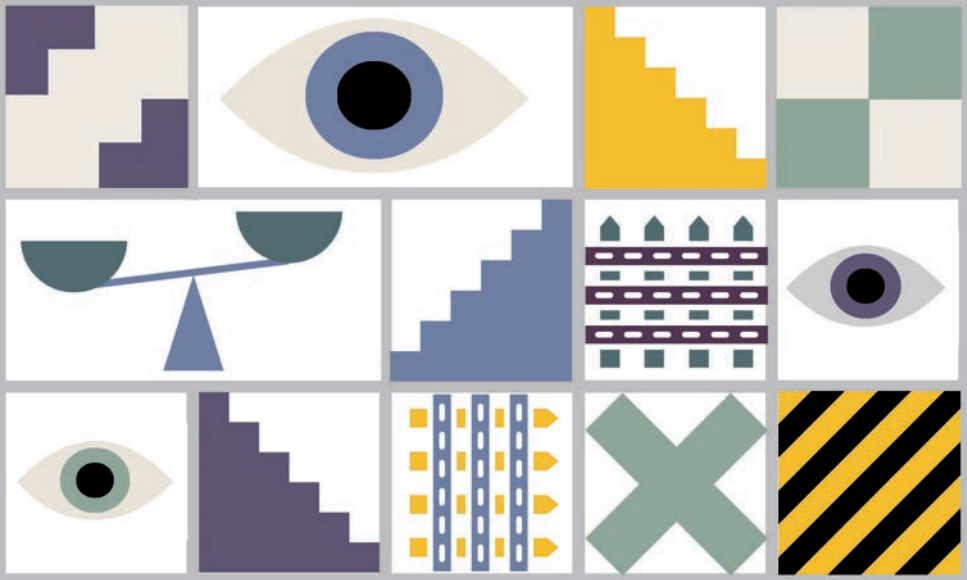


Miradas para una justicia sin barreras

Homenaje a Ángeles de la Blanca García

Edición coordinada por:
María José Segarra Crespo
Avelina Alía Robles
David Mayor Fernández

Ministerio Fiscal

Miradas para una justicia sin barreras

Homenaje a Ángeles de la Blanca García

Ministerio Fiscal

Personas con Discapacidad y Mayores

Edición coordinada por:

María José Segarra Crespo
Avelina Alía Robles
David Mayor Fernández

Depósito Legal: M-33597-2023
NIPO: 056230081

Maquetación e impresión:
Servicios Gráficos Kenaf, s.l.

Índice

1. Prólogo 5
María José Segarra Crespo

2. El drama de los enfermos mentales en prisión 11
Cristóbal Fco. Fábrega Ruiz

3. El reto de la reforma o supresión de los ingresos por razón de trastorno psíquico en los términos del art. 763 de la Ley de enjuiciamiento civil 31
Gonzalo A. López Ebri

4. Dilemas éticos del cuidador 51
Fernando Santos Urbaneja

5. Consumidores vulnerables y personas con discapacidad: análisis multinivel de la eficacia horizontal de una nueva generación de derechos 65
David Mayor Fernández

6. Avances y retos pendientes en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad 97
Avelina Alía Robles

7. Una experiencia de accesibilidad, las adaptaciones en la carrera fiscal. 117
Héctor Melero Martí

8. Hacia un abordaje integral de los sesgos y las cuestiones psicosociales en los procesos judiciales de provisión de apoyos. 131
María Pilar Marco Francia

9. Breve análisis de la participación en el proceso penal de las personas con discapacidad intelectual 153
María Teresa Montero Ruiz

10. La provisión de apoyos en las personas mayores y su ejecución por parte de las personas jurídicas. 169
María Pilar Sánchez Conde

11.La regulación de la accesibilidad cognitiva en España. 191
Inés de Araoz Sánchez-Dopico

12.Garantía y efectividad de los derechos de las personas con discapacidad: la accesibilidad universal. Políticas públicas en la UE 207
Lourdes Márquez de la Calleja y Beatriz Rabadán López

13.La salud mental. Aspectos jurídicos y sociales 223
Isidoro Cubero Linares

14.Acceso a la carrera fiscal, concursos de traslados y adaptación del puesto de trabajo 247
Olalla Vázquez Moraga

María José Segarra Crespo
Fiscal de Sala de la Unidad Coordinadora para la protección de personas con discapacidad y/o mayores

Prólogo

Esta publicación que tienes entre manos responde a la visión multidisciplinar que emerge ante la defensa del derecho a la igualdad y, aunque sin exhaustividad, pretende ofrecer cierto balance sobre la permanencia de barreras que siguen afrontando las personas con discapacidad para disfrutar de una vida plena.

Obedece también a la inspiración de una mujer, fiscal, para la que no existieron barreras físicas ni mentales, pese a la silla de ruedas que siempre le acompañó. Aun siendo la accesibilidad física (constructiva o urbanística) el requerimiento más reglamentado y más fácilmente exigible, la vida académica de Ángeles de la Blanca García, transcurrida en edificios históricos, estuvo plagada de graves obstáculos. Fue su perseverancia reivindicativa la que consiguió instalar rampas, puertas y elevadores que sirvieron, más que para ella, para quienes le siguieron en los estudios de Derecho en Toledo. Su continuada experiencia personal le hizo especialista en la accesibilidad como herramienta del ejercicio igualitario de derechos.

Su aportación al colectivo de fiscales de la especialidad civil en materia de accesibilidad dio profundidad al discurso, hasta entonces volcado en la graduación de la discapacidad y en la individualización de la provisión de apoyos judiciales: el traje a medida. Podríamos decir que Ángeles construyó la rampa para que entendiéramos la trascendencia de la accesibilidad como garantía de la igualdad en derechos.

Como indicó el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2018, la Convención de derechos de las personas con discapacidad (CDPD arts. 12 y 13) introdujo innovaciones que ampliaron la noción clásica de acceso a la justicia, como el derecho a un juicio imparcial y al recurso. El acceso de las personas con discapacidad a la justicia entraña no solo la eliminación de barreras a fin de asegurar el acceso a los procedimientos judiciales en igualdad de condiciones con las demás personas, sino también la promoción de la intervención y participación activa, equitativa y efectiva en todas las etapas y funciones de la administración de justicia.

La accesibilidad como garantía de la igualdad y dignidad de las personas con discapacidad en todos los entornos recibe un fuerte impulso de la mano 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*, pero no solo porque contemple unos preceptos específicos sobre las adaptaciones procesales que pueden necesitar determinadas personas, sino

porque el principio unívoco de autonomía y respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona exige, de forma ineludible, el desarrollo del derecho a entender y ser entendido. Como indica el preámbulo, la titularidad del derecho a tomar decisiones es una cuestión de derechos humanos. Han sido barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas las que han cercenado los derechos de la persona con discapacidad y la posibilidad de su ejercicio. Por consiguiente, la reforma de la ley debe ir unida a necesarios cambios del entorno y de la mentalidad social, aun cuando de forma especial afecte a los profesionales del Derecho.

Siendo cierta esa necesidad de cambio sin la cual la reforma no alcanzará las cotas de respeto a los derechos de las personas con discapacidad a las que aspira, también lo es que ni el articulado, ni las disposiciones adicionales de la ley recogen compromiso alguno en relación con las políticas públicas a emprender. Pese a ello, existe una energía innata en las nuevas instituciones y los principios sobre los que se asientan las disposiciones de la Ley 8/2021.

Se trata de la fórmula *accesibilidad + medidas de apoyo = autonomía de la persona con discapacidad* que, apoyada en los principios de prioridad de las medidas voluntarias —o de una guarda de hecho suficiente y eficaz— y en el de la subsidiariedad de los apoyos judiciales (arts. 249, 255 y 269 CC), provocará un claro efecto desjudicializador de la vida de las personas con discapacidad.

Por su parte, la ruptura de la conexión intensidad de la discapacidad/intensidad de las medidas sobre la capacidad de la regulación precedente, da paso al nuevo principio rector que ajusta las medidas de apoyo a la capacidad jurídica de la persona a su concreta necesidad (arts. 268 y 249 CC), lo que abundará en esa desjudicialización.

De forma tímida en las estadísticas judiciales del año 2022 se aprecia un descenso del 3,89% del volumen de procedimientos incoados en el año para la provisión de apoyos a la capacidad jurídica en vía judicial. Es de esperar que, conforme se vayan resolviendo barreras y dificultades en la adaptación social e institucional de la reforma, se incremente la disposición de medidas voluntarias de apoyo ante notario, de la mano del progresivo reconocimiento de espacios de decisión y autonomía de las personas con discapacidad, y gane eficacia progresiva la guarda de hecho.

El artículo 7 *bis*, común en su numeración en la LJV y en la LEC, y replicado de manera semejante en la Ley del Notariado, construye los requerimientos de la accesibilidad en la administración de justicia sobre dos pilares: ajustes procedimentales y capacitación de sus operadores, ambos claves del desarrollo de la mayor autonomía de las personas con discapacidad. Disponen las adaptaciones y ajustes necesarios (advertimos que no se refiere sólo a los ajustes razonables exigidos por la CDPD) para garantizar la participación de las personas con dis-

capacidad en condiciones de igualdad en cualquier procedimiento judicial, en todas sus fases y en todas las actuaciones procesales en las que resulte necesario. Estas pueden consistir en el recurso a cualesquiera fórmulas de interpretación, al uso de lenguaje claro, sencillo y accesible por los operadores judiciales, incluyendo sistemas de lectura fácil. Finalmente, conceden un importante papel a la persona que presta los apoyos al ejercicio de los derechos —en este caso procesales— de la persona con discapacidad como interlocutor del procedimiento, y concede un austero reconocimiento legal de la figura del facilitador. El balance sobre el desarrollo real de estas previsiones legales es abordado por varias colaboraciones de esta publicación, que van desde la jurisdicción penal a la civil.

Estas disposiciones, aunque aparentan estar constreñidas a los procesos judiciales y notariales, tienen una notable vocación de aplicación a la comunicación general con los ciudadanos que se ha visto apoyada estratégicamente por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación. La accesibilidad cognitiva, hasta ahora ausente a la hora de desarrollar e instaurar actuaciones relacionadas con la accesibilidad universal, ha sido incorporada en su art. 5 f) y engrosa el mandato de accesibilidad en la administración de justicia contenido en el art. 7 *bis* LEC[1]. El análisis y el estado de implementación de esta normativa es objeto de uno de los apartados de esta publicación.

Sin olvidar que, en la concepción de la CDPD, el derecho a la accesibilidad universal en la administración de justicia lo es también a la participación en esta, en todas las etapas y funciones. Encontrará el lector en este texto plural el relato de las medidas desarrolladas por los organismos centrales del Ministerio Fiscal destinadas a favorecer el acceso a la carrera fiscal y al desarrollo de una promoción profesional adaptada y satisfactoria, además de la interesante experiencia de un joven fiscal invidente.

Estos cambios normativos no se agotan en el desarrollo de las políticas públicas, cuyo protagonismo se analiza desde un cualificado actor: Fundación ONCE. Toda la sociedad tiene que asumir su cuota de responsabilidad para caminar hacia espacios inclusivos que garanticen la igualdad.

---

[1] La Ley 6/2022 concreta la obligación de realizar un estudio diagnóstico de la situación de la accesibilidad cognitiva en cada uno de los ámbitos afectados por la norma en el plazo máximo de dos años (DA1.ª); y realizar el desarrollo normativo específico de sus condiciones básicas en el plazo de tres años (DA2.ª y art. 29 *bis*). Ambas previsiones se encuentran en línea con el Objetivo 16 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: la promoción del estado de derecho y la garantía de un acceso equitativo a la justicia para todos.

Retomando la fórmula, junto con la accesibilidad precisábamos sumar las medidas de apoyo a la capacidad jurídica (contempladas desde las nuevas claves legales) para lograr mayores cotas de autonomía de la persona con discapacidad. En la enorme singularidad y variabilidad de la vida de cada persona, se ha salpicado esta obra colectiva de interesantes reflexiones sobre los dilemas éticos del cuidador, llamado a ser el agotado artífice del cambio de mentalidad; el papel de las personas jurídicas prestadoras de medidas de apoyo; y los específicos retos de la salud mental, tangencialmente afectada por los principios de la Ley 8/2021, al verse apartada del acuerdo del legislador la necesaria reforma del art. 763 LEC encomendada por el Tribunal Constitucional.

Debo agradecer la colaboración desinteresada en este libro-homenaje de todos los autores. Todos ellos son cómplices del trabajo de los fiscales que conforman las secciones especializadas en atender a las personas con discapacidad y/o mayores y en su mayor parte pudieron conocer y disfrutar de la energía vital de Ángeles.

Para el público en general son muy desconocidas algunas funciones del Ministerio Fiscal que, como esta, se desarrollan en gran parte fuera de las leyes procesales. Son funciones guiadas por el objetivo de lograr la efectividad de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad por su condición de edad (mayores o menores), por su discapacidad, por ser víctimas de delitos, por hallarse privadas de libertad en centros penitenciarios, en centros de internamiento de extranjeros, psiquiátricos, residenciales, sociosanitarios…

Escasos instrumentos reglados y conceptos jurídicos indeterminados son el único equipo con que cuentan los fiscales en esta importante misión, directamente enlazada con la constitucionalmente encomendada al Ministerio Fiscal (art. 124 CE) de defensa del interés público tutelado por la ley. Son las previsiones de «vigilancia» del Ministerio Fiscal (art. 209 CC, en el caso de la tutela de menores), «garantía del buen funcionamiento» (en materia de curatela, art. 270 CC), la obligación de «velar» por la salvaguarda de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 749 LEC) y por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 3 EOMF); o la «defensa del interés público o social» (art. 3 EOMF). Puede decirse que en el ámbito civil el legislador ha considerado que el fiscal debe ir más allá de su hábitat ordinario.

Estas actividades, documentadas en unas diligencias preprocesales por medio de decretos fundamentados (art. 9 del Reglamento del Ministerio Fiscal aprobado por RD 305/2022; de 3 de mayo), no desembocan necesariamente en una concreta iniciativa procesal, pudiéndose agotar en sí mismos si en su devenir no se constata una vulneración de derechos, o se resuelven las situaciones discriminatorias que fundamentaron su apertura en el transcurso de su tramitación; muchas veces como consecuencia de la propia autoridad del dictamen, que resulta asumido por la autoridad o entidad competente.

Difícil sería enumerar todo tipo de actuaciones que se documentan en estas diligencias. La experiencia de las secciones de fiscales especializados en protección de menores, junto con las de mayores y/o personas con discapacidad, aportan interesantes ejemplos de intervención en materia de supervisión de la actuación de las administraciones públicas en ámbitos como la inspección de centros (psiquiátricos, residenciales de tercera edad o de protección de menores), el control con relación al procedimiento de determinación de la edad de los menores no acompañados o la vigilancia de la tutela de menores de edad.

A su vez, en el ejercicio de estas funciones se exploran otros campos conforme la ciudadanía reclama a las fiscalías otras esferas de intervención. En esas actuaciones indeterminadas se asume por los fiscales la defensa de los derechos de las personas con discapacidad y/o mayores y el impulso, difusión, protocolización y eficacia de las políticas públicas, velando por las respuestas más eficaces. No están ajenas a estas funciones más difusas aquellas actuaciones que emprenden las fiscalías en defensa de consumidores vulnerables o mayores, con importantes éxitos en su haber, que también tienen un espacio en esta miscelánea obra.

Su trasversalidad en todos los órdenes jurisdiccionales ha dado lugar a actuaciones fiscales en defensa de medidas que garanticen la igualdad de oportunidades en los ámbitos laboral y educativo. Supuestos de denegación de apoyos para el ejercicio de una profesión, dificultades en el acceso a una especialidad profesional o ausencia de reconocimiento a la titulación de secundaria de alumnos con adaptaciones curriculares han sido objeto de dictámenes e intervenciones de fiscales encargados de lo social o contencioso-administrativo por entender afectado el ejercicio de derechos fundamentales en los déficits de accesibilidad. La igualdad de oportunidades es una mera declaración programática sin medidas concretas que las garanticen.

