso, delegadas por el Estado; y (iii) las decisiones y actuaciones públicas previstas no reservadas expresamente en tal norma al Estado.

(B) Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud<sup>11</sup>

El Capítulo I de la norma regula el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud. A este respecto, según la modalidad económica que le resulta de aplicación, las prestaciones se dividen en las correspondientes a (i) una cartera común básica, con financiación pública íntegra; (ii) una cartera común suplementaria, sujeta a aportación del usuario; y (iii) una cartera común de servicios accesorios sujeta a aportación y/o reembolso del usuario. Las prestaciones concretas que en cada momento se recojan en cada una de las carteras, incluyendo la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de diferentes patologías, se determina por la vía reglamentaria<sup>12</sup>.

Por su parte, la norma faculta a las Comunidades Autónomas para aprobar sus respectivas carteras de servicios, las cuales deberán garantizar, como mínimo, la cobertura íntegra de la cartera común determinada por el Estado en sus tres modalidades para todos los usuarios del sistema. A partir de este umbral mínimo, las Comunidades Autónomas están habilitadas para introducir mejoras y ampliaciones en la cartera estatal: siempre podrán incrementar las prestaciones ofrecidas, pero nunca reducirlas por debajo del estándar nacional establecido.

## 2.6. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN MÍNIMA UNIFORME

Para garantizar la consecución del interés general, la CE establece que la determinación de lo básico en materia sanitaria corresponde exclusivamente al Estado. En efecto, la CE no solo atribuye al Estado una facultad, sino también un deber, al exigirle *«que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, sin perjuicio de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias [...] dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado»*

---

11 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

12 Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

(Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2017 [Rec. 419/2013]). Por tanto, sobre la base de estas directrices estatales, corresponde a las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo y la ejecución del contenido primario establecido por el Estado.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha abordado en múltiples ocasiones la definición del término bases o legislación básica, concepto que constituye un ejemplo paradigmático de figura jurídica indeterminada. En este sentido, ha establecido los siguientes criterios interpretativos:

*«En relación con esta noción material, cuya delimitación por este Tribunal tiene como finalidad esencial procurar que la definición de lo básico no quede en cada caso a la libre disposición del legislador estatal, “pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas” (SSTC 69/1988 y 80/1988), cabe agregar que lo que ha de considerarse “como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias” (STC 48/1988, FJ 3.º). Esto es, “un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional” (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad —ya que con las bases “se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales” (STC 1/1982, FJ 1.º)—, a partir del cual “pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto (STC 49/1988, FJ 16)» (Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2003 [Rec. 3540/1996]).*

Asimismo, aunque el Tribunal Constitucional establece como principio general la preferencia de la ley para la determinación de lo básico, también admite que en determinadas circunstancias pueda establecerse por vía reglamentaria (Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1988 [Rec. 873/1985]).

Como se ha expuesto, la reserva al Estado de la fijación de las bases de la sanidad pretende, en última instancia, asegurar un común denominador normativo que garantice el acceso a la salud en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos. Esta finalidad queda expresamente reflejada en las normas que desarrollan el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la CE. Así, el artículo 3 de la Ley General de Sanidad establece que *«el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva»* y que *«la política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales»*.

En el mismo sentido, el artículo 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud erige como sus principios generales informadores *«la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones*

*de igualdad efectiva y calidad», así como «la coordinación y la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias para la superación de las desigualdades en salud».*

Esto es, la normativa —y, en su caso, la jurisprudencia— debe garantizar que, dado el reparto competencial establecido por la CE, este favorezca el ejercicio del derecho a la salud en condiciones de igualdad. En términos similares se manifiesta el Tribunal Constitucional (si bien en materia de vivienda, pero con una doctrina perfectamente proyectable a lo que aquí analizamos): *«Como declaramos en nuestra STC 146/1986... “la persecución del interés general —en este caso, el relativo a la garantía de una vivienda adecuada para todos los españoles— se ha de materializar ‘a través de’, no ‘a pesar de’ los sistemas de reparto de competencias articulados en la C.E.” (Fundamento jurídico 3), de manera que la promoción de la igualdad sustancial y la acción estatal destinada al efecto “debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales”»* [Sentencia del Tribunal Constitucional 152/1988 [Rec. 325/1987]].

En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional, la promoción de la igualdad sustancial debe desarrollarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema basado en autonomías territoriales. Ello implica que el principio de igualdad no exige una uniformidad en todas las prestaciones sanitarias, sino que admite diferencias razonables derivadas del legítimo ejercicio de las competencias autonómicas.

Sin embargo, esta flexibilidad debería tener límites: el reparto competencial previsto en la Constitución debería interpretarse como un instrumento para garantizar la efectiva realización del derecho fundamental a la protección de la salud. Para ello, el sistema normativo nacional ha de asegurar un marco mínimo común y uniforme, que sirva de base para el ejercicio de las competencias autonómicas y permita introducir mejoras sin menoscabar la igualdad en el acceso a las prestaciones esenciales.

Por tanto, las desigualdades territoriales no pueden atribuirse simplemente a la existencia de diferencias autonómicas —manifestación legítima del pluralismo territorial—, sino a la insuficiencia de ese estándar mínimo común cuando no garantiza el acceso equitativo a servicios básicos, especialmente en ámbitos sensibles como la detección precoz de enfermedades graves.

### **3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

#### **3.1. CONSIDERACIÓN PREVIA**

Como cabe esperar, las desigualdades territoriales en el acceso a tratamientos para pacientes con enfermedades minoritarias han generado litigiosidad, especialmente en aquellos supuestos en los que la Administración sanitaria

de una determinada Comunidad Autónoma ha rechazado proporcionar a un paciente, aquejado de una patología poco frecuente, el acceso a un tratamiento farmacológico específico que resulta esencial para su supervivencia o para el mantenimiento de su calidad de vida, mientras que en otras Comunidades Autónomas dicho tratamiento sí ha sido dispensado sin que exista una justificación objetiva y razonable para tal diferencia de trato.

La respuesta jurisdiccional ante estas situaciones ha mostrado criterios dispares. Algunos órganos judiciales han considerado imprescindible el reconocimiento del acceso al tratamiento para salvaguardar el derecho fundamental a la igualdad. Otros han exigido a los demandantes una carga probatoria especialmente rigurosa para acreditar la efectiva vulneración de dicho derecho. Un tercer grupo ha estimado legítima la denegación del tratamiento cuando esta se fundamenta en el margen de discrecionalidad propio de las Comunidades Autónomas, lo que puede dar lugar a tales disparidades.

Esta diversidad de enfoques judiciales se refleja en aquellas resoluciones donde los criterios administrativos para denegar el acceso a determinados tratamientos o medicamentos han sido objeto de revisión y modificación por parte de los tribunales.

Un ejemplo paradigmático lo constituye la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia n.º 293/2013, de 12 de abril, que reconoce el acceso al tratamiento por su esencialidad. La sentencia resuelve favorablemente un recurso de apelación derivado de la inactividad del Servicio Gallego de Salud, consistente en la no dispensación efectiva del medicamento *Soliris 300 mg*, que contiene el principio activo *eculizumab*, usado para tratar la enfermedad minoritaria denominada *Hemoglobinuria paroxística nocturna*, padecida por el apelante. En la sentencia, el órgano judicial concluye que se ha producido una vulneración del derecho a la vida e integridad física del paciente, en cuanto ese medicamento suponía la única opción terapéutica autorizada y homologada cuyo uso permitiría llevar «una vida normal».