En esa medida, el Ministerio Fiscal asume como propias las líneas de actuación que pretenden hacer efectiva la igualdad y dignidad.

La superestructura de coordinación creada por la reforma del EOMF de 2007 ha sido objeto de desarrollo con la creación de distintas Unidades Coordinadoras. Todas ellas obedecen a ámbitos de actuación del Ministerio Fiscal en los que se consideró prioritario enfocar esfuerzos, coordinación de todo el territorio y análisis de la información. Sus informes volcados en la Memoria anual de FGE, con sus reflexiones sobre posibles mejoras legislativas o lagunas jurídicas, son puestas a disposición de la sociedad y permiten enriquecer, impulsar y/o confeccionar las políticas públicas.

Un ejemplo de esta cooperación alineada con las políticas públicas ha sido el desarrollado en la Instrucción FGE 1/2022, de 19 de enero, *en torno al uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad*. En esta, la fiscalía impulsa una actuación proactiva frente

a procedimientos automatizados o establecidos por comodidad que obstaculizan la movilidad, la libre disposición del propio cuerpo y atentan la dignidad de las personas mayores. La publicación en el mes de julio del mismo año del Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, prevé planes de transición hacia un modelo de atención de calidad sin sujeciones ni contenciones, que debe estar culminado el 31 de diciembre de 2029. En las recientes jornadas de fiscales especialistas, estos objetivos del Acuerdo han sido asumidos como metas de cuyo alcance, efectividad y desarrollos normativos, el Ministerio Fiscal permanecerá vigilante dentro de esas funciones (no regladas) de «velar» por los derechos de las personas con discapacidad.

La demanda social[2] está marcando el camino de accesibilidad del propio Ministerio Fiscal. Consciente de ello, la Fiscalía General acometió la elaboración del apartado web «Fiscalía Accesible», realizado con la colaboración de la Fundación ONCE, los Ministerios de Derechos Sociales y de Justicia e impulsado por nuestra Unidad de Apoyo. A través de los recursos ofrecidos en lectura fácil y formato adaptado, la información del sitio web www.fiscal.es, o lo que es lo mismo, el Ministerio Fiscal se acerca en formato accesible a toda la ciudadanía dando, por otro lado, cumplimiento a las recientes exigencias legales de accesibilidad cognitiva.

La accesibilidad universal de la administración de justicia necesita ir de la mano de la información. El ejercicio de los derechos por las personas con discapacidad tiene como presupuesto necesario su comprensión y, necesariamente, una guía sobre cómo ejercerlos. Las herramientas que diseñemos para difundir el ejercicio de los derechos por las personas con discapacidad constituirán rampas para su autonomía y su plena participación social en igualdad de condiciones.

Ángeles estaría participando ilusionada en la construccion de estas rampas.

[2] En el ámbito propio de esta Unidad especializada, las intervenciones solicitadas en materia de accesibilidad en el año 2022 supusieron el 21,56% de las recibidas a través de la dirección de correo electrónico institucional (fge.discapacidadymayores@fiscal.es) y del formulario de contacto disponible en el sitio web del Ministerio Fiscal, de incremento progresivo año tras año.

Cristóbal Fco. Fábrega Ruiz
Fiscal delegado de discapacidad y mayores de la Fiscalía provincial de Jaén

De nuevo con el drama de los enfermos mentales en prisión[1]

A Ángeles de la Blanca, la de la eterna sonrisa.

Resumen

Hace ya muchos años que la situación de los enfermos mentales en prisión forma parte de mis principales preocupaciones. Fruto de esa preocupación fue un acercamiento que, ya en 2007, realicé a toda esta problemática y de la que este trabajo es una continuación obligada, esta vez en el marco del homenaje a una compañera a la que sigo recordando con admiración y afecto. Por desgracia, nada ha cambiado desde entonces y seguimos en una situación muy similar a la que reflejamos en dicho trabajo[2].

En primer lugar, no puedo dejar de destacar las reflexiones que, en esta materia, ha realizado mi compañero Fernando Santos Urbaneja que, con su claridad expositiva y profunda sensibilidad, suponen una verdadera guía para comprender el problema y la aportación de soluciones al mismo[3]. De ellas he recibido una importante inspiración para la realización de este trabajo.

Con este trabajo pretendo actualizar dichas reflexiones, ya antiguas, pero que siguen plenamente vigentes. Supone, pues, un aldabonazo más que nos permita mejorar la atención a los enfermos mental internados en los establecimientos penitenciarios; los

[1] Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+i *«Exclusión social y sistema penal y penitenciario: análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión»* Acrónimo: IUSMIGRANTE, (PID 2019-105778RB-I00).

[2] «Situación de deficientes y enfermos mentales en prisión. Realidad y alternativas a la luz de la discusión sobre los fines de la pena» en Actual doctrina de la imputabilidad penal. Pantoja. (dir), Estudios de Derecho Judicial n.º 110, CGPJ, Madrid 2007.ISBN 8496809246. pp. 281-316.

[3] Todos estos trabajos pueden consultarse fundamentalmente en su blog. Entre otros https://drive.google.com/file/d/1D0ID0Od8-RsFLA2_aEv-u-TT6Nm-zvDu/view
https://drive.google.com/file/d/1aWOk6V288cxEjY8nTCpNhe-hh41CVa_9/view
http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com/2014/01/n-75-discapacidad-salud-mental-judicial.html
https://drive.google.com/file/d/0Bx4G_Xl7EcKqOWJhMjFmYTYtOTQzMC00YWUzLWJiYzQtMzk2Y2NhYmZkZGZl/view?resourcekey=0-Ez7YOO-HPd9zsxGUqeOrlw. Fecha de consulta: 11-8-2023.
Su último trabajo ha sido publicado en el número 105 de diciembre de 2022 de la revista *Jueces para la Democracia* bajo el título de «La doble cara de la salud mental», páginas 145 a 153.

más vulnerables entre los vulnerables. Como indica Fernando Santos, en la situación de estos enfermos es donde se producen las mayores vulneraciones de derechos porque no se quiere ver ni se quiere mirar[4].

Palabras clave

Personas con enfermedad mental. Régimen penitenciario. Salud mental. Reinserción.

1. Las causas de la existencia de enfermos mentales en prisión

Son abundantes las conductas delictivas realizadas por personas que padecen trastornos mentales. Pero esta frecuencia mantiene una estrecha relación con las condiciones sociales (las situaciones difíciles tales como el paro, la carencia de hogar y vivienda, con el consiguiente vagabundeo en la calle, la emigración —legal e ilegal—, los traumas biográficos, el haber sido víctima de abusos e incluso de tortura, la pobreza, además del abuso y/o dependencia del alcohol u otras drogas)[5]. Está comprobado, además, el problema tan frecuente de los pacientes que a los que, tras su estancia en prisión, al ser puestos en libertad, se les interrumpe el tratamiento, no establecen contacto con el servicio de salud mental de referencia y, a menudo, no volverán a estar en tratamiento hasta que regresen a prisión, tras la recaída y la repetición de las conductas delictivas.

Lo primero que debemos indicar es que muchas de las acciones de los enfermos mentales en situación de crisis en realidad son incidentes sociosanitarios que se tramitan como atestados, cuando, en realidad, deberían recogerse en un mero acta de la intervención policial. Como indica el ya citado Santos Urbaneja[6]:

> *«Es sabido que los trastornos mentales, en sus fases agudas, provocan estados delirantes. Lamentablemente no es infrecuente ver por nuestras calles*

---

[4] Santos Urbaneja F., «La doble cara de la salud mental», *Jueces para la Democracia*, número 105, diciembre de 2022, página 147.

[5] Un estudio realizado por el Defensor del Pueblo Andaluz observaba que la mayoría de los enfermos mentales en las prisiones andaluzas respondían al tipo de marginado y excluido, con nivel cultural muy bajo y carentes de recursos económicos. Se detectó, también, que, en muchos casos, el internamiento en el centro penitenciario supone la primera intervención asistencial para la enfermedad del preso. Sobre esto puede verse Sánchez Bursón, J. M. «Los pacientes mentales en prisión» en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2001, n.º 78, páginas 139 a 153.

[6] Santos Urbaneja F. «Varias cuestiones relativas al tratamiento de la discapacidad y la enfermedad mental en el juzgado de Guardia» en *Estudios de Derecho Judicial*, ISSN 1137-3520, N.º 92, 2006 (Ejemplar dedicado a: *La respuesta judicial ante la enfermedad mental* / Silvia Ventura Mas (dir.), Fernando Santos Urbaneja (dir.)), ISBN 84-96518-86-8, págs. 211-252.

la estampa de un enfermo mental delirando que, más tarde o más temprano, acaba cometiendo algún hecho no adecuado (orinar en la calle, introducirse en un portal, etc.), que provoca una llamada a la Policía.

Otras veces el enfermo se encuentra encerrado en su domicilio, dando evidentes muestras de enajenación, lo cual provoca que los vecinos o los propios familiares requieran la presencia de las Fuerzas de Seguridad. No es extraño que el enfermo reciba a la Policía con improperios y se agite, incluso haga intentos de agredir a las Fuerzas de Seguridad y éstas tengan que reducirlo por la fuerza. Según el Código Penal el enfermo habría cometido un delito de atentado por lo que será conducido detenido a la Comisaría donde se elaborará un «atestado policial» siendo más tarde puesto a disposición judicial. El Juez y el Médico Forense apreciarán el estado del enfermo y procurarán que sea asistido médicamente. No obstante, el procedimiento seguirá su curso.

El enfermo y, en su caso, sus familiares y allegados, tendrán que atender dos frentes, el proceso sanitario y el proceso penal, con el agravante de que el segundo incide muy negativamente en el primero. Al cabo de nueve meses o un año, muchas veces cuando el enfermo se encuentra completamente compensado, se le citará para un juicio por atentado que le desequilibrará. (¡Cuántas veces he tenido que acompañar a enfermos temblorosos hasta la puerta de la Sala de Vistas!). Normalmente el enfermo será absuelto por apreciarse su completa inimputabilidad al tiempo de cometer los hechos y se le aplicará una o varias medidas de seguridad, normalmente la obligación de cumplir un tratamiento y de acudir regularmente al Centro de Salud que se indique (…)

Las palabras clave son «acta» o «atestado». Para los profesionales del Derecho o personas familiarizadas con la Administración de Justicia, el término «atestado» evoca rápidamente el inicio de un proceso penal sobre la base de la comisión de un delito. En cambio, el término «acta» tiene que significar y significa otra cosa. Resulta claro que tiene que ver con entradas en domicilio motivadas por tareas de auxilio a los ciudadanos, que han de documentarse, pero no han de dar lugar a un procedimiento penal. Si vamos a lo concreto, los golpes que pueda recibir la Policía o los daños en sus ropas, insultos, amenazas, etc…, por parte de una persona «enajenada» que necesita cuidados médicos, nunca deberían en mi opinión, dar lugar a la confección de un «atestado» y al inicio de un procedimiento penal por atentado u otra infracción contra los Agentes de la Autoridad, lo mismo que ocurre con los golpes que, ocasionalmente puede recibir el personal sanitario de salud mental, en caso de agitación del enfermo que se encuentra bajo su cuidado. La Policía, en estos casos, desarrolla una función de auxilio y deberá documentar las inci-

dencias en un «acta» que deberá remitir sin dilación a la autoridad judicial competente. El Juez competente no puede ser otro que el Juez civil, el que se ocupa de las cuestiones relativas a la persona y, en concreto, de la salvaguarda de los derechos de las personas más desvalidas. En caso de que tras la intervención sanitaria se produjese un internamiento involuntario de la persona, el Juez competente para recibir el «acta» sería el Juez de 1ª Instancia al que corresponda tramitar el expediente de internamiento involuntario. (…). Si esto se hiciera así, se evitarían muchos procedimientos penales y muchos calvarios que no tienen ningún sentido».

Iniciado el procedimiento penal podemos encontrarnos en diferentes situaciones. Estudiemos estas siguiendo a Santos Urbaneja[7].

1.1. La enajenación inadvertida

El trastorno mental no ha sido detectado durante el procedimiento y, por ello, no se ha contemplado su influencia en el delito al dictar sentencia. Aquí se pueden encontrar muchos casos de enfermedades mentales que, enmascaradas, no llegan a conocimiento de las partes, entre otros motivos, por la nula conciencia de enfermedad que poseen las personas afectadas de una patología mental.

El Defensor del Pueblo Andaluz[8] refleja claramente esta realidad, indicando como causas de la existencia de enfermos mentales crónicos en las cárceles las siguientes:

- La falta de apoyo familiar y social.
- El entorno marginal en que se desenvuelven.
- La inconveniencia de aplicar las medidas de internamiento.
- La indefensión que padecen en el proceso penal dada su situación de exclusión y su nula conciencia de enfermedad.
- La carencia de defensores judiciales e instrumentos de tutela eficaces.
- La ausencia de alternativas específicas para los enfermos crónicos en los servicios asistenciales.

---

[7] Santos Urbaneja, F. «El enfermo mental privado de libertad como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo», https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/2234 Fecha de consulta: 14-8-2023.

[8] *«Situación de los enfermos mentales internados en centros penitenciarios andaluces»*, Sevilla 1997, págs. 9 y siguientes y 39 y siguientes.

Este problema se complica aún más con el actual sistema de juicios rápidos ya que la mayor parte de los delitos que cometen estos enfermos se encuentran dentro de su ámbito y la presión que la legislación ejerce sobre los jueces hace que estos casos aumenten de forma importante. Un diagnóstico adecuado de estas enfermedades no puede darse en el parco periodo de tiempo que los mismos imponen y, por ello, no se tiene en cuenta mínimamente la patología psíquica del autor. Y esto es algo que afecta de forma importante a los derechos fundamentales de la persona con enfermedad mental. El sistema de juicios rápidos es una verdadera trampa para los mismos. Por ello, compartimos con Santos Urbaneja[9] la idea de que sería deseable su eliminación o la limitación a determinados delitos, excluyendo de los juicios rápidos los delitos de maltrato familiar y contra los agentes de la autoridad, lo que limitaría los casos de enfermos mentales en prisión, saliendo, de este modo, al paso de la enorme injusticia que esto supone.

Todos estos riesgos ya los observamos en el año 1987. Un comité constituido por la Asociación de Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales y la Comisión Legislativa de la Asociación de Neuropsiquiatra de Andalucía indicaba entonces que *«...Cuando se unen enfermedad mental deteriorante grave, de curso prolongado, y dificultades familiares (penuria económica, ausencia o avanzada edad de los padres, etc.) hay únicamente la breve estancia en la Unidad de Agudos, la visita periódica al domicilio, la inyección mensual... El resto es encierro en el domicilio, vagabundeo sin rumbo. Empleo u ocupación protegida, apoyo psicosocial mantenido, programas específicos de rehabilitación de pacientes a medio y largo plazo... nada de eso existe. Este problema, a corto plazo, va a ser el origen de una nueva institucionalización, de un nuevo encierro, más duro y difícil de desmontar que el presente. Algunas de las personas ya están en el Psiquiátrico Penitenciario y otros, los que tienen dinero, en clínicas y residencias privadas, encerrados...»*[10].

La falta de desarrollo de la reforma psiquiátrica, con la no dotación de los medios sustitutivos de la hospitalización, la amortización de camas en las Unidades de agudos y la ausencia de alternativas eficaces al internamiento provoca enormes deficiencias en el tratamiento médico de los enfermos. Estas circunstancias vienen provocando que un amplio número de enfermos mentales infractores, sobre todo los crónicos y los más desprotegidos socialmente, acaben recluidos en los centros penitenciarios.

---

[9] Santos Urbaneja F. «La doble cara de la salud mental», *Jueces para la Democracia* número 105 de diciembre de 2022 página 150.

[10] *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. VII, n.º 21, de 1987. Citado por el Defensor del Pueblo Andaluz *«Situación de los enfermos mentales internados en centros penitenciarios andaluces»*, Sevilla 1997, pág. 12.

Se dice que estos internos (que no son pocos) son los más marginados entre los más marginados. Son marginados en los propios centros penitenciarios; acaban siendo recluidos en las enfermerías o desamparados en los módulos, y provienen de las capas sociales más desprotegidas. Por ello, requieren una especial atención y apoyo.

En estos casos de enajenación inadvertida, el enfermo acaba en un centro con un régimen ordinario lo que es contrario a la dignidad humana y a la efectividad real de la pena. Santos Urbaneja entiende que estos casos deben solucionarse por la vía del artículo 60 del Código Penal ya que, en ningún caso, el mismo exige que la enajenación haya aparecido en un momento posterior a la comisión del delito o de la sentencia, sino que haya sido apreciada después de pronunciada la sentencia firme.

1.2. Enajenación advertida no apreciada como causa de inimputabilidad

Las personas con discapacidad psíquica pueden realizar actos delictivos con total conocimiento y discernimiento, ya que la enfermedad por sí sola no supone el desconocimiento de la ilicitud del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión. Por ello es posible que la enfermedad mental no suponga la aplicación de eximente alguna, al considerarse al autor imputable de los hechos por los que se le acusa.

Debido a su imputabilidad no es posible la aplicación de medida de seguridad alguna y van a cumplir en un centro de cumplimiento ordinario, con los problemas que hemos visto anteriormente y donde carecen de toda posibilidad de tratamiento. La aflicción que supone la pena se aumenta y la posibilidad de utilizarla como mecanismo de reinserción disminuye.

Pero el enfermo es una persona completa, no se puede partir en dos y, por ello, va a prisión la parte sana y la parte enferma. La mayor parte de los especialistas están de acuerdo en que las prisiones no son lugares adecuados para una correcta rehabilitación y reinserción de los enfermos mentales.

Creemos que, en estos casos, es conveniente que la sentencia recoja la anomalía psíquica que sí ha sido detectada para que se tenga en cuenta, en todo momento, la existencia de la misma a los efectos del oportuno tratamiento y de la actuación individualizada con el recluso. Asimismo, de acuerdo con la actual doctrina de nuestro Tribunal Supremo, entendemos que debe agotarse la posibilidad de aplicar la pertinente atenuante analógica para completar o sustituir parte de la pena con medidas de seguridad adecuadas a la situación del enfermo.

1.3. La enajenación sobrevenida

La enajenación puede aparecer, también, durante la tramitación del sumario. En esta fase y antes del dictado de la sentencia se regulaba en el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero la solución que esta proponía tiene difícil encaje constitucional, pues la adopción de la medida debe hacerse en proceso contradictorio, que aquí no existe, y porque se desvincula el hecho delictivo de la enfermedad mental y de la medida asociada. Por ello, la jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que dicho artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *«no resulta aplicable en ningún supuesto»*[11].

Por último, la alteración o anomalía psíquica puede presentarse en un momento posterior a la celebración del juicio oral y a la sentencia, en fase de ejecución de la pena. En estos casos la solución aparece recogida en el artículo 60 del Código Penal que establece:

> *«1.- Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.*
>
> *El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.*
>
> *2.- Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente».*

El hecho de que la privación de libertad, sobre todo cuando es prolongada, produce a menudo perturbaciones psíquicas debido al fenómeno llamado prisio-

[11] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 23 de julio de 2004, la cual se remite a la Sentencia de 2 de abril de 1993.

nización, algo que se agrava cuando se posee una patología previa no detectada, está suficientemente demostrado por los expertos[12].

A pesar de estos frecuentes padecimientos psíquicos, rara vez se realizan peticiones de suspensión de la ejecución de la pena, aun dándose los requisitos legales, debido a que, en la mayor parte de los casos, la asistencia letrada no continúa en fase de ejecución de la sentencia y la posibilidad de que juez y fiscal procedan de oficio a la concesión de la suspensión no siempre funciona como debiera, unido al prejuicio social del loco peligroso que también afecta a jueces y fiscales.

Actualmente no existe duda de que es posible, dada la nueva dicción de este artículo 60 CP tras la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, la adopción por este procedimiento de una medida de seguridad fundamentada no en la peligrosidad del reo, sino en garantizar la asistencia sanitaria al mismo.

En estos casos, la ejecutoria no debe archivarse definitivamente, pues el juez o tribunal sentenciador, en tanto no prescriba la pena en suspenso, además de asegurarse de que el penado está recibiendo la asistencia médica precisa y cumpliendo la medida de seguridad que le ha impuesto, habrá de supervisar la evolución de su enfermedad a efectos de comprobar si se ha producido el restablecimiento y resolver sobre la extinción, reducción o ejecución de la pena en los términos previstos en el artículo 60.2º del CP.

2. Principales problemas de la estancia en prisión de las personas con enfermedad mental

Según informa el Ministerio del Interior, nueve de cada diez reclusos han padecido algún trastorno mental, siendo la prevalencia de estos trastornos cinco veces la superior a la de la población en general. Pero es que, además, el medio hostil que supone la prisión agudiza los trastornos previos que pudieran tener los reclusos y crean otros nuevos. En estos datos, correspondientes al año 2007, el Ministerio del Interior indica que el 25,6% de los presos han recibido uno o más diagnósticos psiquiátricos, lo que sumado al consumo de drogas eleva la tasa hasta el 49,6%[13].

Las cárceles no tienen psiquiatras en plantilla, siendo muy limitada la dotación de psicólogos. Esto afecta incluso a los hospitales psiquiátricos existentes en

[12] Sobre esta y otras cuestiones puede encontrarse información en la obra de Ríos Martín, J.C. y Cabrera Cabrera, P.J.; «Mil voces presas», Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998.

[13] Podemos indicar también que más del 50% de los incidentes regimentales tienen relación con internos con patología psiquiátricas.

nuestro país. En las prisiones no se cuenta con los programas de tratamiento adecuados para tratar la salud mental de los internos, sin que la intervención de entidades privadas pueda paliar la deficiente situación. Los programas que estas desarrollan solo llegan a un núcleo reducido de internos, quedando el resto sujetos al cumplimiento ordinario, con el consiguiente fracaso del tratamiento al que son sometidos. Por ello, la prisión no es el sitio más adecuado para la recuperación de estas personas. La atención que reciben es deficiente[14].

Con el tratamiento penitenciario que se dispensa a estos internos en el régimen ordinario, el cuidado de su salud mental no es el óptimo, lo que provoca unas altas cifras de reincidencia, incumpliéndose la obligación que impone la Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 36.2º, esto es, el deber de la administración de facilitar centros diferentes de los de cumplimiento ordinario, en donde los penados aquejados de estas enfermedades puedan recibir el tratamiento adecuado.

La medida de internamiento en un centro penitenciario común no es la más adecuada para atender asistencialmente a un enfermo mental, como indican la mayor parte de los especialistas. Los servicios médicos de las prisiones carecen de los recursos necesarios para tales enfermos, por lo que estos deben buscarse en los centros asistenciales públicos, si bien los mismos presentan resistencias ante los presos y no se logran coordinar adecuadamente con los servicios penitenciarios, creando problemas para la continuación de los tratamientos que traían prescritos al ingresar en prisión o la continuación de estos después de su excarcelación.

Por ello, la Fiscalía General del Estado[15] considera que la situación del enfermo mental en prisión es uno de los problemas más graves con los que se enfrenta el sistema penitenciario español. La actual política criminal va encaminada a la pura y dura represión del pequeño delincuente para disminuir la sensación de inseguridad y no a perseguir las acciones delictivas.

Esto se une a que la Organización Mundial de la Salud, las Naciones Unidas y la Estrategia Nacional de Salud Mental establecen que el modelo de recuperación de estos problemas tiene que ser sociosanitaria, es decir, fuera de instituciones cerradas como las cárceles o los psiquiátricos penitenciarios. Los responsables médicos de prisiones consideran que se evitarían la mayoría de los

---

[14] Sánchez Bursón, J. M. «Los pacientes mentales en prisión» en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2001, nº 78, página 144.Esta situación no ha sido paliada por el esfuerzo de Instituciones Penitenciarias a través del llamado Programa de Atención Integral de los enfermos mentales (PAIEM).

[15] Consulta 5/1999, de 16 de diciembre, sobre problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trastorno mental grave sobrevenido a la sentencia firme.

ingresos si existieran centros residenciales para acoger a los enfermos mentales crónicos sin apoyo familiar y que viven en ambientes socialmente marginales, y así contestaron al Defensor del Pueblo Andaluz cuando se lo preguntó.

A pesar de lo dispuesto en la legislación penitenciaria, no existen verdaderas unidades psiquiátricas penitenciarias en las prisiones de régimen ordinario, ni verdaderas actividades rehabilitadoras que faciliten la vuelta de los enfermos al medio social y familiar, así como su integración en los recursos sanitarios externos. Sorprendentemente, a pesar de lo indicado, hay jueces que mandan cumplir condenas en las unidades psiquiátricas de las prisiones cuando estas no existen. Conocedores de esta situación los jueces de Vigilancia Penitenciaria han insistido en sus 27 reuniones celebradas entre 1981 y 2018 en instar a las Administraciones Penitenciarias a que procedan a la creación de unidades psiquiátricas en todos los centros penitenciarios para atender las demandas de atención especializada en sus respectivas áreas territoriales[16].

Esta conclusión, aprobada por unanimidad, se justifica por los graves retrasos en la atención a los reclusos que presentan padecimientos psiquiátricos. Indican que, en la actualidad, la inexistencia de unidades psiquiátricas suscita problemas de ubicación de penados que padecen anomalías psíquicas, que conforme al artículo 184 del Reglamento Penitenciario no pueden ser destinados a hospitales psiquiátricos penitenciarios y cuya vida en módulos de régimen ordinario resulta de todo punto imposible.

Para solucionar esto, podemos establecer una serie de normas para una correcta atención[17]:

1. La persona privada de libertad mantiene su derecho a la salud, como el resto de la población general.

2. El enfermo mental no debe sufrir ninguna discriminación con respecto al resto de los enfermos en cuanto a la aplicación de tratamientos se refiere, lo que no siempre es interiorizado por los funcionarios de las prisiones, ni por el personal hospitalario.

3. El sistema de salud debe implicarse plenamente en la atención a los problemas sanitarios de los presos, y concretamente en la atención a sus problemas de salud mental, de la misma manera que lo hace con el resto de su población.

---

[16] Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus 27 reuniones celebradas entre 1981 y 2018. Conclusión 48 del Texto consolidado.

[17] Así lo indicábamos en nuestro trabajo «Situación de deficientes y enfermos mentales en prisión. Realidad y alternativas a la luz de la discusión sobre los fines de la pena» en Actual doctrina de la imputabilidad penal. Pantoja. (dir), Estudios de Derecho Judicial n.º 110, CGPJ, Madrid 2007.ISBN 8496809246. pp. 281-316.

La participación de los sistemas de salud ordinarios en la atención a los presos posee la ventaja de que los equipos comunitarios pueden hacer después un seguimiento y control de los casos que lo requieran, cuando se concede la libertad al preso. Esto supone mantener una continuidad en los tratamientos aplicados y en la intervención sociosanitaria con el enfermo.

4. En el interior de la prisión es indispensable la existencia de camas de psiquiatría y la generalización de las unidades psiquiátricas penitenciarias con la dotación que establece el artículo 185 del Reglamento General Penitenciario.

5. En los casos más graves, es recomendable que el enfermo sea trasladado a la Unidad de Psiquiatría del hospital más próximo, de la red sanitaria nacional, donde difícilmente hay riesgos de evasión si el enfermo presenta realmente una crisis psicótica seria.

6. En el caso de los psicóticos crónicos es preciso constituir equipos de rehabilitación que, desde la comunidad y con la colaboración de los funcionarios dispuestos, pueden llevar a cabo programas de rehabilitación encaminados precisamente a mejorar la adaptación de estos enfermos a la vida penitenciaria, su participación en todo tipo de actividades que ofrezca la prisión, laborales, educativas, deportivas, etc. y responsabilizarlos a su vez para su reinserción posterior en la comunidad. Para ello es preciso acabar con la resistencia de los jueces a otorgar beneficios, precisamente a enfermos mentales por el estigma social de peligrosidad de estos enfermos.

7. Se debe establecer una estrecha colaboración entre los servicios médicos de las cárceles y los equipos de salud metal comunitaria, al menos antes de que el paciente-preso sea puesto en libertad, con objeto de preparar la recepción comunitaria y facilitar el acceso a los programas, en igualdad de condiciones con el resto de los pacientes mentales crónicos de su lugar de residencia.

8. Esta estrecha coordinación facilitará la continuidad del internamiento al asumirse por los servicios médicos penitenciarios el diagnóstico y tratamiento que se haya realizado por los médicos especialistas externos que hasta ese momento han atendido al interno. Asimismo, los tratamientos solo deben poder ser modificados por especialistas en psiquiatría.

3. Mecanismos jurídicos de intervención

La aplicación y el cumplimiento de las penas en prisión por estas personas roza el cumplimiento inhumano de las penas y carece de cualquier valor de reinserción, transformando la pena en un mero castigo por la realización del hecho delictivo. Debemos, por ello, cuestionarnos qué podemos hacer desde nuestra actuación como juristas en el campo de los tribunales para evitar esta penosa situación.

No podemos ampararnos en la inexistencia de recursos para no hacer nada. Hay que exigirlos, máxime cuando la legislación los contempla, pero no podemos olvidar que una actitud decidida de los tribunales sin duda provocará la reacción de las entidades públicas que tienen obligación de poner en marcha dichos recursos.

Dado que el legislador no ha abordado la solución del fenómeno, somos nosotros (jueces, fiscales, letrados...) los que, con la normativa actualmente existente, debemos impulsar en el nuevo marco y reconocimiento de la persona con enfermedad mental en nuestra sociedad como persona y sujeto de derecho, la implantación de un nuevo tratamiento de estos casos que sea acorde con la Constitución y los principios internacionales que España se ha comprometido a cumplir. Debemos y podemos buscar soluciones y ponerlas en práctica con imaginación y respeto del ordenamiento jurídico. Veamos cuáles pueden ser estas[18].

3.1. Durante la instrucción del procedimiento

En la instrucción del proceso debemos evitar obviar una enfermedad mental que pueda luego afectar a la sentencia.

Para ello es un buen instrumento el artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *«Si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental le someterá inmediatamente a la observación de los médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro publico si fuere más a propósito o estuviese en libertad».*

Debemos mejorar el estudio de la personalidad de los imputados para detectar a tiempo la presencia en ellos de la enfermedad, consiguiendo que la sentencia se pronuncie sobre dicha situación para facilitar con ello que, sea cual sea el resultado final del fallo judicial, se les preste atención especializada.

Para ello, al mínimo indicio razonable de la existencia de una de estas circunstancias, deberán practicarse periciales psiquiátricas y psicológicas por forense especializado.

Esto es especialmente importante en el caso de las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido, que deben transformarse en Previas a la mínima sospecha de anomalía psíquica, para la realización de un estudio detenido del denunciado y así evitar que se conviertan en un verdadero coladero de estos casos.

Es interesante, en lo que hace referencia a la instrucción del procedimiento, la posición del Tribunal Constitucional (STC 84/2018 de 16 de julio; Recurso de Am-

[18] Seguimos en esta exposición las ideas de Fernando Santos en los trabajos que ya hemos citado.

paro 4677/2017) dando amparo a una persona que tenía impuesta una medida de seguridad por la Audiencia Provincial y se encontraba cumpliendo en un centro penitenciario ordinario, cuando dicha medida todavía no era firme. El alto tribunal constata, con el apoyo del fiscal, vulneración del derecho a la libertad por no haberse accedido a su excarcelación hasta que no hubiera sentencia firme o, en su defecto, se acordara su internamiento en un hospital psiquiátrico habilitado a tal efecto. Constata la situación del recurrente en amparo como de «prisión provisional encubierta» al encontrarse en la unidad de enfermería de un centro penitenciario ordinario sujeto a la férrea disciplina carcelaria. Creemos que no se puede ser más claro al respecto.