En línea similar se sitúa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia n.º 464/2023, de 28 de septiembre, al considerar que la denegación del acceso al tratamiento farmacológico resultó discriminatoria. Aquí, el Tribunal en su sentencia concluye que:

*«Esta actitud discriminatoria no es novedosa, sino más bien recurrente en la Administración apelante que ha supuesto que en otras situaciones similares por esta Sala se dicten la Sentencia 224/2021, cuya doctrina aplicable al presente supuesto es de plena aplicación, y que es similar a la que recoge la Sentencia 456/2019, puesto que ambas se basan en que existen personas con igual padecimiento dentro de la población diana del tratamiento que lo están recibiendo en otras Comunidades Autónomas (...).»*

En sentido contrario se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 1616/2021, de 13 de abril, que consideró la inexistencia de indicios discriminatorios suficientes, y que ha sido recientemente revocada por el Tribunal Supremo en lo que parece ser un cambio de paradigma en el enjuiciamiento de este tipo de procedimientos. El análisis detallado de esta trascendental resolución se desarrolla en el siguiente apartado.

### **3.2. ANÁLISIS DE UN SUPUESTO PARADIGMÁTICO EN LA DENEGACIÓN DE ACCESO AL TRATAMIENTO: LA DISTROFIA MUSCULAR DE DUCHENNE**

Como se ha expuesto, las desigualdades en el diagnóstico y tratamiento por parte de las Comunidades Autónomas han sido objeto de impugnación ante los tribunales en diversos supuestos. En particular, se han dictado distintas resoluciones judiciales que analizan la legalidad de la decisión adoptada por una Comunidad Autónoma al denegar el acceso de determinados pacientes a medicamentos que, en otras Comunidades Autónomas, sí son dispensados con cargo al sistema sanitario público.

Entre dichas resoluciones, destacan por su especial relevancia las relativas al tratamiento de la distrofia muscular de Duchenne, patología grave caracterizada por elevadas tasas de mortalidad prematura y respecto de la cual, a la fecha, existen limitadas opciones de tratamiento farmacológico.

#### **3.2.1. De la respuesta dada en primera instancia: vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación**

En el procedimiento relativo a la tutela de derechos fundamentales que dio lugar a la Sentencia n.º 101/2020, de 28 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 5 de Barcelona, se abordó la regularidad de la denegación por parte del centro hospitalario de cursar la solicitud de acceso farmacológico para el tratamiento de la distrofia muscular de Duchenne.

Concretamente, el paciente había optado por solicitar el acceso al tratamiento mediante la vía extraordinaria prevista en el Real Decreto 1015/2019, de 19 de junio, que regula el uso compasivo y excepcional de fármacos y el acceso a medicamentos no autorizados en España que estén legalmente comercializados en otros Estados, obteniendo una respuesta desfavorable de la Administración.

En concreto, el motivo de la denegación se fundamentó en la falta de evidencia científica suficiente de su eficacia, así como en el hecho de que la Generalitat de Catalunya carecía de competencias en la decisión de inclusión del producto en la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud.

Ante esta negativa, el demandante optó por acudir a la vía judicial, al entender vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, integridad física e igualdad. Y ello teniendo en cuenta que varios pacientes en las mismas condiciones estaban recibiendo ese tratamiento en otras Comunidades Autónomas, mediante un *«acceso extraordinario individual financiado», «dada la gravedad de la enfermedad y la falta de alternativas de tratamiento»*.

El órgano judicial, tras un examen de las evidencias relativas a la eficacia del fármaco y los motivos de la denegación, si bien concluyó que no se había vulnerado el derecho a la vida e integridad física, en atención a la falta de consenso sobre las bondades del fármaco, consideró vulnerado el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que *«hay otros pacientes en el Estado español que están recibiendo este medicamento por la vía del uso compasivo (que es la que solicita la actora)»*.

### **3.2.2. De la respuesta dada en segunda instancia: revocación de la sentencia dictada por el Juzgado y denegación del acceso al tratamiento farmacológico**

Frente a la sentencia anteriormente referida se interpuso el correspondiente recurso de apelación por parte del Servicio Catalán de Salud y el Hospital, adhiriéndose a sus planteamientos el Ministerio Fiscal. Los motivos de apelación se basaron, nuevamente, en la falta de evidencia sobre la eficacia del fármaco y la falta de acreditación suficiente de la discriminación, considerando que la denegación del tratamiento fue razonable. En concreto, y sobre la base de que el resto de los pacientes tratados por el fármaco se encontraban en circunstancias no asimilables a las del demandante, entendían que no existían indicios de discriminación suficientes y que estos no habían quedado debidamente acreditados por el demandante.

Estos argumentos fueron acogidos por la Sentencia n.º 1616/2021, de 13 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sobre la base de que no constaba debidamente acreditada la discriminación, puesto que el resto de los pacientes tratados con el fármaco parecían no encontrarse en una situación análoga a la del caso enjuiciado. En particular, y a pesar de que la demandante había alegado que un total 47 pacientes estaban recibiendo el tratamiento en España, el órgano judicial consideró que *«no se ha producido una comparativa, no hay información de qué tipo de pacientes se trata, ni en qué condiciones y circunstancias se han otorgado tales autorizaciones»*, lo que impedía concluir, a juicio del tribunal, que se hubiese producido *«la eventual discriminación y, por ende, la vulneración del derecho a la igualdad»*.

### 3.2.3. De la confirmación de la sentencia de primera instancia por parte del Tribunal Supremo: ¿un cambio de paradigma?

Tras la interposición del correspondiente recurso de casación por parte del paciente, el Tribunal Supremo dictó la Sentencia n.º 264/2024, de 19 de febrero. Se trata de una resolución relevante, tanto por el hecho de haber sido dictada por el Alto Tribunal como por las pautas que permite inferir para el enjuiciamiento de sucesivos procedimientos de la misma clase. En particular, el centro del debate en este caso residió en dilucidar *«si cuenta con una justificación objetiva, suficiente y razonable la denegación del acceso a la financiación pública de un fármaco, en condiciones de equidad e igualdad, sobre la base de que pesa sobre la parte recurrente la carga de acreditar las circunstancias individualizadas de otros pacientes beneficiados de la autorización del medicamento»*.

El Alto Tribunal considera que esta respuesta debe ser necesariamente negativa, fundamentándose en el principio de facilidad probatoria que recae sobre la Administración y en la proporcionalidad del esfuerzo probatorio exigible al recurrente. En el caso analizado, el demandante había aportado toda la información disponible a su alcance, resultando desproporcionado exigirle datos sobre el historial clínico y la situación individualizada de otros pacientes tratados con el mismo fármaco en el territorio nacional, información a la que no tenía acceso legítimo.

En este sentido, las conclusiones que cabe extraer de la sentencia son dos:

- En primer lugar, que pesa sobre la Administración, en atención al principio de facilidad probatoria consagrado en el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acreditar fundadamente que la diferencia de trato en la denegación de acceso al tratamiento se encuentra debidamente justificada.
- En segundo lugar, que el esfuerzo probatorio del demandante en este tipo de procedimientos debe verse atenuado, sin que le resulte exigible la acreditación de indicios *«que alcance[n] incluso a las circunstancias individualizadas de otros pacientes beneficiarios de la misma autorización excepcional en el Sistema Nacional de Salud»*. Esto, a su vez, viene imposibilitado por la propia normativa en materia de protección de datos de carácter personal.

En consecuencia, el Tribunal Supremo confirma la existencia de un trato discriminatorio en el acceso al tratamiento farmacológico, revoca la sentencia dictada en segunda instancia y estima las pretensiones formuladas por el recurrente.