3.2. En la sentencia

Con independencia de la aplicación de una eximente, completa o incompleta, la sentencia debe reflejar la existencia de la patología para que esta sea tenida en cuenta en la aplicación de la pena impuesta. Igualmente, en los casos en que la influencia de la anomalía no sea suficiente para afectar a la imputabilidad, debe tenerse en cuenta, siempre que tenga determinada entidad, como atenuante analógica y aplicarle las medidas de seguridad adecuadas.

La jurisprudencia del TS indica que es posible aplicar la atenuante analógica, incluso como muy cualificada[19], en los casos de sujetos con alteraciones mentales de leve entidad insuficientes para configurar una eximente incompleta.

La posibilidad de medidas de seguridad en el caso de aplicación de las atenuantes analógicas no es unánimemente aceptada por los tribunales inferiores, si bien sí está asentada en nuestro Tribunal Supremo. Podemos citar las SSTS 15-7-2002, 19-12-2002 y 11-4-2000. Indica esta última:

> *«La jurisprudencia de esta Sala, con anterioridad a la vigencia del Código de 1995, había declarado que las medidas de seguridad previstas para las situaciones de exención o de exención incompleta eran también aplicables a los supuestos de atenuante de análoga significación del antiguo art. 9.10 en relación con el art. 9.1 y 8.1 del Código de 1973 (SSTS 13.6.90; 15.9.93), pues los mecanismos previstos por el legislador para atender situaciones de exención o de menor culpabilidad por situaciones de intoxicación, crisis ca-*

[19] Así la STS de 24 de mayo de 2002 señala que: *«Es doctrina de esta Sala que las atenuantes por analogía, a pesar de su dificultad, pueden ser apreciadas como muy cualificadas, pero se exige, como recordaban, entre muchas, las sentencias 168/99 y 155/2001, que se acredite una mayor intensidad, superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente, teniendo en cuenta todos los datos y elementos que prueban la menor antijuricidad o culpabilidad del agente, que le hagan merecedor de un trato más benévolo».* En el mismo sentido, la STS de 1 de octubre de 2003 dispone que: *«La doctrina de esta Sala considera que sólo de modo excepcional puede otorgarse carácter muy cualificado a una atenuante analógica (Sentencias de 26 de marzo de 1998 y 24 de octubre de 1994, entre otras)».*

rencial a sustancias tóxicas dirigidas a la rehabilitación y reinserción del toxicómano deben poder ser aplicadas, también, a los supuestos de disminución de la culpabilidad por una situación equiparable, aunque con una menor afectación de las facultades psíquicas.

La ausencia de una específica previsión normativa con relación a estimaciones en las que se encuentran personas cuya culpabilidad aparece reducida por una grave adicción, respecto a las que hemos declarado tienen sus facultades psíquicas deterioradas y a las que el tratamiento rehabilitador adecuado se presenta, desde los estudios científicos realizados, como la única alternativa posible para procurar su rehabilitación y reinserción social conforme postula el art. 25 de la Constitución nos obliga a interpretar la norma penal desde las finalidades de la pena y desde las disposiciones del legislador teniendo en cuenta que, como señalamos en la STS 13.6.90 «sería absurdo renunciar a alcanzar las finalidades constitucionales de la pena a la reinserción y resocialización que la Ley penal específicamente prevé para la situación de menor culpabilidad a causa de la drogadicción». Este criterio, que los estudios realizados siguen corroborando, debe rellenar la aparente laguna legislativa existente y declarar que la atenuante de grave adicción del art. 21.2 del Código Penal puede suponer el presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad en los términos del art. 104 del Código Penal.

La posibilidad de aplicar las medidas de seguridad a la atenuante de grave adicción resulta de una interpretación lógica de las disposiciones reguladoras de las medidas de seguridad a un supuesto ontológicamente semejante y, también, del art. 60 del Código Penal que al prever la posibilidad de sustituir la pena por la asistencia médica y, en su caso, de declarar extinguida o reducida la pena tras la curación, presenta como presupuestos la existencia en el condenado de una situación duradera de trastorno mental que le impide conocer el sentido de la pena, presupuestos que en el grave adicto concurren dados los daños psíquicos que produce la grave adicción y ser el tratamiento de deshabituación la única actividad sociosanitaria eficaz para alcanzar la recuperación del adicto.

Esta aplicación de las medidas de seguridad a situaciones de grave adicción requiere unas previsiones de aplicación específicas, toda vez que la reducción de la culpabilidad no se presenta con la intensidad de la aplicación de la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el 20.1 y 20.2 del Código Penal. En este sentido, la resolución judicial debe valorar el cumplimiento de las finalidades de la pena, retribución, prevención general y especial, y las posibilidades, y garantías, de rehabilitación en cada caso concreto. En orden a su aplicación será preciso su adopción en un proceso contradictorio en el que se deberá partir de la voluntariedad en el tratamiento».

El problema se planteó cuando el juzgador, en base a que nada se dice en el Código Penal sobre la posibilidad de aplicar, en estos casos, medida de seguridad alguna, entendió que no debería aplicarlas por considerar que el hacerlo supondría una vulneración del principio de legalidad de nuestro art.25 CE. Sin perjuicio de que pudiera ser conveniente que el legislador modificara la ley para evitar divergencias interpretativas e inseguridad jurídica en esta materia, creemos que la jurisprudencia nos da argumentos suficientes para que no exista problema para admitir esta posibilidad.

Así se indica que la analogía no encuentra ningún obstáculo para ser aplicada y no supone una vulneración del principio penal de legalidad, ya que por la mayoría de la doctrina es plenamente aceptada la analogía en beneficio del reo y, qué duda cabe, que la aplicación analógica de esta previsión favorece al condenado, que verá satisfecho su derecho a la reinserción y reintegración a la sociedad. Esto ha sido admitido por la STS (Sala 2ª) 12 febrero 1993, según la cual «la circunstancia de que no se haya aplicado directamente el art. 9,1, sino el art. 9,10 CP 73, no impide que se aplique en estos casos una medida de seguridad adecuada, pues si las circunstancias que determinan la atenuación son análogas, análogas deben ser las consecuencias jurídicas posibles».

En igual sentido se manifiestan las SSTS de 13 de junio de 1990, de 29 de abril de 1991 y de 12 de febrero de 1993. Por ello, puede seguir aplicándose esta doctrina a favor del reo, doctrina más acorde con el objetivo de la reinserción y rehabilitación social del penado, que debe informar nuestro derecho penal por mandato constitucional.

Ahora bien, la medida de seguridad debe imponerse en sentencia, ya que, si no, el cumplimiento de esta habrá de hacerse en sus propios términos.

3.3. En la ejecución de la sentencia

Una vez firme la sentencia, la intervención comprometida con la situación especial de estas personas podría vehicularse a través del artículo 60 CP que corresponde aplicar a los jueces de Vigilancia Penitenciaria.

También puede intervenirse a través de la suspensión de la pena del artículo 80 en relación con el 83 del Código Penal que permite al tribunal sentenciador imponer, si lo estima necesario y condicionando la suspensión a su cumplimiento, el cumplimiento de determinadas obligaciones. Dentro de estas podemos destacar la participación en programas formativos, laborales, etc., el cumplir los deberes que el juez estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de este, y siempre que no atente contra su dignidad de persona, entre los que podría incluirse el sometimiento a tratamiento médico o la prohibición de ausentarse sin autorización del juez del lugar donde resida, que puede servir-

nos para mantener al enfermo mental en un recurso social determinado evitando su salida del mismo. Así, no nos limitaríamos a la concesión de la suspensión dejando al enfermo a su suerte lo que, dadas las especiales características personales y sociales del mismo, nos llevaría a un nuevo delito y al cumplimiento completo de la pena en la mayor parte de las ocasiones. Lógicamente, esto, acompañado de las mejoras de la asistencia psiquiátrica penitenciaria y la coordinación necesaria con los sistemas de salud y de asistencia sociosanitaria, como ya hemos visto.

3.4. Tras el cumplimiento de la pena

Tras el cumplimiento de la pena también es importante la intervención si queremos que la misma responda a su carácter de prevención especial del delito. Es importante, por ello, el llevar a cabo protocolos específicos de reinserción social por parte de los tribunales, Ministerio Fiscal, instituciones penitenciarias y sistemas de salud y asuntos sociales como una forma de apoyo post-penitenciario (ya contemplado en los artículos 73 a 75 de la Ley General Penitenciaria y 185 del Reglamento General Penitenciario).

La puesta en libertad debe prepararse desde el principio con el apoyo y estímulo de los jueces y fiscales cuando ello sea necesario.

Así, debe diagnosticarse al interno, si no se hubiera hecho ya, con un estudio exhaustivo del mismo, aprovechando la situación de privación de libertad. También deben promoverse los expedientes para certificar la discapacidad detectada y las prestaciones económicas a que, en su caso, tuviera derecho y, si fuera necesario, gestionar la plaza residencial para el excarcelado.

La disposición adicional primera del Código Penal establece que *«Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los núms. 1° y 3° art. 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad*[20] *ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil».*

Esta norma, que entendemos que puede ser aplicada en el resto de los casos de discapacidad sin eximente por la obligación de los jueces como autoridad de poner en conocimiento del fiscal la existencia de una necesidad de apoyos, provoca algunas dudas con respecto a la forma de realizar la obligación que dicha

[20] Hoy debe hablarse de provisión de apoyos tras la actual reforma de la regulación jurídica de la discapacidad por 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.*

disposición impone a los fiscales de instar el procedimiento de apoyos e internamiento de las personas a las que se les ha aplicado una eximente completa de anomalía o alteración psíquica —número 1 del artículo 20— o alteraciones en la percepción —número 3—, en el ámbito de una sentencia penal.

Nosotros creemos que la remisión que el precepto hace a la regulación civil debe entenderse en el sentido de que solo en los casos y por los procedimientos establecidos en el Código Civil puede acordarse cualquiera de estos procedimientos. Esto lleva a dos consecuencias:

- En ningún caso puede el tribunal o juzgado por sí mismo instar el procedimiento de apoyos, sino que debe poner los hechos en conocimiento del fiscal para que este inste lo que estime conveniente. Será el fiscal el que valore o no la pertinencia de instar dicho procedimiento, que solo se hará si este procede de acuerdo con la legislación civil.

- En cuanto a los internamientos, deben seguirse los criterios civiles y no penales. Esto significa que solo cuando se precise por necesidades médico-terapéuticas podrá decretarse. De acuerdo con los artículos 762 y 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juez puede decretar el internamiento como medida urgente. Lógicamente debe existir informe forense que considere conveniente dicho internamiento.

4. Estado actual de la cuestión

Al empezar este trabajo he indicado que la situación no ha cambiado desde que empecé a acercarme a la misma. Por ello, seguimos reflexionando y solicitando un cambio de actitud acorde con esa reflexión.

El 20 de noviembre de 2021, el Grupo de Estudios de Política Criminal[21], al que pertenezco, elaboró el manifiesto para un nuevo régimen penal aplicable a las personas con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, manifiesto en el que se afirma:

> *«En la práctica, los problemas más graves que suscitan las medidas de seguridad se observan con ocasión de su aplicación y ejecución. La relega-*

[21] La Asociación Grupo de estudios de política criminal (GEPC) está constituida por más de 200 penalistas procedentes, por una parte, del ámbito académico (catedráticos y profesores permanentes de Derecho Penal de universidades españolas) y, por otra, de la jurisdicción penal española (jueces, magistrados y fiscales).
Constituido en 1989 como grupo permanente de trabajo dedicado a desarrollar e impulsar investigaciones y propuestas político-criminales a partir de presupuestos progresistas, con el paso del tiempo el Grupo ha ampliado su actividad a labores de promoción de sus propuestas en el debate ciudadano y en el ámbito político.

ción de los fines resocializadores se debe, en primer lugar, a la insuficiencia de recursos humanos y materiales para el cumplimiento de la medida de internamiento y otras medidas no privativas de libertad y, en segundo lugar, a una normativa que resulta rígida, con lagunas notorias y claramente insuficiente para contemplar las diversas situaciones en las que puede hallarse en el ámbito penal una persona con trastorno mental o discapacidad intelectual. Estos factores hacen que el cumplimiento de la medida de internamiento resulte a menudo, no ya materialmente como el de una pena, sino incluso más aflictivo, ignorándose así los límites fijados en el art. 6.2 CP.

La escasez de los recursos se pone de manifiesto en el exiguo número y la saturación de establecimientos y unidades psiquiátricos penitenciarios, en la insuficiencia de personal sanitario especializado y en la defectuosa coordinación entre la administración penitenciaria y la red asistencial comunitaria. Esta situación genera una alta prevalencia en la prisión de personas con todo tipo de problemas de salud mental. Por un lado, debida a la no detección de trastorno mental una vez iniciada la ejecución de la pena en centro penitenciario y, por otro, al cumplimiento de medidas de seguridad en establecimientos penitenciarios ordinarios. Todo ello hace a estos sujetos más vulnerables.

El GEPC considera que es necesario contar con más recursos no penitenciarios para el tratamiento de estos casos, así como con la garantía de asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico, para que los enfermos cuya situación personal y procesal lo permita puedan ser integrados en los programas de rehabilitación y en las estructuras intermedias existentes en el modelo comunitario de atención a la salud mental (art. 185.2 RP).

La falta de un compromiso serio de carácter asistencial y no meramente asegurativo —como corresponde a un Estado de bienestar— lleva además a un redoblado efecto de rigor excesivo por parte del sistema penal que se plasma en el abuso de la medida de internamiento ante la falta de programas de cumplimiento de las medidas de seguridad no privativas de libertad. Así, en muchas ocasiones, se recurre al internamiento por la previsibilidad de la forma de su ejecución, pero no solo cuando fuere necesario, como exige el art. 101 del Código Penal. Esta limitación dificulta igualmente la sustitución de las medidas de internamiento durante la ejecución de las sentencias por otras no privativas de libertad».

El pasado 1 de junio de 2023 participé en una Jornada sobre Salud Mental y Sistema Penal que organizó el Grupo de Investigación «Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión», más conocido como IUSMIGRANTE. Las interesantes intervenciones de las jornadas pueden seguirse en la página de You-

Tube del grupo[22]. En la Jornada participaron importantes expertos en derecho penal y del mundo penitenciario y tiene un gran interés para acercarse, de una forma más amable, al tema que hemos tratado en este trabajo. A las grabaciones de la misma nos remitimos.

Antes de concluir, no quiero dejar de tener, de nuevo, un recuerdo para nuestra compañera Ángeles. Se fue en plena juventud y con un amplio potencial. Nos quedan sus trabajos y su alegría. Continuaremos su labor. Espero que esté orgullosa de nosotros.

[22] https://www.youtube.com/@iusmigrante.

Gonzalo A. López Ebri
Ex Teniente Fiscal de la Fiscalía de la Comunidad Valenciana

El reto de la reforma o supresión de los ingresos por razón de trastorno psíquico en los términos del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

«La ausencia es una forma de invierno»
Luis García Montero

Resumen

Nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) contempla en su artículo 763 el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico en clara adopción del modelo médico rehabilitador.

La ratificación por parte del Estado español de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, (CDPD) obliga a España a adaptar su legislación al modelo impuesto por esta Convención.

Al día de la fecha se han dictado varias normas tendentes a lograr dicha armonización, entre las que cabe destacar, por su trascendencia, 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 pero, por el contrario y de manera inexplicable o explicable pero inaceptable, la regulación de los ingresos por razón de trastorno psíquico sigue inalterada y es prácticamente la misma desde el año 1983.