### 3.2.4. Pronunciamientos posteriores a la sentencia del Tribunal Supremo

Cabe destacar que la referida sentencia del Tribunal Supremo ya ha sido acogida por los tribunales, como muestra la sentencia núm. 298/2024 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Dicha resolución, emitida en el contexto de la denegación de tratamiento de la misma enfermedad minoritaria, reitera la doctrina del Alto Tribunal y concluye que *«a lo largo del procedimiento se aportaron pruebas indiciarias suficientes para concluir que la actuación administrativa mencionada vulneró el derecho del menor hijo de la recurrente a no sufrir discriminación en referencia al derecho de igualdad en el acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud»*.

Sin embargo, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Servicio Madrileño de Salud, en la medida en que la condena de la sentencia de instancia, que ordenaba a la Administración autonómica instaurar y financiar el tratamiento del medicamento, no resultaba posible, puesto que *«esta administración carece de competencia para adoptar tal decisión»*.

En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia revoca la sentencia en lo relativo al derecho del menor a ser tratado con el fármaco, *«declarando en su lugar la obligación de la Administración demandada a tramitar el procedimiento previsto en el artículo 18 del Real Decreto 1015/2009»*, es decir, la norma por la que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales.

Esta resolución, aunque constituye un avance significativo en la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo, pone de manifiesto con especial claridad las trabas y obstáculos procedimentales a los que se ven sometidos los pacientes —particularmente aquellos que padecen enfermedades minoritarias— en su búsqueda de acceso a tratamientos farmacológicos específicos y potencialmente vitales.

Si bien el Tribunal Superior de Justicia reconoce expresamente el progreso que supone acoger la doctrina fijada por el Tribunal Supremo —estimando que efectivamente se ha producido una vulneración del derecho de igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias—, la consecuencia práctica de esta declaración no se traduce en un acceso inmediato y efectivo al tratamiento requerido, sino en la obligación de iniciar un nuevo procedimiento administrativo, con la consiguiente e inevitable dilación temporal que ello comporta.

## 4. CONCLUSIONES

Los pacientes con enfermedades minoritarias enfrentan significativas barreras en el acceso a tratamientos farmacológicos y médicos, derivadas tanto de la dispersión territorial como de la limitada evidencia científica disponible.

En España, además, las diferencias en los criterios de autorización y financiación entre Comunidades Autónomas pueden generar desigualdades territoriales. El desafío consiste en encontrar el equilibrio adecuado entre el respeto a la autonomía territorial y la garantía de un núcleo prestacional común que asegure la igualdad sustancial en el acceso a tratamientos vitales.

Como se desprende de la jurisprudencia reciente analizada *supra*, el Tribunal Supremo ha establecido criterios claros para abordar estas desigualdades y ha determinado que corresponde a la Administración justificar objetivamente cualquier negativa a dispensar un fármaco que sí se presta en otras Comunidades Autónomas, aplicando el principio de facilidad probatoria y aliviando la carga del paciente de demostrar la discriminación padecida. Todo ello en aras de un cambio doctrinal paradigmático que refuerza la protección del derecho a la igualdad en el acceso sanitario.

Por consiguiente, aunque la sentencia del Tribunal Supremo puede representar una mejora en la garantía y protección de derechos fundamentales, continúa poniendo de manifiesto los múltiples obstáculos estructurales a los que se enfrentan cotidianamente los pacientes: la complejidad excesiva de los procedimientos administrativos, las dilaciones en la tramitación, y la necesidad recurrente de acudir a la vía judicial como último recurso. Todo ello se traduce, en la práctica, en demoras que pueden resultar críticas y en una situación de incertidumbre prolongada ante necesidades clínicas de carácter urgente e inaplazable.

En particular, la judicialización de estas controversias resulta especialmente lesiva en patologías que exigen rapidez de actuación, donde el retraso diagnóstico y terapéutico constituye un factor agravante que puede comprometer irreversiblemente la evolución de la enfermedad y la propia supervivencia del paciente. Por ello, más allá de la respuesta judicial, se hace imprescindible adoptar medidas preventivas que unifiquen los criterios de acceso a tratamientos y fortalezcan la cooperación interautonómica, impidiendo que el lugar de residencia suponga un obstáculo para el acceso a fármacos potencialmente vitales. Estas medidas deberían garantizar un estándar mínimo común suficiente que asegure que ningún paciente quede privado de tratamientos esenciales por razón de su código postal, sin perjuicio de las mejoras que cada Comunidad Autónoma pueda introducir en ejercicio legítimo de sus competencias.

En efecto, es necesario emprender una simplificación y clarificación del marco normativo vigente, para garantizar el acceso efectivo, ágil y no discriminatorio a los tratamientos farmacológicos. Esta reforma resulta especialmente crítica en los casos de enfermedades minoritarias o medicamentos en situaciones especiales, donde la rapidez en la toma de decisiones puede de-

terminar el pronóstico vital del paciente y donde las dilaciones administrativas pueden tener consecuencias irreversibles.

En consecuencia, se plantean las siguientes propuestas de actuación para superar las desigualdades territoriales identificadas:

- A. Establecimiento de criterios básicos estatales que garanticen un estándar mínimo común: Sería aconsejable que, cuando resulte posible, se definan procedimientos y criterios comunes para la autorización del uso compasivo de medicamentos, sin perjuicio de las mejoras que puedan introducir las Comunidades Autónomas, para enfermedades minoritarias, garantizando que todos los pacientes tengan las mismas oportunidades terapéuticas independientemente de su lugar de residencia. Esto debe complementarse con protocolos clínicos basados en la mejor evidencia científica disponible.
- B. Consolidación de una red estatal de centros de referencia: Dado que no todas las Comunidades Autónomas disponen de estructuras especializadas para enfermedades raras, se propone fortalecer la coordinación interautonómica mediante centros de referencia que atiendan pacientes de todo el territorio, acompañados de programas ágiles de derivación y bases de datos clínicas compartidas.
- C. Aplicación correcta de la carga probatoria: En línea con la doctrina del Tribunal Supremo, la Administración debe justificar objetivamente cualquier denegación de tratamiento cuando este ha sido autorizado en casos similares, sin exigir al paciente la recopilación de datos clínicos ajenos. Es esencial capacitar a profesionales sanitarios y operadores jurídicos en la correcta aplicación del principio de facilidad probatoria.
- D. Simplificación de procedimientos administrativos: Para evitar la judicialización innecesaria de casos urgentes, se deben habilitar vías rápidas de tramitación que prioricen la urgencia clínica, complementadas con comisiones médicas con capacidad resolutoria y servicios de apoyo psicosocial dirigidos a las familias afectadas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ORPHANET: «Base de datos europea sobre enfermedades raras y medicamentos huérfanos» [en línea]. <https://www.orpha.net>
- NGUENGANG WAKAP, Stéphanie, LAMBERT, Deborah M., OLRYS, Annie, RODWELL, Charlotte, GUEYDAN, Charlotte, LANNEAU, Valérie, MURPHY, Daniel, LE CAM, Yann, & RATH, Ana: «Estimating cumulative point prevalence of rare diseases: Analysis of the Orphanet data-

base». *European Journal of Human Genetics*, 28(2), 2020, pp. 165-173 [en línea]. <https://doi.org/10.1038/s41431-019-0508-0>

FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ENFERMEDADES RARAS (FEDER): «Impacto psicosocial en el retraso diagnóstico» [en línea]. <https://www.enfermedades-raras.org>; «Enfermedades raras en cifras» [en línea]. <https://www.feder.org.es>; «Sanidad amplía el cribado neonatal en toda España: un paso clave hacia la equidad y detección precoz de enfermedades raras» [en línea]. <https://www.feder.org.es>

DEFENSOR DEL PUEBLO: «Sobre el compromiso en la defensa de los derechos de las personas afectadas por enfermedades raras» [en línea]. <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/el-defensor-del-pueblo-reitera-su-compromiso-en-la-defensa-de-los-derechos-de-las-personas-afectadas-por-enfermedades-raras/>

MINISTERIO DE SANIDAD: «Prensa y comunicación - Noticias» [en línea]. <https://www.sanidad.gob.es>

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CDESC): «Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud». *Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/2000/4* [en línea]. <https://www.acnur.org>

#### RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

##### Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 64/1982, de 4 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 64/2017, de 25 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 109/2003, de 5 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 48/1988, de 20 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 152/1988, de 20 de julio.

##### Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 264/2024. de 19 de febrero.

##### Tribunal Superior de Justicia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 298/2024, de 9 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia n.º 464/2023, de 28 de septiembre.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 1616/2021, de 13 de abril.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 949/2020, de 13 de abril.

### **Tribunal Contencioso Administrativo**

- Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo n.º 101/2020, de 28 de mayo.

### RELACIÓN DE NORMATIVA CITADA

#### Normativa internacional

- Carta de las Naciones Unidas de 1945.
- Carta Social Europea de 1961.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Tratado de Lisboa de 2009).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

#### Normativa de la Unión Europea

- Tratado de Funcionamiento de la UE.
- Reglamento (CE) n.º 883/2004 sobre coordinación de sistemas de la Seguridad Social.
- Reglamento (CE) n.º 987/2009 sobre coordinación de sistemas de la Seguridad Social.
- Directiva 2011/24/UE sobre asistencia sanitaria transfronteriza.

#### Normativa estatal

- Constitución española.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

- Real Decreto 1091/2015, de 4 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro Estatal de Enfermedades Raras.
- Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.
- Real Decreto 1015/2019, de 19 de junio, que regula el uso compasivo y excepcional de fármacos.
- Real Decreto 1015/2009 sobre disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales.
- Orden SND/454/2025, de 9 de mayo, sobre ampliación del cribado neonatal.



IX.  
LA PROBLEMÁTICA EN EL ACCESO A LA  
PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD  
PERMANENTE POR PARTE DE LOS  
PACIENTES DE ENFERMEDADES  
MINORITARIAS



## IX.

### *La problemática en el acceso a la prestación de incapacidad permanente por parte de los pacientes de enfermedades minoritarias*

MARÍA PECCI TERROBA  
DAMIÀ VENY OLIVER  
ANA ALÓS RAMOS  
BERNAT DOMEYÓ FAURÓ

**Resumen:** *La Constitución española encomienda a los poderes públicos la responsabilidad de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad. Teniendo en cuenta que no contamos con recursos ilimitados, deben establecerse criterios definidos, claros y objetivos para regular quién tiene acceso a estas prestaciones y asegurar una asignación eficiente y justa. Sin embargo, esta regulación objetiva y por baremos puede generar trabas adicionales para las personas que padecen enfermedades minoritarias, teniendo en cuenta las particularidades de sus enfermedades, lo que puede dificultar o ralentizar su acceso a las prestaciones de la Seguridad Social. En este capítulo analizamos, en concreto, los obstáculos con los que se pueden encontrar las personas que padecen enfermedades minoritarias en el proceso de solicitud de la prestación de incapacidad permanentes, y se analiza el ordenamiento jurídico y los pronunciamientos judiciales aplicables.*

## 1. INTRODUCCIÓN

A menudo las personas que padecen enfermedades minoritarias se enfrentan con obstáculos adicionales para poder acceder a prestaciones propias de nuestro estado del bienestar. Un caso paradigmático son los obstáculos con los que se encuentran los pacientes de esas enfermedades (y sus familiares, en algunos casos) para acceder a prestaciones de la Seguridad Social a las que tienen derecho conforme a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, los pacientes se pueden encontrar con barreras de acceso adicionales a los recursos y apoyos establecidos en nuestro ordenamiento porque muchas veces la normativa que regula estas prestaciones no contempla las particularidades de estas enfermedades.

En este contexto se enmarca la problemática en el acceso a la prestación de incapacidad permanente por parte de los pacientes de enfermedades minoritarias.

Como punto de partida, debe señalarse que son muchos los supuestos en que la persona que padece una enfermedad minoritaria precisa una prestación de la Seguridad Social para suplir su incapacidad de poder trabajar.

En particular, es necesario solicitar la incapacidad permanente cuando la enfermedad deja secuelas crónicas en la persona que limitan de forma relevante y estable la capacidad para trabajar, a pesar de los tratamientos y adaptaciones. También es necesario en aquellos casos en que no se puede ejercer la profesión habitual con seguridad y eficacia, como consecuencia de los síntomas de la enfermedad. Además, es pertinente ante bajas médicas prolongadas o reiteradas o una vez agotada la prestación por incapacidad temporal, con un pronóstico de difícil mejoría a corto o medio plazo. Y también se hace necesaria tramitar la prestación por incapacidad permanente si el trabajo agrava la enfermedad o supone un riesgo para la persona o para terceros, cuando se requiere apoyo personal frecuente para realizar actividades básicas o para acudir y mantenerse en el trabajo, o si los efectos secundarios de los tratamientos impiden sostener un rendimiento laboral mínimo.

En todos estos casos acceder a la prestación de incapacidad permanente puede ser imprescindible para la persona enferma. Percibir esta prestación aporta estabilidad económica ante una merma duradera de la capacidad laboral y, además, permite a la persona enfocarse en el cuidado de su salud, la rehabilitación y la autonomía, sin la presión de posibles recaídas laborales. A todo ello debe añadirse que la prestación suele abrir la puerta a otras ayudas y recursos, como adaptaciones, formación para la reconversión profesional, apoyos técnicos o servicios sociales.

A pesar de lo anterior, en la actualidad, las personas que padecen enfermedades minoritarias pueden afrontar dificultades para acceder a esta tipología de prestaciones de la Seguridad Social. Estos problemas suelen estar relacionados con el desconocimiento de sus enfermedades y de su sintomatología, lo que puede dificultar la obtención de un diagnóstico médico definitivo que certifique su incapacidad para continuar trabajando, lo que dilata en el tiempo la concesión de la prestación. Por ello, sucede a veces que personas que no pueden seguir trabajando como consecuencia de la sintomatología derivada de la enfermedad minoritaria tampoco pueden acceder con agilidad a una prestación por incapacidad permanente de la Seguridad Social. En consecuencia, tanto ellas como sus familiares pueden verse expuestos a una situación de especial vulnerabilidad económica.

En este sentido, resulta ilustrativa la exposición de motivos de la Ley 3/2024, de 30 de octubre, para mejorar la calidad de vida de personas con Esclerosis Lateral Amiotrófica y otras enfermedades o procesos de alta complejidad y curso irreversible (en adelante, la «Ley 3/2024») que indica que *«la participación insuficiente en el mercado laboral, junto con la protección social deficiente y los gastos adicionales relacionados con la discapacidad, en particular los cuidados familiares, son los principales motivos por lo que las personas con discapacidad y sus familias corren un mayor riesgo de sufrir pobreza económica»*.

En vista de lo anterior, conviene recordar que el artículo 41 de la Constitución española impone a los poderes públicos el mandato de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad y especialmente en caso de desempleo. Este mandato constitucional sirve de base para el desarrollo de todo el sistema de Seguridad Social en España, incluyendo las prestaciones por incapacidad permanente.

En efecto, las prestaciones por incapacidad permanente están diseñadas para proteger a los trabajadores que, debido a la enfermedad, ven reducida o anulada su capacidad laboral de forma duradera. Esta situación constituye una clara *«situación de necesidad»* en los términos del artículo 41, ya que la persona afectada puede perder total o parcialmente su capacidad de obtener ingresos mediante el trabajo.

Por tanto, el mandato constitucional del artículo 41 justifica y exige la existencia de prestaciones como la incapacidad permanente, ya que forman parte de las *«prestaciones sociales suficientes»* que el Estado debe garantizar para proteger a los ciudadanos ante contingencias que les impidan trabajar y, por tanto, cubrir sus necesidades básicas.

En vista de lo anterior, el hecho que las personas que padecen una enfermedad minoritaria tengan dificultades para poder acceder a las prestaciones por incapacidad permanente nos lleva a reflexionar sobre si realmente se está dando cumplimiento al mandato constitucional en relación con estas personas.

Pero es que, además, el hecho de que las personas que padecen una enfermedad minoritaria tengan dificultades para poder acceder a las prestaciones por incapacidad permanente podría incluso afectar a sus derechos fundamentales. Por ejemplo, el derecho a la igualdad (en tanto que el sistema nacional de previsión social no estaría teniendo en cuenta la situación particular de estas personas frente al resto de las personas que padecen otras enfermedades) o el derecho a la vida e integridad física en su vertiente del derecho al acceso a la salud (y, en concreto, el derecho a la protección de la salud recogido en el artículo 43 de la Constitución española y en el artículo 25 de la Declaración Universal de Naciones Unidas).

Una vez se ha hecho esta exposición introductoria, en el presente capítulo se analizarán los problemas con los que se pueden encontrar las personas que padecen enfermedades minoritarias para poder acceder a la prestación de incapacidad permanente atendiendo a la regulación de nuestro ordenamiento jurídico, para a continuación analizar la respuesta que los tribunales han dado en algunos supuestos en que esta problemática ha llegado a ser judicializada. Aunque el capítulo se centra en la prestación por incapacidad permanente, conviene subrayar que las personas afectadas por enfermedades minoritarias también encuentran obstáculos en el proceso de la incapacidad temporal (que, en la gran mayoría de supuestos, es el paso previo a la obtención de la incapacidad permanente).

## **2. MARCO JURÍDICO APLICABLE**

### **2.1. REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE**

La institución de la incapacidad permanente se regula en el artículo 193 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante, la «LGSS») y modificado por la disposición final 2 de la Ley 3/2024.

Según la referida normativa, el término de incapacidad permanente en su modalidad contributiva, en cualquiera de sus grados, hace referencia a la situación de la persona trabajadora que, después de haber estado sometida al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. Aquellos que cumplan con estos re-

quisitos tendrán derecho a percibir una prestación de la Seguridad Social que les compense económicamente por la imposibilidad de seguir trabajando.

El problema radica en que los elementos que conforman la definición actual del concepto de «incapacidad permanente contributiva» no resultan fácilmente acreditables por parte de los pacientes con enfermedades minoritarias, lo que les supone numerosas dificultades para acceder a dicha prestación, incrementando tanto los plazos como los costes del proceso.

Para empezar, debe señalarse que en muchas situaciones las personas con enfermedades minoritarias no pueden desarrollar una carrera laboral que permita su afiliación en la Seguridad Social, lo que de entrada ya les impediría ser beneficiarias de este tipo de prestaciones (aunque es cierto que nuestro sistema prestacional ofrece otras alternativas para estos casos, como la incapacidad permanente en su modalidad no contributiva).

Pero es que, además, las personas que han estado afiliadas a la Seguridad Social y han estado trabajando efectivamente durante años y han tenido que dejar de hacerlo debido a la aparición o empeoramiento de los efectos de una enfermedad minoritaria también encuentran dificultades para acceder a la prestación por incapacidad y todos los beneficios que se derivan de esta declaración (a modo de ejemplo, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2025, de 29 de abril<sup>1</sup>, la declaración de incapacidad permanente abre la vía a que el interesado solicite a la empresa que explore la posibilidad de realizar una adaptación razonable de su puesto de trabajo).

Lo anterior se debe a que, en muchos casos, es difícil para estos pacientes contar con un diagnóstico médico objetivo y definitivo que les permita acreditar la enfermedad tal y como exige la norma para poder acceder a la prestación. Debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones ni siquiera se ha dado nombre de enfermedad a su cuadro clínico, lo que dificulta enormemente cualquier tipo de diagnóstico concluyente.

## **2.2. MODIFICACIONES NORMATIVAS QUE HAN FLEXIBILIZADO LOS REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE**

La regulación legal de la prestación de incapacidad permanente ha ido evolucionando para ampliar los supuestos y flexibilizar los requisitos que le-

---

1 Ley 2/2025, por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente.

galmente dan derecho a la prestación. Algunos de estos cambios legislativos han ayudado a facilitar el acceso prestacional a los pacientes con enfermedades minoritarias.

En concreto, hacemos referencia a la adición de los párrafos segundo y tercero del actual artículo 193.1 de la LGSS, que no estaban incluidos en la redacción original de la norma (aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994) y que flexibilizan la aplicación de estos criterios, según veremos a continuación.

Por un lado, el párrafo tercero<sup>2</sup> del actual artículo 193.1 de la LGSS fue incluido en 2002 mediante la disposición adicional segunda de la Ley 35/2002, de 12 de julio, promovida por el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social del 9 de abril de 2001.

Antes de la inclusión de este párrafo tercero se entendía que para poder acceder a la prestación por incapacidad permanente era necesario que las lesiones que incapacitaran laboralmente a la persona aparecieran después de la afiliación a la Seguridad Social del interesado. Esto suponía un obstáculo para los pacientes de enfermedades minoritarias, en los que es habitual que la sintomatología de estas enfermedades se evidencie desde la infancia, por lo que las lesiones antecederán el encuadramiento en la Seguridad Social del interesado.

No obstante, con la reforma de 2002 se incluyó una excepción a la regla general de que las lesiones que pueden dar derecho a la prestación de incapacidad permanente deben ser posteriores al encuadramiento del interesado en la Seguridad Social, y se abrió el acceso a la prestación de incapacidad permanente a los pacientes de enfermedades que antedatan su encuadramiento en la Seguridad Social. En concreto, se permite el acceso a la prestación a pesar de que hubiera lesiones previas, siempre y cuando el interesado tenga acreditado un grado de discapacidad y su sintomatología se haya agravado durante su etapa laboral causándole una disminución o anulación de su capacidad laboral inicial.

---

2 Párrafo tercero del art. 193.1 de la LGSS:

*«Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación».*

En lo que respecta al colectivo de personas con enfermedades minoritarias, esto posibilita que aquellas cuya sintomatología viene desarrollándose desde la infancia puedan tener acceso a esta prestación —eso sí, siempre que se cumplan los requisitos adicionales establecidos en la propia excepción—.

Por otro lado, recientemente se ha producido otra reforma normativa que también puede ser favorable para los intereses de las personas con enfermedades minoritarias que aspiran a obtener una prestación por incapacidad.

Hacemos referencia a la inclusión del párrafo segundo del actual artículo 193.1 de la LGSS que ha sido añadido recientemente por la disposición final segunda de la Ley 3/2024 (conocida coloquialmente como la «Ley ELA»). Esta ley tiene como finalidad garantizar a los afectados por la esclerosis lateral amiotrófica un acceso equitativo a servicios especializados y agilizar trámites administrativos, adaptándose a sus necesidades particulares —sin perjuicio de que la propia norma prevé su aplicación a otras enfermedades o procesos de alta complejidad y curso irreversible que cumplan con los criterios establecidos—.