Es decir, durante 39 años se están imponiendo privaciones de libertad por razón de trastorno psíquico con base a un único precepto de la LEC, cuyo texto ignora las reformas producidas en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales afectados por el internamiento, y han de ser los tribunales quienes interpreten —y así lo vienen haciendo— la legislación estatal a la luz de lo establecido en los tratados internacionales suscritos y ratificados por España en virtud de lo previsto en los arts. 96 y 10.2° CE.

En esta encrucijada, queda un reto pendiente y de mayor envergadura, la modificación o supresión de las normas relativas a la regulación de los internamientos o ingresos en instituciones de personas con discapacidad.

1. Introducción

Exigencia ineludible es contextualizar este artículo tanto en lo que se pretende como en su extensión. En cuanto a lo que se pretende, es un artículo redactado desde la admiración y reconocimiento a la grandeza de nuestra inolvidable compañera y amiga M.ª Ángeles de la Blanca García; y por lo que a la extensión respecta, al estar destinado a formar parte de un libro homenaje y con unas directrices editoriales propias de una obra conjunta, contiene una sincrética exposición de la evolución y problemática de los internamientos involuntarios.

Con esas iniciales premisas las consecuencias serán:

a) Que solo me referiré a los internamientos involuntarios a partir de la Constitución de 1978, obviando las anteriores regulaciones sobre esta materia.

b) Que se esbozará la situación actual y la encrucijada en la que se encuentra la regulación del internamiento involuntario.

2. El internamiento y el rol de género

Quisiera iniciar este artículo de una manera que estoy seguro que le gustaría a M.ª Ángeles, realizando un reconocimiento a aquellas mujeres que ingresaron e ingresan en los hospitales psiquiátricos por no ajustarse al rol de género.

Fácilmente, de lo que más adelante digamos, se verá que el internamiento psiquiátrico ha sido y es un instrumento magnífico para la privación de libertad de aquellas personas que eran o son indeseables, incómodas, o potencialmente peligrosas para la tranquilidad de quienes ostentan el poder.

Así, y con la finalidad de evidenciar la trascendencia de los internamientos involuntarios desde la perspectiva de los derechos humanos que puedan verse afectados, expondré, en unos casos en modo rigurosamente histórico y en otros histórico-novelados, algunos relatos estremecedores sobre el destino de unas mujeres que la sociedad patriarcal o *«bienpensante»* encarceló en manicomios cuando se desviaron del papel asignado.

2.1. El caso Juana Sagrera (1863)

Qué es y qué significó el caso Juana Sagrera.

Estamos ante el primer proceso judicial que en nuestro país fue la espoleta que provocó el inicio de las ulteriores reformas legislativas necesarias para garantizar la libertad de los particulares ante internamientos involuntarios indebidos.

Constituyó la convulsión psiquiátrica de la época a causa de una sentencia de la Audiencia de Valencia de alto contenido mediático, hasta el punto de que provocó la intervención de la *Sociedad Médico-Psiquiátrica* de París, el cuestionamiento de la clase psiquiátrica y, entre otras causas, la promulgación de los Decretos de 1885 y la relegación del papel de los psiquiatras en los ingresos involuntarios.

El juicio fue celebrado en Valencia ante la Sala tercera de la Audiencia Provincial, dictándose sentencia el 8 de marzo de 1863.

Se trata de una señora perteneciente a la alta burguesía valenciana de la época, año 1863, Juana Sagrera se llamaba, que atravesaba por una conflictiva relación matrimonial, agravada por motivos económicos de la empresa familiar y una presunta relación amorosa de su esposo con otra señora. Consecuencia de esa deteriorada relación, D.ª Juana propuso a su marido una separación convenida y amistosa. La respuesta del esposo, con pretexto de enfermedad mental inexistente y para dar rienda suelta a sus amoríos sin traba, fue el internamiento de D.ª Juana en el manicomio de Sant Boi. Eso sí, con la nada despreciable colaboración de dos facultativos y la fraternal y caritativa ayuda de dos hermanos de la propia D.ª Juana. Dichosamente le salió muy mal.

Así permaneció ingresada desde el día 31 de julio de 1863. El día 5 de agosto consiguió entregar una carta a sus parientes de confianza por medio de un mayordomo del manicomio que presumió que estaban haciéndole pasar por loca.

La carta decía:

> *«Estoy en una casa de dementes, mis hermanos engañada me han traído aquí, eso es una infamia, Dios me dio valor; en el momento que me dejaron lloré un poco, después tomé un ánimo grande; sufro mucho, pero no lo manifiesto; quisiera salir pronto de aquí, como corresponde, pronto, pues desde lejos les tengo miedo; velad por mí, no me abandonéis, pues no sé si me encerrarían más aún».*

Los familiares de D.ª Juana pusieron los hechos en conocimiento del gobernador de Valencia y éste los trasladó al de Barcelona quien, personándose el día 22 de agosto en el manicomio, ordenó que le fuera entregada y puesta bajo su custodia para una contra-observación en el convento de las Concepcionistas de la Villa de Gracia en Barcelona.

El resultado fue que tres doctores propuestos como peritos por la autoridad judicial y por la Academia de Medicina y Cirugía de Valencia depusieron de manera unánime: *«no haber advertido cosa alguna que indicara la menor perturbación de su juicio».*

Finalmente, es de señalar que uno de los doctores que diagnosticó la locura era sordo, extremo éste que cuando fue conocido por la Academia le llevó a decir — elegantemente— *«que creían que la sordera era un gravísimo inconveniente para examinar a esa clase de enfermos y diagnosticar con acierto sus padecimientos».*

El final fue la libertad de D.ª Juana y que con fecha 9 de marzo de 1863 se dictara sentencia por la que se condenó por un delito de detención ilegal al esposo, a sus dos hermanos y a los dos doctores que la asistieron en Valencia, imponiéndoles la pena de doce años de reclusión a cada uno.

No obstante todo lo anterior, desde la perspectiva de género hay estudios que evidencian que los *«problemas»* de D.ª Juana empezaron cuando comenzó a no comportarse como estaba previsto que lo hiciera una mujer burguesa en la Valencia del siglo XIX.

Así, concluye María Cuñat Romero que *«además, y esa fue probablemente la gran osadía de Juana Sagrera, pretendió separarse de su marido sin perder a sus hijos en el camino, en un momento en que los hijos eran propiedad del padre».*

Se reconoce de manera unánime que los decretos de 1885 fueron una respuesta clara a escándalos como los de Juana Sagrera, a las críticas sobre el trato a los enfermos y a la constatación del grado de incurabilidad, decretos que reflejan la preocupación ya existente en esta época por garantizar la libertad de los particulares ante internamientos involuntarios indebidos.

2.2. Hospital de la Salpêtrière (París 1885)

El Hospital de Salpêtrière estaba dividido en tres partes:

1.ª La Pitié, para los niños y niñas.

2.ª Bicétre, para los hombres.

3.ª La Salpêtrière, el de mujeres, al que nosotros haremos referencia.

Situado en el Distrito XIII de París, construido en el siglo XVIII, e inicialmente destinado al internamiento de los pobres y vagabundos de París.

La Salpêtrière posteriormente fue ampliada con un edificio que servía como lugar de reclusión a las mujeres denunciadas por sus maridos y por sus padres.

A las puertas de la Revolución francesa el hospital tenía una capacidad para 10.000 enfermos.

Durante las masacres y ejecuciones en masa que se desarrollaron del 2 al 6 de septiembre de 1792, los Sans-Culottes exigieron la libertad de las prisioneras de La Salpêtrière. La Guardia Nacional obedecio y las mujeres, impacientes por escapar, acabaron violadas y ejecutadas a hachazos y mazazos en plena calle; murieron 34 mujeres. Se dice que este fue uno de los episodios mas sombríos de la Revolución francesa.

En resumidas cuentas, libres o encerradas, estas mujeres no estaban seguras en ningún sitio.

Este era un centro específico para el encarcelamiento de las mujeres cuando se desviaban del papel asignado por aquella sociedad patriarcal.

Así, en ese París del año 1885 y en ese hospital —dirigido por un eminente neurólogo, Jean-Martin Charcot— , (pionero en la practica de la hipnosis) cada año para la Media Cuaresma, en el mes de marzo, se celebraba «El baile de las locas». Durante la noche, la flor y nata de París disfrutaba al ritmo de valses y polcas de la compañía de las internas, disfrazadas con extravagantes atuendos.

Realmente esa velada esconde otra realidad: un experimento del profesor Charcot, deseoso de convertir a las enfermas de La Salpêtrière en mujeres como las demás.

Durante la época previa a la celebración, tiempo de preparativos, en un lugar donde dormir era lo esencial para olvidar de dónde se viene y no pensar adónde se va, el hospital despertaba, en parte, de su tedio diario habida cuenta que había algo que *«aguardar».*

Existe un libro magnífico *«El baile de las locas»* de Victoria Más, en el que a modo de novela histórica relata la vida de dos internas de La Salpêtrière: Louise y Eugénie.

Louise, una joven epiléptica maltratada, agredida sexualmente por su tío, tiene puestas todas sus ilusiones en casarse con un interno del centro.

La tía de Louise, al sorprender a su esposo agrediendo sexualmente a su sobrina, increpa a ésta, tras abofetearla y llamarla perdida, diciéndole: ¡esto es lo que pasa por incitarlo!

Y esa fue la causa de su ingreso en La Salpêtrière.

Cuentan que las pocas veces que Louise se había referido al incidente, lo había resumido así:

«Que mi tita me riñera me dolió más que el hecho de que mi tío me forzara».

Y otra, una rebelde visionaria, Eugénie, encerrada sin contemplaciones por su padre. Ésta practicaba el espiritismo, y finalmente eso fue la causa de su liberación. (En aquella época dos eran las corrientes en boga: el hipnotismo y el espiritismo, cuyo principal sistematizador fue Allan Kardec).

Las dos, Louise y Eugénie, harán lo imposible para escapar de un lugar definido como:

«Un vertedero de mujeres que ponen en peligro el orden social, un asilo para aquellas que su sensibilidad no responde a lo esperado, y una cárcel para las culpables de tener opinión».

De trascendental importancia para el tema que nos ocupa es que la desoladora vida de cada una de las internas en el Hospital La Salpêtrière se inicia en un cuarto en donde se firman a diario *«los formularios de internamiento»*, formularios que autorizan el ingreso y legalizan la barbarie que se ejecuta sobre las mujeres ingresadas.

Hoy, dichosamente, el Hospital Pitié-Salpêtrière es uno de los hospitales más avanzados y prestigiosos de París. Ahí falleció Diana de Gales.

2.3. Psiquiátrico de Bétera

Vayámonos mucho mas cerca, al Hospital Psiquiátrico de Bétera, centro al que fueron trasladados todos los internos del Hospital Pare Jofré.

Hay un libro magnífico «Nueve nombres» (Ed. Temporal) de una comprometida psiquiatra María Huertas con la que tuve el privilegio de trabajar y compartir, en no pocas ocasiones, mesas redondas y ponencias sobre este tema.

Relata María Huertas el cierre del antiguo Hospital Pare Jofré y el traslado desde el Hospital Pare Jofre al psiquiátrico de Bétera:

«En Valencia, en marzo de 1974, más de doscientas mujeres fueron trasladadas del obsoleto y vetusto Manicomio de Jesús al Hospital Psiquiátrico de Bétera. Llegaron en autobuses, en varias tandas, de un día para otro, sin ser informadas de adónde iban, ni por qué, cuándo o cómo. Llegaron sin nada, porque no tenían nada.

A todas esas mujeres se las había despojado de todo. No tenían ni ropa, ni zapatos, ni utensilios de aseo propios, ni fotografías, ni nada que les recordase a cómo eran antes de entrar en el manicomio. Encerradas, castigadas,

humilladas y medicadas durante años. Enajenadas y deshumanizadas. No solo habían perdido sus vidas; también el recuerdo de haberlas tenido. Aisladas, sin memoria y sin identidad, no habían conseguido conservar ni sus propios nombres. Recuperarlos fue el primer paso para volver.»

En el libro se recogen nueve historias de algunas de esas mujeres y los motivos de su internamiento:

1. Ana

A Ana su marido la vejaba, agredía y humillaba, por lo que perdió la ilusión de vivir y dejó de hacer las labores para las que se supone que estaba programada por ser mujer (limpiar la casa, cuidar de su suegra, preparar la comida, estar a disposición del hombre en la cama). Por eso, su familia la ingresó en un manicomio.

2. Amparo

Amparo fue una mujer muy devota a la que un «delegado de Cristo» obligó a hacerle tocamientos y felaciones. Como castigo (para ella, no para él), acabó en un manicomio.

Algo parecido a lo que le ocurrió a Louise, a ella en modo laico y a Amparo en modo clerical.

3. Felipa

Felipa vivió un infierno en una casa cuartel de la Guardia Civil por la brutalidad de su marido hacia ella y hacia sus hijos. Un día, tras una paliza, acabó en el hospital.

Él la amenazó con dispararle con la pistola reglamentaria y ella, hecha un mar de dudas, no sabía si denunciar. Intentó poner fin a su calvario y se tiró por la borda de un barco en el puerto de Valencia con su hijo. Cuando despertó, se vio encerrada en un manicomio.

2.4. «As malas mulleres»

Y finalmente, siguiendo en este ámbito, quisiera hacer referencia a las llamadas «As malas mulleres», novela de Marilar Aleixandre por la que ha obtenido el Premio Nacional de narrativa 2022.

Novela que versa sobre la gente olvidada y que en una mezcla de documentación histórica y ficción habla de la vida alrededor de un centro de internamiento de mujeres que funcionó en pleno centro de A Coruña, en el que se encontraban hacinadas más de 300 mujeres, y que fue la primera cárcel que visitó Concepción Arenal.

En ese lugar se encerraba o desterraba a las mujeres, en palabras del gobernador civil, con motivaciones de este porte:

«Que hay mujeres que por su osadía y propensión al mal, pueden ser más peligrosas que los hombres».

La novela cuenta la vida de *Sisca*, una niña de 15 años que ingresa en la cárcel tras acompañar a su madre a abortar.

Y termina afirmando la premiada:

«Lo que tenemos ahora las mujeres se lo debemos a las que soñaron».

3. La constitución de 1978

La promulgación de la Constitución de 1978 y la proclamación en su art. 17 de que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad y que nadie puede ser privado de su libertad, sino con las garantías contenidas en ese artículo y el prohibir a la Administración Civil imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad (Art. 25.3), supuso un total enfrentamiento con la regulación contenida en el Decreto de 1931 — que permitía los ingresos de los enfermos mentales sin control judicial real y ordenados por la autoridad gubernativa— provocando la ineludible reforma del régimen de ingreso involuntario vigente en nuestro país y la posterior reforma del Código Civil de 1983 con la introducción del art. 211, dedicado de manera única a los internamientos no voluntarios.

Es significativo, con independencia de lo que más adelante digamos, que no obstante haber entrado en vigor la Constitución que en su art. 17 proscribe cualquier privación de libertad sin control judicial, en nuestro país estuvimos a ciencia y paciencia admitiendo internamientos psiquiátricos involuntarios sin control judicial alguno durante cinco años, es decir, desde el año 1978 hasta octubre de 1983 en que tiene lugar la reforma del título preliminar de nuestro Código Civil.

Tal manera de proceder pudiera ser evidencia de la escasa implicación del orden civil en la protección de los derechos fundamentales de la persona.

4. El sometimiento a control judicial de los internamientos involuntarios

A. Primera redacción del art. 211 del Código Civil

La reforma del Código Civil operada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, *de Reforma del Código Civil en materia de la tutela*, con derogación expresa del Decreto de 3 de julio de 1931, modificó el artículo 211 del Código Civil, regulando el internamiento no voluntario en los siguientes términos:

«Artículo 211 CC.