Como hemos visto, uno de los requisitos de acceso a la prestación de incapacidad permanente es haber estado sometido a un tratamiento prescrito, lo que lleva implícito el haber recibido el alta médica correspondiente. Este suele ser uno de los más difíciles de acreditar por parte de las personas con enfermedades minoritarias.

Pues bien, este nuevo párrafo segundo incluido por la Ley ELA establece una excepción a este requisito. En concreto, el nuevo párrafo segundo del art. 193.1 de la LGSS establece que *«El requisito de haber estado sometido previamente al tratamiento prescrito podrá no ser exigible en aquellos supuestos en los que, atendiendo a las características de la patología de la persona trabajadora, el estadio de la enfermedad, su previsible evolución, y la gravedad de las reducciones anatómicas y funcionales, estas queden suficientemente objetivadas y sean previsiblemente definitivas»*.

Aunque —como veremos más adelante— determinados tribunales venían flexibilizando la aplicación de este requisito, es un avance relevante que se haya incluido de manera expresa una excepción en la propia norma, ya que es el legislador quien hace un llamamiento generalizado a la flexibilización de la aplicación de los requisitos legales por parte de los órganos administrativos y judiciales.

### **2.3. RETOS EXISTENTES EN LA REGULACIÓN VIGENTE PARA SU APLICACIÓN A LAS PERSONAS CON ENFERMEDADES MINORITARIAS**

Sin perjuicio de lo anterior, las modificaciones normativas que se han señalado no resuelven la totalidad de la problemática con la que se encuentra

el colectivo de personas con enfermedades minoritarias para poder acceder a las prestaciones por incapacidad.

Uno de los obstáculos principales está en que, para poder acceder a la prestación, hay que probar que la situación de la persona se ha agravado, y para ello es necesario acreditar el grado de discapacidad. Ello puede resultar difícil teniendo en cuenta el desconocimiento que existe en relación con las enfermedades minoritarias, para las que no se dispone de baremos objetivos que permitan el reconocimiento de un grado de discapacidad específico.

En este sentido, 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 discapacidad, establece en su artículo primero la necesidad de que la evaluación del grado de discapacidad sea uniforme en todo el territorio nacional, a efectos de garantizar la igualdad de condiciones para el acceso a estos derechos. Por ello, la norma incluye una serie de anexos que recogen — en los términos literales del artículo 2.2— *«los criterios técnicos unificados, fijados mediante baremos»* que establecen el grado de discapacidad que corresponde, para ciertas enfermedades, a un cuadro sintomático determinado.

En la práctica, esta definición de baremos implica que el proceso hacia el reconocimiento de una discapacidad sea mucho más rápido para los pacientes de aquellas enfermedades recogidas expresamente en ellos. A su vez, las enfermedades que se recogen en estos anexos son aquellas con mayor prevalencia. Por su propia definición, quedarían fuera las enfermedades minoritarias. Así, los procedimientos de reconocimiento de discapacidad iniciados sobre la base de enfermedades no incluidas en estos anexos acaban siendo procedimientos ad hoc, con una carga probatoria adicional para el interesado, y esta cuestión es crítica, ya que tiene impacto en muchas de las cuestiones aquí analizadas.

Debe señalarse que la inclusión de los anexos y el establecimiento de baremos es una solución eficiente para objetivar el procedimiento del reconocimiento de cualquier discapacidad, protegiendo el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos españoles. Además, en la gran mayoría de casos, los procedimientos de reconocimiento de discapacidad versarán sobre las enfermedades recogidas en estos anexos, lo cual lleva a un uso más eficiente de los recursos públicos.

Sin embargo, esta solución —el establecimiento de baremos— en ocasiones no sirve para los pacientes de enfermedades minoritarias que solicitan una prestación por incapacidad permanente. El desconocimiento existente de estas enfermedades implica que sea más difícil —y costoso— obtener diagnósticos médicos definitivos que puedan ser utilizados por las personas con enfermedades

minoritarias para poder acceder a las prestaciones por incapacidad permanente y, por consiguiente, que no sea posible establecer un baremo objetivo para poder determinar el grado de discapacidad correspondiente. Además, la labor de revisión y actualización de los baremos, con el fin de atender adecuadamente este tipo de enfermedades, exige un conocimiento médico altamente especializado —que en muchos casos no se encuentra centralizado en un único profesional o equipo— y conlleva costes significativos, lo que compromete el resultado.

Por ello, surgen las iniciativas privadas, de modo que son las propias asociaciones de pacientes de enfermedades raras (en especial, ocupa un papel preferente la Federación Española de Enfermedades Raras) las que tratan de salvar este obstáculo creando documentos y guías para la valoración de la discapacidad en estas enfermedades, exponiendo los síntomas asociados a cada una de ellas y objetivándolos en la medida de lo posible. Por ejemplo, la Ley 3/2024, promovida por la Asociación Española de Esclerosis Lateral Amiotrófica (adELA) que mencionábamos anteriormente ha flexibilizado el concepto de dificultad respiratoria en la referencia a 450 del baremo de movilidad.

En conclusión, para los pacientes con enfermedades minoritarias la identificación de una patología concreta que tenga encaje en el sistema de valoración actual es más compleja. El proceso debería centrar su atención en la existencia de un diagnóstico, o conjunto de ellos, que evidencie la imposibilidad de trabajar, pues este es el aspecto que verdaderamente reviste relevancia. La labor de las iniciativas privadas presenta, en este contexto, una doble vertiente: por un lado, visibilizar estas enfermedades en los procesos de valoración de la incapacidad permanente, la incapacidad temporal y la certificación de discapacidad; y, por otro lado, poner de manifiesto su carácter incapacitante, incluso cuando el diagnóstico no sea concluyente.

### **3. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

#### **3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES**

Como hemos visto, la regulación de la incapacidad permanente establece un conjunto de requisitos cuyo cumplimiento no siempre es fácil de acreditar para quienes, como consecuencia de una enfermedad minoritaria, se ven imposibilitados para seguir trabajando. Para ello resulta capital ver cuál es la interpretación y aplicación de la norma que realizan los Tribunales.

Como punto de partida debe recordarse sucintamente cómo se solicita la prestación por incapacidad permanente, procedimiento regulado en el Real

Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y en la Orden de 18 de enero de 1996, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social. La iniciación del procedimiento puede efectuarse de oficio por las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, el «INSS»), a solicitud de las entidades colaboradoras de la Seguridad Social o a solicitud del interesado. Estas solicitudes deberán contener, además de los requisitos generales del art. 66 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (por ejemplo, nombre y apellidos, lugar y fecha, firma), la identificación de la fecha de cese en el trabajo y su causa, los datos relativos a la profesión habitual del trabajador, su categoría profesional y función, y la descripción del trabajo concreto.

La fase de instrucción del procedimiento es efectuada por las Direcciones Provinciales del INSS, que estarán facultadas para realizar las actuaciones que resulten necesarias. En particular, se requerirá (i) la aportación del historial clínico remitido por el Servicio Público de Salud, previo consentimiento del interesado o, en su defecto, informe de la inspección médica de dicho servicio, (ii) la formulación de un dictamen-propuesta por el equipo de valoración de incapacidades, así como un informe médico consolidado en forma de síntesis, y (iii) la cumplimentación del informe de cotización, elaborado por la entidad gestora. El dictamen-propuesta es el documento más relevante en esta fase al examinar el informe médico de síntesis y el de antecedentes profesionales. El informe, que es preceptivo pero no vinculante, se eleva al director provincial del INSS para que decida sobre el fondo del asunto.

Una vez se ha instruido el procedimiento, se inicia el trámite de audiencia para que el interesado pueda formular las alegaciones y presentar los documentos que estime conveniente en un plazo de diez días. Finalizado este trámite, los directores provinciales del INSS deberán dictar resolución expresa, que declarará el grado de incapacidad, la cuantía de la prestación económica y el plazo a partir del cual se podrá solicitar la revisión por agravación o mejoría. Si no se dicta la resolución en un plazo de 135 días, se entenderá denegada por silencio administrativo.

En caso de que el peticionario no esté de acuerdo con la decisión adoptada por el órgano administrativo, el interesado podrá presentar una reclamación administrativa previa a la vía judicial en materia de prestaciones de la Seguridad Social (arts. 71 y ss. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) ante la propia Dirección Provincial del INSS. En caso de

que el resultado de la reclamación no satisfaga los intereses del peticionario, este puede acudir a los tribunales mediante una demanda judicial en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

Pues bien, si atendemos a las resoluciones que han dictado los órganos administrativos y los tribunales en estos procedimientos, detectamos que existe cierta disparidad de criterios a la hora de valorar estas solicitudes. En efecto, sin negar la evidente dificultad con la que se encuentran los órganos administrativos y tribunales a la hora de resolver las peticiones para acceder a una prestación por incapacidad permanente, lo cierto es que no hay un criterio homogéneo en el tratamiento de esta materia.

Algunos tribunales realizan una interpretación estricta de la normativa y únicamente acaban reconociendo la prestación por incapacidad permanente a aquellas personas que son capaces de acreditar que cumplen escrupulosamente con todos y cada uno de los requisitos según la norma. Por el contrario, otros tribunales realizan una interpretación más flexible y aligeran los requisitos exigidos atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto y a las dificultades con las que se encuentran las personas que padecen estas enfermedades.

### 3.2. EL CRITERIO HUMANIZADOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Al analizar los pronunciamientos judiciales debe empezarse por señalar que la resolución de esta tipología de supuestos resulta muy casuística y depende de las circunstancias del caso. Buena prueba de ello es que el Tribunal Supremo ha inadmitido varios recursos de casación en materia de incapacidad permanente y enfermedades minoritarias, y ha argumentado en un auto de fecha 27 de junio de 2019 que *«las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general»*.

Sin perjuicio de lo anterior, en algunas ocasiones el Tribunal Supremo sí que ha sentado algunas bases generales para resolver las solicitudes de prestaciones de incapacidad permanente. En concreto, existe una línea jurisprudencia del Tribunal Supremo que abogaba por aligerar los requisitos del artículo 193 de la LGSS. En efecto, a finales de la década de los noventa, en el contexto de procedimientos de casación relativos al acceso a determinadas prestaciones de la Seguridad Social (de incapacidad permanente, pero también

de pensión de viudedad u orfandad, por ejemplo), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo empezó aplicar un «*criterio humanizador*»<sup>3</sup> a la hora de valorar el requisito de alta en el régimen de la Seguridad Social.

Recuérdese que, para poder acceder a las prestaciones por incapacidad permanente contributiva, las personas deben estar afiliadas y en alta como trabajadores en la Seguridad Social. Pues bien, a grandes rasgos, la Sala de lo Social vino a atenuar la exigencia del requisito de alta como trabajador, en relación especialmente con esta prestación por incapacidad permanente, con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección (así lo indica expresamente en su sentencia de 26 de enero de 1998 [Rec. 2460/1997]). En concreto, el Tribunal establece que deben ponderarse las circunstancias del caso concreto, atendiéndose al *animus laborandi* del interesado, sin que deba exigirse el requisito de una inscripción continuada como demandante de empleo en aquellos supuestos en los que no pueda considerarse que exista esta falta de voluntad de trabajar por la existencia de una grave enfermedad.

Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no solo viene a dar cabida a aquellas enfermedades tan graves que implican que el paciente no pueda mantener una trayectoria laboral continuada, sino que, a través de la figura del *animus laborandi*, busca amparar en este paraguas a aquellas situaciones respecto de las cuales no puede decirse que la situación de desempleo sea voluntaria, sino que el alejamiento del sistema obedece a especiales circunstancias (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001 [Rec. 4384/2000]). Por ejemplo, nuestro Alto Tribunal ha empleado este criterio para amparar a personas respecto de las cuales es evidente que no pueden prestar servicios, o que tienen dolencias deteriorantes de la voluntad o afecciones psíquicas tan serias que hacen imposible el cumplimiento por su parte de la inscripción como demandante de empleo<sup>4</sup>.

Aunque es cierto que el Tribunal Supremo no ha desarrollado este criterio con el objetivo único de mejorar la posición de los pacientes de enfermedades minoritarias, la existencia de esta jurisprudencia supone un allanamiento del camino de estos pacientes hacia la prestación de incapacidad permanente. La cuestión radica ahora en que los tribunales de instancias inferiores sigan esta línea interpretativa, lo cual no siempre es evidente.

---

3 Entre otras, sentencia de 27 de mayo de 1998 [Rec. 2460/1997]; sentencia de 16 de diciembre de 1999 [Rec. 1789/1999]; sentencia de 8 de marzo de 2017 [Rec. 2686/2015]; y sentencia de 20 de abril de 2021 [Rec. 4668/2018].

4 Entre otras, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de fecha 29 de octubre de 2014 [Rec. 407/2014]; o del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 29 de septiembre de 2016 [Rec. 958/2016].

### 3.3. DISPARIDAD DE CRITERIOS EN LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Sin perjuicio de lo anterior, sigue existiendo cierta disparidad de criterios por parte de los órganos administrativos y judiciales que se encargan de resolver las solicitudes por prestaciones de incapacidad permanente.

En efecto, según hemos podido observar, ante los órganos administrativos encargados de conceder las prestaciones por incapacidad permanente, las personas que solicitan estas prestaciones siguen luchando por flexibilizar la interpretación del criterio temporal establecido en el artículo 165 de la LGSS (esto es, el periodo mínimo de cotización exigible).

En muchos casos, las personas que solicitan estas prestaciones discuten la interpretación de los órganos administrativos respecto de las interrupciones en la inscripción como demandante de empleo. Sin embargo, no existe criterio uniforme en primera instancia respecto al lapso temporal admisible, lo que les impide tomar pronunciamientos previos como referencia.

Por ejemplo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid<sup>5</sup> entiende que una interrupción de seis meses en la inscripción como demandante de empleo no impide que se pueda asimilar la situación de la recurrente a la de alta (justificándolo en que esa época coincidió con un empeoramiento en la situación de la actora, que justificaría que hubiera descuidado sus obligaciones de darse de alta). En cambio, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Coruña<sup>6</sup> entiende que una interrupción de dos meses en la inscripción como demandante de empleo impide que se pueda asimilar la situación del recurrente a la de alta. Aunque es cierto que el Tribunal Supremo posteriormente casó este pronunciamiento en concreto, no podemos obviar que la gran mayoría de supuestos tratados en sede judicial adquieren firmeza en sede de suplicación.

En vista de lo anterior, resulta interesante traer a colación la sentencia 1155/2024 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2024 [Rec. 4005/2021], para tratar de comprender en qué casos debe aplicarse el criterio humanizador a criterio de nuestro Alto Tribunal. En este caso, la Dirección Provincial del INSS deniega la incapacidad permanente total a una trabajadora porque no reúne el requisito de hallarse en alta como trabajadora

---

5 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 3 de abril de 2025 [Rec. 905/2024].