El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269, 4.º, el Juez, de Oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no de internamiento.»

B. Segunda redacción del art. 211 del Código Civil por la LO 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor*

La exposición de motivos de la LO 1/1996, de 15 de enero, justifica la modificación del Código Civil *«con el fin de depurar los desajustes gramaticales y de contenido…».*

De este modo, aprovechando la disposición final duodécima, modifica el art. 211 CC, dándole nueva redacción al párrafo primero:

«El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.»

C. Tercera regulación del internamiento. El art. 763 LEC.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*, en el apartado XIX de su exposición de motivos, al referirse a «Los procesos especiales imprescindibles», justifica el traslado a la Ley de Enjuiciamiento Civil del art. 211 CC, diciendo:

> *«Se trae así a la Ley procesal común, terminando con una situación deplorable, lo que en ella debe estar, pero que hasta ahora se ha debido rastrear o incluso deducir de disposiciones superlativamente dispersas, oscuras y problemáticas.» Situación deplorable a la que ya se refería la FGE en la Circular nº 4/1984».*

Así, a partir de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*, publicada en el BOE de 8 de enero, teniendo en cuenta la disposición final vigésimo novena que establece que entrará en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (entró en vigor el 8 de enero de 2001), los internamientos no voluntarios se regirán por el art. 763 LEC, precepto que desde su entrada en vigor hasta hoy no ha sido modificado, y que establece:

> *«**Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.***
>
> *1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.*
>
> *La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.*
>
> *En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.*

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, 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. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. 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, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

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.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, 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 tribunal competente.»

5. La inconstitucionalidad del art. 763 LEC. STC 132/2010

Con fecha 8 de agosto de 2001 se plantea cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, en relación con el artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*, por posible infracción de los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución al entender que la norma cuestionada hubiera debido ser aprobada con el carácter de ley orgánica.

El Tribunal Constitucional entiende que *«la aplicación de la doctrina arriba expuesta al presente caso nos lleva a declarar la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica».*

Asimismo, la STC 132/2010 fija el alcance de su pronunciamiento de inconstitucionalidad, aunque difiere las consecuencias de la nulidad del precepto declarado inconstitucional.

Concluyendo: *«Estamos, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica».*

Esa inmediatez fue ignorada por el legislador a pesar de que la sentencia de inconstitucionalidad dada en 2010 le imponía la reforma del internamiento por ley orgánica. Fueron necesarios cinco años más para que diera cumplimiento al mandato, que se efectuó aprovechando la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de protección jurídica del menor*. Es decir, treinta y dos años ha subsistido en nuestro derecho la regulación de la privación de libertad de los enfermos mentales por un procedimiento regulado por ley ordinaria.

Otra evidencia de la reiterada desconsideración del derecho civil hacia las personas a las que afecta esta materia.

6. Breve referencia a la doctrina constitucional sobre los internamientos involuntarios

Ha sido el Tribunal Constitucional (TC) quien ha dado solución a todas las anteriores deficiencias legislativas adaptando la legislación reguladora de los internamientos a la realidad social, «rejuveneciendo» el contenido del art. 763 LEC.

Así, el TC examina por primera vez el internamiento psiquiátrico desde la óptica del derecho fundamental a la libertad en la STC 141/2012, de 2 de julio, es decir, 23 años después de la entrada en vigor del art. 211 CC, extremo éste que evidencia de nuevo la escasa consideración del derecho civil hacia las personas con discapacidad.

Estamos ante el primer recurso de amparo en el que se enjuicia desde la óptica del derecho fundamental a la libertad personal un caso de internamiento psiquiátrico urgente.

En posteriores sentencias desarrolla los requisitos y exigencias para la correcta y constitucional aplicación del art. 763 LEC, tanto en la fase extrajudicial como judicial.

A. Fase extrajudicial:

a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato (STC 141/2012, de 2 de julio).

b) Información al afectado o su representante acerca del internamiento y sus causas (STC 141/2012, de 2 de julio).

c) Concepto de urgencia (STC 34/2016, FJ 6).

d) Obligación del centro de comunicar al juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, en el plazo de 24 horas (STC13/2016, de 1 de febrero de 2016 FJ3).

e) La residencia geriátrica como centro idoneo para el internamiento (STC.13/2016, de 1 de febrero).

f) Control posterior sobre el centro (STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 5.d).

B) Fase judicial:

a) El derecho a ser informado por el juez personalmente o a través de su representante acerca de su situación material y procesal (STC104/1990, de 4 de junio, FJ2).

b) El derecho a ser informado de su derecho a contar con abogado y procurador (STC 22/2016, de 15 de febrero de 2016).

c) Improrrogabilidad del plazo de 72 horas (STC182/2015, de 7 de septiembre de 2015, FJ6).

d) La motivación reforzada de la resolución que acuerda el internamiento (STC.251/2005, de 10 de octubre. FJ4).

e) La posibilidad de «regularización» de situaciones consumadas de internamientos de personas por trastorno psíquico con infracción del art. 763 LEC (STC 34/2016, de 29 de febrero de 2016. FJ5).

7. El Convenio Europeo de Derechos Humanos

El CEDDHH establece, en su artículo 5.1.e):

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad, Nadie pueda ser privado de su libertad, salvo en los casos que enumera y con arreglo al procedimiento establecido en la ley. Dentro de estos casos se incluye en el apartado e) la privación de libertad, conforme a derecho de un «enajenado».

8. Doctrina del TEDDHH

En la aplicación e interpretación del CEDDHH, el TEDDHH en sentencia de 24 de octubre de 1979, (caso Winterwerp contra Holanda) admite la posibilidad de la existencia de los internamientos psiquiátricos siempre y cuando reúnan los requisitos siguientes:

Que se demuestre ante la autoridad competente, a través de un dictamen pericial médico objetivo, que existe una perturbación mental real; que esta enajenación tenga un carácter o amplitud suficiente para legitimar el internamiento; y que no puede prolongarse de forma válida el mismo cuando ya no subsista la enajenación que lo motivó, de forma que se debe controlar que se mantiene. Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente en sentencias de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido), y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti c. Italia).

9. La convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

En lo concerniente al internamiento involuntario especialmente significativos son los arts. 14 y 19 CDPCD, relativos a: a) Libertad y seguridad de la persona; y b) Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

*«**Artículo 14. Libertad y seguridad de la persona.***

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; 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.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.»

«Artículo 19. Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

a) Las personas con discapacidad tengan 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 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;

c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.»

Estos dos preceptos han servido de base para que un importante sector doctrinal y el Comité de Naciones Unidas, entiendan que el art. 763 LEC es contrario a la CNUDP.

10. El Foro Europeo de Discapacidad. Oposición al proyecto de protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamiento involuntarios

La Organizacion Mental Health Europe (MHE) junto con otras 10 asociaciones y organizaciones europeas, en concreto: la European Network of (ex-) Users and Survivors of Psychiatry, Autism Europe, Inclusion Europe, Mental Health Europe e International Disability Alliance-, han remitido una carta al secretario general del Consejo de Europa en la que expresan su intensa preocupacion y oposicion a la aprobacion del proyecto de «Protocolo Adicional a la Convencion de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la proteccion de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamiento involuntarios».

El objeto de este nuevo protocolo es la regulación de los procedimientos a seguir para la adopción de medidas de carácter involuntario dirigidas específicamente a las personas con enfermedad mental. Concretamente regula el tratamiento involuntario, incluyendo dentro de éste el internamiento forzoso.

11. El comité de seguimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Ya en el año 2011 el comité recomendó al Estado español *«Que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de. discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que deroguen las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta y diagnosticada, y adoptase medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado».*

En el año 2017 vuelve el comité a solicitar información al Estado español sobre el estado de la cuestión relativa a los internamientos.

La ministra de sanidad compareció en marzo de 2019 ante el comité y dijo que nuestra legislación se adecua a la Convención en la medida en que se cumpla en su aplicación la doctrina establecida por el TC.

12. El informe de 3 de julio de 2020 del relator especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental

El relator especial de Naciones Unidas muestra su disconformidad con los internamientos forzosos, diciendo:

> *«Las intervenciones forzosas en los establecimientos de salud mental se han justificado aduciendo determinaciones de «peligrosidad» o «necesidad médica». Esas determinaciones son establecidas por alguien que no es la persona en cuestión. Debido a que son subjetivas, requieren un mayor escrutinio desde la perspectiva de los derechos humanos. Mientras que hay personas en todo el mundo que están luchando por desencadenar a las personas con graves trastornos emocionales, las cadenas y los candados físicos están siendo sustituidos por restricciones químicas y vigilancia activa. La mirada del Estado y la inversión de recursos siguen centrándose de manera demasiado estrecha en el control de la persona con «necesidad médica», que se suele invocar como motivo para justificar dicho control». (III. Medicalización Excesiva y amenazas para los derechos humanos)».*

13. 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 reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, rotunda afirmación con la que se inicia el preámbulo de la Ley.

Asimismo, la propia ley evidencia lo que con ella se pretende, diciendo:

«Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones».

Especialmente significativo es que una reforma de tan profundo calado haga tan solo una referencia al internamiento involuntario y sea para dejarlo como está. (Art. 287.1 CC).

Con base a lo anterior, y hasta que se produzca la deseada reforma del art. 763 LEC, habrá que determinar qué hacer ante los internamientos involuntarios teniendo en cuenta:

a) Los principios contenidos en los arts. 14 y 19 de la CDPCD.

b) La última reforma operada a través de la Ley 8/2021, que pretende *«el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones».*

En definitiva, la cuestión práctica que se plantea es la de determinar cómo estas reformas inciden en la correcta aplicación del art. 763 LEC hasta que se produzca la deseable intervención legislativa del precepto.

En este sentido, M.ª Eugenia Torres Costas manifiesta que lo procedente sería *«realizar una reinterpretación del art. 763 LEC de modo acorde con la CDPCD, entendiendo que el objeto del procedimiento -previsto en el art. 763 LEC- fuera precisamente el de la averiguación certera de la voluntad de la persona, o subsidiariamente, la concreción de la «mejor interpretación de su voluntad», a fin de dictar resolución sobre la autorización de ingreso en un Centro, en línea con lo ordenado en el art. 249 párrafo tercero CC».*

De este modo, el procedimiento de internamiento involuntario del art. 763 LEC se constituiría en verdadera salvaguardia para la persona con discapacidad.

14. Estrategia española sobre discapacidad (2022-2030)

En el apartado sexto de retos estratégicos, y en el n.º 3 referido a «Autonomía personal y vida independiente» se establece como objetivo:

a) Eliminar la institucionalización forzosa y los tratamientos forzosos por motivo de discapacidad, con especial atención a la situación de las personas menores de edad.

b) El estudio de las posibilidades de modificación del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a fin de asegurar medidas alternativas institucionalización forzosa y los tratamientos forzosos por motivo de discapacidad y de garantizar que las intervenciones por motivo de salud mental se basen en los derechos humanos.

c) La abstención a la adhesión al Protocolo Adicional del Convenio de Oviedo que está elaborando el Comité de Bioética del Consejo de Europa dirigido a protocolizar las medidas de ingreso y tratamiento involuntarios.

15. Encrucijada

De lo anteriormente expuesto se desprende, a nuestro entender:

1.º Que la regulación del internamiento no voluntario en nuestro país, no obstante el impresionante número de personas — principalmente mujeres— a las que ha afectado y afectará, sigue estando regulado en un solo artículo, sin la precisión técnico-jurídica que exige el interés público y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que se conciernen por el mismo, así como el colectivo *«especialmente vulnerable»* al que afecta.

2.º Que la regulación del internamiento no voluntario en nuestro país sigue impasible frente a las reformas legislativas aparecidas tanto en el ámbito internacional como nacional.

3.º Que la regulación del internamiento no voluntario en nuestro país sigue inamovible, debiéndose fijar por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo las reglas de competencia, el ámbito subjetivo y su aplicación en el ámbito del internamiento residencial, así como las garantías procesales para su adopción.

4.º Que su cuestionamiento, en el ámbito nacional e internacional, es de una evidencia palmaria.

Conclusión

Es crónico en nuestro país que el internamiento involuntario, tanto en su aplicación en el ámbito judicial, como en su conceptualización psiquiátrica, sea una de las instituciones más controvertidas del ordenamiento jurídico civil y procesal; esa cronicidad está precisada de tratamiento terapéutico, nunca mejor dicho, que sane los desajustes e imprecisiones que lo lastran, e incluso su criticada subsistencia.

De este modo, es ineludible a nuestro entender, que se aborde la intervención legislativa de los internamientos involuntarios para que con base a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la doctrina del TEDH, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la del Tribunal Supremo, las Recomendaciones Internacionales, las directrices del Comité de Seguimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 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*, y la Estrategia Española sobre Discapacidad -2022-2030- para el acceso, goce y disfrute de las personas con discapacidad, finalmente se resuelva la desconexión con la realidad tanto práctica como teórica del internamiento, en definitiva, el régimen de su persistencia.

Fernando Santos Urbaneja
Fiscal delegado autonómico de discapacidad y mayores de Andalucía

Dilemas éticos del cuidador

Planteamiento

Es este un tema para iniciados.

Los primeros años de ejercicio profesional no reparas en estas cuestiones. La atención se concentra en conocer y aplicar correctamente los preceptos legales.

Con los años, después de recibir a personas angustiadas casi diariamente vas clasificando, de modo más o menos inconsciente, la fuente y el carácter de los sufrimientos. Bastantes provienen de dolores «éticos»; Y no son los más llevaderos, quizás al contrario.

El derecho es territorio de encuentros, la plaza donde todos podemos reunirnos o donde nos reúnen.

La ética es otra cosa, puede variar de unas a otras personas.

Suele decirse que el derecho es un compromiso de mínimos (*mínimum* ético), mientras que la ética aspira a máximos, a la virtud, algo que para nada es legalmente exigible.

La primera vez que hablé en público de este tema fue en Montilla (Córdoba), en una conferencia que me encargó la Asociación de Alzheimer de la localidad.

Al concluir, la presidenta de la asociación me dijo (sin anestesia): «no me ha gustado la conferencia». Por supuesto que me lo tomé a bien. Me hizo pensar que tenía el tema aún muy verde y que había que madurarlo. Sigo atento a él y me ha parecido bien abordarlo en este libro-homenaje a nuestra querida y añorada compañera Ángeles de la Blanca.

Ideas

Para abordar este tema voy a exponer varias ideas. Son como colores en la paleta del pintor para que el lector pueda combinarlas y pintar su propio cuadro, sacar sus conclusiones desde su experiencia, desde su particular realidad o situación. En general los libros, los artículos, los acaba de escribir cada lector. En este caso esto es aún más evidente.

1. Conocer el contenido y extensión de las obligaciones legales de apoyo y cuidado

Sin duda las obligaciones legales de apoyo y cuidado encuentran su fundamento en imperativos éticos pero no los utilizan en toda su extensión, se limitan a unos «mínimos», como ya he puesto de manifiesto.

Nuestro derecho, de evidente raíz romana, toma a «la familia de sangre» como eje vertebrador para la distribución de derechos y deberes.

Los derechos se manifiestan de modo especial en al ámbito hereditario. Nuestro derecho común incluso impone limitaciones de disposición patrimonial al testador en beneficio del núcleo familiar (legítimas).

En cuanto a los deberes, destacaré dos:

1. La obligación de alimentos entre parientes

Artículo 142 del Código Civil:

«Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.»

Artículo 143 del Código Civil:

«Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

1.° Los cónyuges.

2.° Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.»

2. La llamada para el ejercicio de la curatela como institución de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Artículo 276 del Código Civil:

«La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 272. La autoridad judicial estará también a lo dispuesto en el artículo 275.

En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador:

1.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo.

2.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

3.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueren varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

4.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho.

6.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.

7.º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior.»

Estas son las obligaciones legales. Llamo la atención sobre la expresión «lo indispensable» que recoge el párrafo primero del artículo 142, quiere de decir «lo mínimo». A partir de ahí los familiares pueden optar, en virtud de sus convicciones éticas a «lo máximo» para mi padre, para mi hijo, para mi hermano, pero esto no es jurídicamente exigible.

2. La relación padres-hijos. La aceptación de la discapacidad

La relación paternofilial, de los padres y madres con sus hijos, suele presentarse como aquella que provoca los vínculos más intensos, la que predispone a sacrificios y renuncias ilimitadas a favor de los segundos. Verdaderamente nada se quiere más que a un hijo por ello, cuando nace un niño o una niña con discapacidad, el dolor de los padres, el impacto emocional es de la máxima intensidad.

Hay quien se reconstruye pronto, a otros padres esto les cuesta años y otros no lo acaban de aceptar nunca.

Básicamente caben dos actitudes respecto de los niños con discapacidad: la reclusión o la inclusión.

La reclusión para garantizar su protección es la tendencia natural, la más atávica, la que históricamente se ha venido practicando.

El amor de los padres era compatible con el aislamiento.

La otra opción es preparar al menor para la inclusión, para que se inserte en la vida común, en la vida social y desarrolle sus posibilidades hasta donde sea posible con los apoyos de todo tipo que precise.

Esto conlleva que los padres «sujeten sus miedos». Evidentemente los van a tener pero cierto es que «se vive y se muere de sensaciones». Así, respecto de los niños o jóvenes con discapacidad la sensación es que van a estar rodeados de peligros, mientras que respecto de los niños o jóvenes sin discapacidad se impone la relajación. En muchas ocasiones los que caen en trampas arriesgadas son éstos.

La opción legal sin duda es la inclusión, expresada fundamentalmente en la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad —Nueva York— 2006, ratificada por España en el año 2008 y en le Ley 8/2021 de 2 de junio de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La actitud de desapego, de indiferencia respecto de los hijos genera en todas las culturas un severo reproche social.

Resulta aleccionador uno de los descubrimientos de los yacimientos de Atapuerca. En el año 2001 encontraron el cráneo de una niña de doce años que, según los estudios neurológicos, presentaba retraso psicomotor. Los paleontólogos que allí trabajan le pusieron por nombre «Benjamina».

Se desprende de ello que Benjamina creció siendo diferente, quizá con problemas para valerse por sí misma, pero cuidada por su familia. No fue abandonada. No fue rechazada por el grupo. Es un claro ejemplo de integración.

En el mundo anglosajón se conoce como «padres cuervos» los que se inhiben del cuidado de sus hijos pequeños.

El mundo latino era menos proclive a estas actitudes pero también esto está empezando a cambiar.

Recientemente un juzgado de Pontevedra atribuía la guarda y custodia de unos niños a sus abuelos «por razón de indiferencia de sus padres». No por imposibilidad, algo que era tradicional, sino por «indiferencia».

Esto no es sino una manifestación extrema de un proceso de cambio de valores que solo considera valioso lo que me reporte bienestar. Todo aquello que demande dedicación, sacrificio, renuncias, debe ser postergado o evitado, aunque sea un hijo.

¿Es esta una actitud ética?

La mayor parte de los ciudadanos aún considera que no. Abundan los casos de dedicación extrema y heroica. Conocido es el caso del general de Gaulle que en la Segunda Guerra Mundial era capaz de recorrer cientos de kilómetros en una noche y atravesar las líneas enemigas para ver a su pequeña hija Ana, que tenía síndrome de Down.

Todo esto es verdad pero también que están apareciendo fisuras en el sistema y se van detectando casos de desapego e indiferencia hacia los hijos como los ya comentados y otros que comentaré.

En las asociaciones de familiares de personas con discapacidad me comentan que es perceptible una brecha entre los matrimonios mayores, socios iniciales de las mismas, que soportaron todo el peso de echarlas a andar con muy pocos recursos y los matrimonios jóvenes más proclives a reenviar los problemas, incluso la atención de sus hijos, a la administración.

3. La relación hijos-padres

Esta relación, si bien de notable intensidad, se presenta culturalmente como unos grados inferior a la relación paterno-filial.

Reproduzco la denuncia de un asunto que me correspondió atender y que pone de manifiesto la diferente actitud de cinco hijos respecto de su madre.

DENUNCIA

«En Córdoba, a 11 de Mayo de 2013, comparece en calidad de denunciante ANTONIO, mayor de edad, vecino de Córdoba y

MANIFIESTA: Que denuncia los hechos que a continuación se detallan:

Que su madre se encuentra actualmente imposibilitada y permanentemente encamada por enfermedad desde el mes de agosto de 2011 en el que sufrió un ictus cerebral que le paralizó la mitad izquierda de su cuerpo, aunque ya desde el año 2009 empeoró su salud, pasando a ser dependiente.

Que el dicente, junto a su esposa, cuidan voluntariamente a la anciana desde el año 2009, requiriendo la ayuda remunerada de una cuidadora desde el año 2011, la cual acude cada mañana ya que tanto el dicente como su esposa se encuentran trabajando.

Que quiere formular denuncia contra el resto de los hermanos ya que desde aquella fecha (2009) se negaron a cuidar a su madre, alegando cada uno de ellos lo siguiente:

2.-HIJA MAYOR: Con domicilio en el mismo bloque que su madre.

Al principio dijo que ella cuidaría de su madre pero con la condición de que heredaría la parte correspondiente a la vivienda de la madre, lo que se acordó que así fuera, aunque posteriormente, tras discutir sobre el asunto, decidió dejar el cuidado, tirándole la llave de la vivienda, manifestando que no volvería, aunque posteriormente le comunicó al dicente que había acordado con los demás hermanos llevarla a una residencia de ancianos y que la pagaran entre ella y el manifestante ya que el resto de los hermanos alegaban no poder pagarla aunque todos ellos percibían y perciben ingresos.

3.- HIJO: Le manifestó al dicente textualmente lo siguiente «Yo ya tengo una u ojalá se muera la vieja mañana», refiriéndose a su suegra. El cual no ha vuelto hasta la fecha ni a visitar a su madre ni a interesarse por ella de ninguna manera.

4.- HIJO: Manifestó que él no iba a hacerse cargo de la anciana y que lo que había que hacer es llevarla a una residencia para personas mayores, sin aceptar más soluciones. Tampoco ha vuelto a interesarse ni a visitar a su madre hasta el momento.

5.- HIJO: En principio manifestó que compartiría con él cuidado de la anciana aunque los demás decidieran no hacerlo, aunque llegado el momento y ser requerido manifestó no poder hacerlo por encontrarse trabajando.

Que no volvió a interesarse por el tema hasta el mes de enero de 2012 en que se personó en la casa de su madre con su mujer y un hijo, recriminando al manifestante su actitud por falta de cuidado hacia su madre, manchándose del domicilio seguidamente, sin volver hasta la fecha.

Que el denunciante quiere hacer constar que aunque la anciana percibe una pensión de viudedad de 600 euros mensuales, el coste que supone su manutención supera esta cantidad, sin recibir nada de ningún hermano, además del esfuerzo que supone este tipo de obligación.

Que el dicente quiere hacer constar que incumplen el artículo 226 del vigente Código Penal.»

Creo que la descripción resulta familiar.

No voy a detenerme a hora en explicar por qué la conducta del resto de los hijos no es constitutiva de delito de abandono de familia por tratarse de una cuestión técnico-jurídica.

Me interesa más en este momento el mostrar las distintas actitudes de cinco hijos respecto de su madre.

¿Son éticas?

4. Hermanos y cuñados (afines en general)

La propia ley establece ya una diferencia en su obligación de alimentos, a la que se produce entre ascendientes/descendientes y cónyuge.

Artículo 143 del Código Civil:

> *«Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista.»*

La obligación legal es muy reducida. En el día a día lo que observamos es que abundan los hermanos plenamente comprometidos con sus hermanos con discapacidad.

Es relevante que ello sea compartido o al menos respetado por las parejas de estos hermanos (cuñados) pues de otro modo surgirán problemas.

Los afines (cuñados) no tienen ningún vínculo de sangre ni biográfico cuando llegan a la familia. La adhesión a los apoyos dependerá fundamentalmente de factores subjetivos (valores) y de mentalidad.

Este factor es de la máxima importancia, por ello la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, en su art. 8 invita a los Estados firmantes a desarrollar políticas para que los ciudadanos se sensibilicen y «tomen conciencia» de la realidad de la discapacidad.

Dice así:

«1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

> *a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;*

b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;

c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.»

Con buen criterio, algunas asociaciones del ámbito de la discapacidad intelectual organizan encuentros específicos dirigidos a hermanos y cuñados.

5. El apoyo de los abuelos y sus límites

Participa en buena medida de los tonos y caracteres de la relación paternofilial si bien concurren algunos elementos que la hacen distinta.

La dedicación de los abuelos a los nietos se estima que es saludable si se sitúa en torno al 30% de su tiempo.

Actualmente no es infrecuente que la colaboración solicitada/encomendada a los abuelos sea «máxima», esto es, llegada a la casa a las siete de la mañana para llevar al cole a los niños, ocuparse de las compras, recoger a los niños…. y el fin de semana completo y así día a día y semana a semana.

Esto es lo que ha dado en llamarse el síndrome del «abuelo esclavo» que sacrifica cualquier proyecto personal o ilusión a la colaboración en la llevanza del hogar de los hijos.

Los abuelos nunca dirán nada a sus hijos, nunca se quejarán. Se lo dirán a sus amistades ¡No puedo más!, sobre todo cuando el «8» ya ha aparecido en la cifra de las decenas de la edad y se está pretendiendo hacer con los nietos del tercer hijo, lo mismo que se hizo hace doce años con los nietos del primero.

Los abuelos tienen derecho a ver a sus nietos. Esto no se les puede impedir (art. 160 CC) pero es un derecho, no un deber, no es algo que se les pueda imponer. En este sentido resulta «increíble» el caso resuelto por la S.A.P. Baleares 395/2018, Secc.4ª, de 10 de diciembre, que desestima la pretensión de unos padres de imponer a la abuela ingresada en una residencia, las visitas de una nieta.

Me viene a la cabeza en este punto la encendida polémica que suscitó aquella abuela de Nueva Zelanda que cobraba a su hija por cuidar al nieto. Esto desató un gran debate en las redes, mayoritariamente recriminando a la abuela su actitud. Ella se defendía diciendo: «Amo a mi nieto, pero no soy una guardería»

¿Es esta una actitud ética?

6. Inmolarse no es una buena idea

Esto es un consejo para todos, padres, hijos, hermanos, allegados, etc.

La inmolación siempre acaba mal.

Aunque parezca «desapego», hay que cuidarse, sacar tiempo para uno, algo de esparcimiento. Ir al cine, tener algo de ocio.

Fue una cosa de extraordinaria importancia que las asociaciones de personas con discapacidad en sus residencias, habilitasen plazas de respiro para los fines de semana para que los padres que lo necesitaran pudieran tener algún fin de semana libre, acudir a celebraciones familiares, viajes, etc.

Sí, hay que respirar, si no sobreviene el ahogo y el agobio. Esto no es bueno. Si se puede evitar o reducir, mucho mejor porque de otro modo el cuidador genera crisis de ansiedad/depresión.

7. El principio de corresponsabilidad público-privada

Hace tan solo unas décadas el cuidado de los familiares (con discapacidad o no) era una cuestión estrictamente familiar.

En el marco de los estados llamados «del bienestar», emerge el compromiso de los poderes públicos de especial atención a las personas vulnerables. Se produce, por tanto, una concurrencia de deberes público/privada. Es el principio de corresponsabilidad que aparece claramente expresado en el artículo 50 de la Constitución referido a las personas mayores pero que es aplicable a todas las situaciones de vulnerabilidad personal.

Dice así:

> *«Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.»*

A ello hay que añadir lo dispuesto en el artículo 49[1].

[1] El artículo 49 CE, reformado en 2024, cambia su terminología al adoptar la expresión «personas con discapacidad» e incorpora la perspectiva inclusiva y de promoción de la plena autonomía de las personas con discapacidad en la actuación de los poderes públicos.

Sin duda, hoy los familiares ven completados sus apoyos privados con recursos públicos de carácter sanitario, asistencial, educativo, etc.

La Ley 39/2006, *de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia* es un buen ejemplo de ello unida a toda la legislación y recursos destinados a la atención y apoyo a las personas con discapacidad.

8. Cuidar al cuidador

Lo mismo que inmolarse no es una buena idea, como hemos visto, sí lo es cuidar al cuidador.

Los cuidados pueden ser decisión propia, del entorno cercano o públicos.

Se han formulado distintos «decálogos del cuidador», sobre todo en el ámbito de los cuidados a personas mayores con Alzheimer[2].

Hace tiempo cayó en mis manos este texto titulado «EVITAR LA SOBRECARGA» que me parece aprovechable.

«Asumir la importancia de la labor en su justa medida.

Enfrentarse al cuidado de una persona, sea un familiar o no, supone un evidente desgaste físico, emocional y psicológico. Conocerlo y controlar la situación debe ser el primer paso.

Delegar tareas.

No se deben asumir responsabilidades excesivas que estén por encima de nuestras posibilidades.

Disponer de tiempo para uno mismo.

Desconectar de la tarea de cuidar durante un tiempo determinado no solo es importante, sino vital para el cuidador.

Contar con apoyos y recursos a los que poder acudir en caso de ser necesario.

Las asociaciones pueden informar, asesorar y resolver dudas de forma gratuita. Pedir ayuda cuando se necesita es determinante para no caer en la sobrecarga.

---

[2] A través de siguiente enlace se puede obtener información al respecto https://blog.familiados.com/decalogo-del-cuidador/

Descansar y no descuidar la salud.

Nuestra salud repercutirá también en la de la persona que cuidamos. Es conveniente respetar horas de sueño y mantener una alimentación equilibrada.

Realizar ejercicio.

Practicar algún tipo de deporte o actividad de ocio también contribuye a desconectar y a enriquecer nuestra rutina.

Formarse.

Adquirir técnicas y conocer aquellas herramientas que nos facilitan el desarrollo de nuestra labor debe ser eje de la formación.

Asumir nuestras limitaciones.

Equivocarnos y sentirnos perdidos es un sentimiento habitual para muchos cuidadores. Aprender de los errores y no dejarnos llevar por el sentimiento de culpabilidad nos ayudará a seguir adelante.

Paciencia.

Como cualquier otra actividad, y más cuando hay implícita una carga emocional, requerirá de nuestra paciencia y serenidad.

Luchar por la visibilidad.

No esconder las historias personales y contar cómo nos sentimos puede ayudar a otras personas que estén viviendo una situación similar».

Dar buenos consejos no cuesta nada. He visto a lo largo de estos años situaciones familiares muy difíciles de soportar y cuidadores que apenas pueden permitirse «respiros».

No obstante lo anterior, seguro que alguno de estos consejos se puede aplicar e incorporar al día a día.

Lo que yo pretendo es desterrar el sentimiento de culpa que generan algunos (muchos) cuidadores cuando se toman un respiro.

En la línea que sigue este artículo cabe preguntar:

¿Tomarse un respiro es ético?

Para mí es evidente que sí. Tan ético como necesario.

9. Afirmar la vida

Hay noticias que golpean y que hieren.

Venimos asumiendo medidas «eugenésicas» respecto de personas con discapacidad derivadas del control puntual y preciso de los embarazos pero todo debe tener un límite.

La noticia a la que me refiero se publicó en el diario El Mundo el 25 de noviembre de 2023:

«Reino Unido confirma la legalidad de abortar fetos con síndrome de down hasta el momento del parto»

Con carácter general, la ley permite abortar durante las primeras 24 semanas de embarazo en Inglaterra, Gales y Escocia.

El pasado septiembre, jueces británicos se comprometieron a hallar un equilibrio entre los derechos del nonato y los de la mujer.