6 Sentencia de 4 de mayo de 2015, en recurso de suplicación n.º 2.643/2013, casada por la sentencia 197/2017 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2017 [Rec. 2.686/2015].

en la fecha del hecho causante. La trabajadora estuvo afiliada y cotizando entre enero de 1995 y mayo de 2010, fecha en la que causa baja y deja de cotizar. Se inscribe como demandante de empleo el 18 de marzo de 2015 y solicita la prestación en mayo del mismo año. En este pronunciamiento, la Sala de lo Social justifica la no aplicación del criterio «humanizador» al entender *«con total nitidez la clara voluntad [de la recurrente] de apartarse voluntariamente del mundo laboral»*.

Así, el Alto Tribunal establece que deben analizarse las circunstancias de los casos para determinar si el padecimiento de la enfermedad es lo que justifica el apartamiento del mercado de trabajo, sin que deba estarse al periodo de tiempo durante el cual se interrumpió la afiliación, sino a la voluntad de incorporación al trabajo. De este modo, se listan varias sentencias en las que el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre la aplicación del criterio «humanizador» a la hora de valorar la situación de asimilación al alta, indicando los periodos de tiempo durante los cuales el solicitante no estuvo afiliado. La conclusión es que no parece haber ninguna relación entre la duración del periodo de tiempo inmediatamente anterior a la afiliación y la conclusión de la Sala Cuarta. En particular, la Sala Cuarta explica que la interpretación humanizadora del requisito relativo a la situación asimilada al alta no puede llevar a la anulación de un requisito legal.

Por otro lado, también es interesante ver el tratamiento que los tribunales han realizado respecto del diagnóstico médico definitivo que se exige para poder acceder a la prestación por incapacidad definitiva.

Como anteriormente hemos visto, el artículo 193 de la LGSS exige —salvo para los casos que encajen con la excepción recientemente incluida en la norma— que el interesado que quiera acceder a la prestación por incapacidad permanente cuente con un diagnóstico médico definitivo que concrete una patología y sea concluyente (esto es, que se deje constancia de la consolidación de las lesiones del interesado). Este diagnóstico certero, como también hemos visto, es muy difícil de obtener para muchos pacientes de enfermedades minoritarias.

Ante esta situación importa señalar que, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en este contexto, ha promovido el criterio de la irreversibilidad (entre otras, Sentencia 491/2021 [Rec. 120/2021]). Así, este tribunal determina que, para dar por cumplido este requisito, es suficiente con que el interesado cuente con una previsión seria de irreversibilidad. El tribunal entiende que la medicina no es una ciencia exacta y que todo diagnóstico médico se emite en términos de probabilidad, por lo que la norma no puede exigir un pronunciamiento definitivo y concluyente. De hecho, en la sentencia

citada se pone de manifiesto la incoherencia que supone que se exija un diagnóstico definitivo cuando la propia LGSS prevé la posibilidad de que se revisen las declaraciones de invalidez permanente en casos de mejoría del paciente —cuestión que podrá ser salvada tras la inclusión de nuevo párrafo segundo en el artículo 193.1 de la LGSS—. De hecho, esta posibilidad de revisión debería incentivar la declaración de incapacidad permanente para pacientes con enfermedades minoritarias: la decisión administrativa o judicial no es irreversible, porque, si el cuadro médico del interesado mejora, se abre la vía a revisar la prestación concedida. De hecho, el INSS en la resolución que reconoce la prestación ha de advertir la fecha a partir de la cual se puede instar la revisión de oficio por agravación o mejoría. En coherencia con lo anterior, se prevé la posible suspensión de la relación laboral durante un periodo de dos años cuando esa revisión será previsible.

Para los pacientes con enfermedades minoritarias, este criterio puede resultar una solución, por cuanto abre la puerta a que pueda reconocerse el derecho a la prestación de incapacidad permanente a interesados cuya sintomatología no se corresponde con ninguna enfermedad determinada, siempre y cuando se cuente con una previsión médica de que los efectos de la enfermedad serán irreversibles, sin que sea necesario exigir un diagnóstico médico definitivo.

#### 4. CONCLUSIONES

El principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la Constitución es una piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico, llegando a establecerse como uno de sus valores superiores, especialmente en el ámbito de las libertades y derechos públicos<sup>7</sup>. En su artículo 9.2, la Constitución impone un mandato a los poderes públicos para eliminar aquellos obstáculos que impidan la igualdad material entre todos los ciudadanos. En sede de la Seguridad Social, este mandato se concreta en el artículo 41 de la Constitución, por el que se impone a los poderes públicos el mantenimiento de un sistema prestacional para todos los ciudadanos.

Uno de los mecanismos que utilizan nuestros poderes públicos para garantizar la igualdad en el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social es el es-

---

7 Servicios de Estudios del Parlamento Europeo, Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, PE 659.297: *Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado. España*, 2020. Recuperado de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659297/EPRS\\_STU\(2020\)659297\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659297/EPRS_STU(2020)659297_ES.pdf)

tablecimiento de procedimientos reglados y requisitos rígidos y objetivos, cuya interpretación no deje lugar a dudas y ante los cuales seamos todos iguales. Este funcionamiento resulta ciertamente razonable, dado que los recursos públicos son limitados y debe garantizarse que quienes acceden a estas prestaciones se encuentran en situaciones de necesidad objetivas que justifiquen esta asignación de recursos.

Sin embargo, el problema reside cuando hay colectivos que, por cuestiones inherentes a ellos mismos y totalmente ajenas a su voluntad, no encajan con los requisitos y procedimientos establecidos para la mayoría de los ciudadanos. En esos supuestos los propios los mecanismos objetivos establecidos para garantizar la igualdad pueden acabar excluyendo a colectivos concretos.

Esto es lo que sucede en el caso de las personas que padecen enfermedades minoritarias cuando los efectos de la enfermedad les impiden trabajar y deben acceder a las prestaciones de la Seguridad Social. En esos supuestos, los procedimientos y requisitos establecidos pueden acabar suponiendo una barrera para que estas personas puedan acceder a las prestaciones de la Seguridad Social. En particular, ello sucederá especialmente si se les exige que acrediten su enfermedad mediante informes médicos con diagnósticos definitivos que muchas veces no son posibles de obtener atendiendo al desconocimiento existente sobre la enfermedad en cuestión.

En efecto, la problemática de las personas con enfermedades minoritarias se debe al propio hecho de que son enfermedades con poca relevancia estadística, por lo que no sirven los criterios establecidos pensando en la mayoría. Además, estas enfermedades son tan casuísticas y los síntomas son tan individualizados, que es poco probable que se den paralelismos entre dos supuestos de hecho, por lo que es muy difícil que los tribunales consoliden un criterio interpretativo homogéneo, dado que no hay suficientes casos similares que permitan sentar una doctrina.

Por ello, hay que destacar los pronunciamientos judiciales que abogan por flexibilizar estos criterios y procedimientos para humanizar la interpretación normativa y evitar supuestos no justificados de desprotección. Al final, en palabras de nuestro Alto Tribunal<sup>8</sup>, *«el acto declarativo de la IP es un acto complejo, en el que es distinguible un aspecto de valoración médica y otro de valoración jurídica y solo por la conjunción de ambos puede surgir el fenómeno, propiamente jurídico-social, del reconocimiento de la IP»*.

---

8 Sentencia de 6 de noviembre de 2008 [Rec. 4255/2007].







[www.fundacionprofesoruria.org](http://www.fundacionprofesoruria.org)