Según determinaron este viernes los magistrados de la Corte de Apelaciones, la legislación no interfiere con los derechos de los «incapacitados que están vivos».

Al rechazar el recurso de Crowter, los jueces admitieron que «esta corte reconoce que mucha gente con síndrome de Down y otras discapacidades se sentirán disgustadas y ofendidas por el hecho de que este diagnóstico de discapacidad grave durante el embarazo se contemple por la ley como justificación para el aborto, y que podrían considerarlo como que implica que sus propias vidas valen menos».

…//….

«Estoy muy disgustada por el hecho de que los fetos que tienen síndrome de Down puedan ser abortados hasta el momento de nacer. Esto me dice que no se me valora y que valgo mucho menos que una persona que no tenga síndrome de Down», afirmó Crowter al conocer el veredicto.»

10. Una comparación odiosa

Me refiero a la comparación con el trato y consideración que se está proporcionando a los animales de compañía (mascotas) y animales en general.

Primero vino la reforma del Código Civil para dejar de considerarlos «cosas» y pasar a la categoría de «seres sensibles» (Reforma Código Civil en virtud de

Ley 17/2021, de 15 de diciembre».

Artículo 333 bis.

«1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.»

Esta ley modificó el artículo 91 del Código Civil que quedó redactado en estos términos:

«En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, el destino de los animales de compañía.»

No mucho antes una juez de familia consideró necesario escribir un artículo relativo a una regulación de mutuo acuerdo de un divorcio en el que los padres habían realizado una cuidada regulación del régimen de guarda, custodia y visitas respecto de dos mascotas y sin embargo se olvidaron de su hija con discapacidad.

Decía la magistrada:

«Conocí de una demanda en que solicitaba que se resolviera acerca de la guarda de dos animales de compañía entre el matrimonio. Sin embargo, obviaba la existencia y petición de medidas para una hija mayor de edad con discapacidad dependiente económicamente de sus progenitores.»

Poco después la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, señala en su preámbulo:

«El principal objetivo de esta ley no es tanto el garantizar el bienestar de los animales evaluando las condiciones que se les ofrecen, sino el regular el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad.»

Sin duda es esta una ley necesaria y procedente pero algo chirría si hacemos la odiosa comparación al constatar las situaciones de grave indignidad en que se encuentran personas pertenecientes a varios colectivos vulnerables por razón de edad, de desplazamientos masivos, de precariedad económica, etc.

Dentro de la vulnerabilidad por razón de discapacidad tengo que acordarme de los miles de personas con discapacidad que se encuentran cumpliendo penas y medidas de seguridad en establecimientos penitenciarios ordinarios y que llegaron allí tras un juicio rápido en que no tuvieron ocasión de ver ni al juez ni al fiscal, de los enfermos de ELA que ven reiteradamente aplazada la aprobación de la ley que necesitan imperiosamente. También de las decenas de miles de personas mayores que malviven y mal mueren en medio de pavorosas situaciones de soledad y desatención. Fuera del mundo de la discapacidad los ejemplos se multiplican, qué decir de los hombres, mujeres y niños que, desposeídos de todo, llegan diariamente a nuestras costas en míseros cayucos.

¿Es esto ético?

Epílogo

Termino por donde comencé, por la distinción entre ética y derecho.

Las normas jurídicas (salvo las meramente organizativas) tienen un fundamento ético. Se basan en los valores y principios proclamados en las constituciones y en las declaraciones internacionales de derechos y se diría que gozan de un apoyo generalizado. Pienso que hace unas décadas esto respondía a la realidad bastante más que en estos momentos. Tengo la impresión de que ni siquiera las normas jurídicas básicas concitan o concuerdan con éticas muy mayoritarias. Esto tiene como consecuencia el desapego, la discrepancia con el Derecho, más allá de su acatamiento y cumplimiento obligado.

Si esto es así respecto de la relación Derecho-Ética, qué no podremos decir de las éticas cuando no están ancladas a ninguna norma jurídica. Diremos que es una especie de «autoservicio», hay quien se sirve más, quien se sirve menos, quien se inmola, quien se inhibe, etc.

Por eso la cuestión de los dilemas éticos de quien tiene «obligaciones» respecto de una persona vulnerable por razón de discapacidad es tan espinosa y compleja.

Como señalé al principio, he querido abordar este tema en el libro homenaje a Ángeles de la Blanca. Y no puedo ni quiero resistirme a homenajear a sus padres: a Eusebio y a Isabel.

En mi concepción de la vida, han sido un conmovedor ejemplo de conducta ética, pues supieron combinar el apoyo preciso con el respeto a la autonomía de decisión. Así Ángeles pudo alcanzar sus metas y vivir en plenitud muchas facetas de su vida.

Ministerio Fiscal

David Mayor Fernández
Fiscal de la Unidad Coordinadora de discapacidad y/o mayores de la Fiscalía General del Estado

Consumidores vulnerables y personas con discapacidad: análisis multinivel de la eficacia horizontal de una nueva generación de derechos

«De mi debilidad, obtuve una fuerza que nunca me abandonó»
Jorge Luis Borges

A nuestra querida Ángeles de la Blanca, luz de la XLVI promoción de fiscales y vanguardia de la carrera fiscal, *in memoriam*.

Resumen

El análisis multinivel del derecho ofrece una visión de los ordenamientos jurídicos estatales contemporáneos como estructuras soberanas que, al tiempo, se abren a estratos jurídicos originados en niveles supranacionales, especialmente en materia de derechos humanos y derechos fundamentales. La articulación integrada de las normas producidas en cada nivel genera desafíos, pero también sinergias positivas que hacen avanzar los derechos. La evolución del derecho de la discapacidad y el surgimiento de los derechos del consumidor vulnerable convergen, en esa estructura multinivel, como marco de efectividad de una nueva generación de derechos humanos anclada en los principios de igualdad, dignidad y no discriminación. La garantía de los nuevos derechos determina obligaciones positivas, no solo para los poderes públicos, sino también de forma horizontal entre particulares, trascendiendo a las relaciones de derecho privado. El incumplimiento de estas obligaciones respecto de consumidores vulnerables requiere remedios efectivos, como pudiera serlo la nueva acción de anulabilidad por ventaja injusta regulada en el Código Civil. En este proceso de especificación de los derechos humanos, en líneas horizontales, sobre nuevos espacios normativos, el Ministerio Fiscal está llamado a desempeñar un rol esencial como salvaguarda institucional de los derechos de las personas que se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad.

Palabras clave

Accesibilidad universal; ajustes razonables; apoyos; constitucionalismo multinivel; consumidor vulnerable; derechos humanos; discapacidad; discriminación directa; eficacia horizontal; ventaja injusta; vulnerabilidad; Ministerio Fiscal; Unión Europea.

1. Perspectiva multinivel[1] de los derechos de las personas con discapacidad

Los ordenamientos jurídicos estatales contemporáneos —especialmente los de los Estados miembros de la Unión Europea—, están abiertos a regulaciones supranacionales que inciden en la interpretación del contenido de los derechos y libertades y en la regulación de sus garantías constitucionales y legales.

En el caso de España, el fundamento de la apertura de la interpretación de los derechos y libertades constitucionales a niveles supranacionales se encuentra en el artículo 10.2 CE. Este precepto constitucional indica que tal interpretación se hará de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos[2] (en adelante, DUDDHH) y los demás acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España[3]. Entre ellos, se sitúa la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York, aprobada

---

[1] El origen de la construcción teórica del constitucionalismo multinivel se atribuye a Ingolf Pernice, que la desarrolló en sus trabajos de investigación como profesor de Derecho Internacional Público y Europeo en la Universidad Humboldt de Berlín, a partir de 1999. Su planteamiento consiste en un marco teórico-descriptivo del carácter constitucional del proceso de integración europea a partir del Tratado de Ámsterdam. Sus tesis despliegan una nueva perspectiva de análisis jurídico que parte de considerar a los tratados constitutivos de la UE y a las constituciones de los Estados miembros como un cuerpo normativo sustancialmente unido, de naturaleza constitucional, dentro del cual el ejercicio de las facultades inherentes a la soberanía de los Estados miembros, manteniéndose íntegra, está distribuido, de forma coherente, en dos o más niveles. PERNICE, I., *Multilevel constitutionalism, and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited*, Common Market Law Review, n.º 36(4), 1999, págs. 703-750 y Multilevel constitutionalism in the European Union, *European Law Review*, 27 (1/6), págs. 511-529. Su planteamiento se enmarca en el constitucionalismo pluralista, en el que se incluyen otras corrientes doctrinales, con el elemento común de búsqueda de soluciones de articulación normativa más allá del principio de jerarquía, tal y como se expone en PIZZOLO, C., Derecho constitucional en la Unión Europea: *El «constitucionalismo multinivel» como alternativa al problema de la jerarquía normativa*, Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, n.º 9, 2012, págs. 121-130.

[2] Sobre la relevancia jurídica-constitucional de esta apertura constitucional y de la inclusión de la mención explícita a la DUDDHH en la CE, GÓMEZ CUENCA, P., *La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española*, Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén (segunda época), nº 12, 2012, págs. 1-24.

[3] Entre los de carácter general, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH), y, en aplicación del mismo, la jurisprudencia de su órgano de garantía, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH); los Pactos Internaciones de Derechos Civiles y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados por la Asamblea General de NN. UU el 16 de diciembre de 1966; la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, CDFUE), proclamada el 12 de diciembre de 2007, con valor jurídico vinculante desde la aprobación del Tratado de Lisboa, en vigor desde 1 de diciembre de 2009. De carácter sectorial en materia de discapacidad, la propia CDPD. En el ámbito del Consejo de Europa, si bien no existe un instrumento convencional cuyo objeto principal sean los derechos de las personas con discapacidad, sí se han aprobado otros instrumentos con incidencia en la materia, como el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, en vigor desde el 3 de mayo de 2008 (en adelante, CDPD).

De otra parte, el artículo 93 CE articula la posibilidad de que mediante ley orgánica se atribuya a organizaciones o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Este fue el caso de la adhesión de España a las Comunidades Europeas —hoy Unión Europea—, y de la consecuente atribución de competencias a sus instituciones. En este ámbito de integración europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, CDFUE) contiene relevantes menciones a la discapacidad: la primera de ellas, en su artículo 21, como circunstancia enumerada entre las causas de discriminación objeto de interdicción en virtud del principio de igualdad; la segunda, en su artículo 26, en el que se contempla el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

De la combinación de ambos preceptos constitucionales (10.2 y 93 CE) resulta que la CDFUE infiltra, positivamente, nuestro ordenamiento, a través de una doble vía, la que supone la referida incorporación de las normas y actos jurídicos de derecho europeo, sujetos a ella, ex artículo 93 CE y, de otra parte, el propio artículo 10.2, en cuanto la CDFUE también debe considerarse como uno más de los instrumentos ratificados por España en la materia. Adicionalmente, se da la singularidad de que la CDPD ha sido ratificada también por la propia UE[4], circunstancia que eleva la complejidad del análisis multinivel en cuanto incide, también doblemente, en los ordenamientos estatales y en el derecho de la UE.

Esta ratificación de la CDPD por la UE ha sido de gran relevancia para el derecho de la Unión Europea, dado el gran número de materias afectadas por los mandatos convencionales que están atribuidas a la competencia de las instituciones europeas. Su alcance puede constatarse en el contenido de la primera (2010-2020) y de la segunda (2020-2030) Estrategia Europea sobre la Discapacidad y en la repercusión de las normas aprobadas en ejecución de las iniciativas comprendidas en ellas[5].

---

[4] La doble ratificación de la CDPD por la UE y sus Estados miembros constituye, hasta la fecha, el único supuesto en el que la tradición común de los Estados miembros —plasmada en un instrumento ratificado por todos ellos— se refleja también, explícita y formalmente, en un instrumento común formalmente ratificado e incorporado al derecho de la UE, pero surgido en un ámbito institucional diverso. Las instituciones de la UE tienen muy presente la Convención, como demuestra el hecho de que la Nueva Agenda Europea del Consumidor de la UE cite a la propia Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, así como a los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

[5] Entre otras, la Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, *sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público*, el Acta Europea de Accesibilidad aprobada como Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, *sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios.*

Esta perspectiva multinivel se completa dirigiendo la mirada hacia el ámbito interno, ya que muchos de los ordenamientos estatales contemporáneos tienen una estructura federal, compuesta o, en mayor o menor grado, descentralizada, con entidades regionales y locales dotadas de capacidad normativa de diverso rango. Así es el caso del sistema autonómico español, que determina que, en España, en materia de discapacidad, esta estructura normativa multinivel se dé en toda su extensión o recorrido posible: desde las reglamentaciones locales y autonómicas a las estatales y supranacionales.

Como consecuencia, en la interpretación y aplicación de este ordenamiento multinivel concurrirían hasta cuatro altas instancias de garantías de derechos: Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, finalmente, aun cuando no tenga carácter jurisdiccional en sentido propio, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de NN.UU[6].

A las resoluciones de estos tribunales y órganos de monitorización se suman las iniciativas y acuerdos surgidos en instituciones de otros organismos internacionales que, si bien no están dotadas de la misma fuerza vinculante en cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales, también condicionan positivamente la acción de los poderes públicos estatales, como es el caso de la actividad en la materia desarrollada en el ámbito del Consejo de Europa[7].

---

[6] Podemos concluir que el Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad es un intérprete cualificado de la Convención de modo que sus observaciones y dictámenes deben ser considerados por los órganos jurisdiccionales, en especial en las resoluciones que resuelven quejas formuladas frente al mismo. Así lo viene entendiendo la doctrina respecto del Comité de Derechos Humanos de NN. UU, entre otros SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 132. Así está siendo valorado por la jurisprudencia, entre otras en la reciente sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, STS 1595/2023, de 29 de noviembre de 2023, en donde se reconoce el valor de los dictámenes del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de NN. UU. que aprecien lesión de los derechos establecidos en la CDPD. Considera la Sala Tercera que dichos dictámenes constituyen un elemento determinante en la acreditación de la alegación de vulneración de derechos fundamentales constitucionales y concluye que «el contenido de aquéllos (de los derechos reconocidos en la CDPD) constituye parte también del de éstos (de los derechos constitucionales), formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales que amparan ese Comité, además de ser Derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucionalmente, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española según su artículo 10.2».

[7] Así, cabe citar, con origen en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la recomendación 1592 (2003) *Hacia la plena integración social de las personas con discapacidad*; así como la recomendación 1854 (2009) y la resolución 1642 (2008), ambas sobre *la accesibilidad de los derechos de las personas con discapacidad y su participación plena y efectiva en la sociedad*. A su vez, en el ámbito del Comité de Ministros del Consejo de Europa, las recomendaciones Rec (1999) 4 *sobre los principios relativos a la protección jurídica de adultos con discapacidad*; Rec (2004) 10 *sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de personas con enfermedad men-*

La relación entre las regulaciones de los diversos niveles, sus principios de articulación —jerarquía, competencia, primacía—, las técnicas de interpretación y aplicación de los derechos por parte de los respectivos tribunales de garantías y, en definitiva, el diálogo jurisdiccional entre ellos[8], desde esta perspectiva multinivel, conforman uno de los mayores desafíos en los próximos estadios de la evolución del derecho cuya complejidad se verá acrecentada en caso de producirse, finalmente, la proyectada adhesión de la Unión Europea al CEDH[9].

2. El derecho de la discapacidad post-convención: la eficacia horizontal de los Derechos Humanos asentada en el principio de igualdad y no discriminación

El derecho de la discapacidad ha experimentado una constante transformación en las últimas décadas sobre la base de diversos modelos teóricos[10] hasta llegar al alumbramiento de la CDPD como consolidación de un nuevo paradigma en la materia, desde la perspectiva de los Derechos Humanos[11]. La propia CDPD, que

---

tal; Rec (2006) 5 *sobre el Plan de Acción para promover los derechos y completa participación de las personas con discapacidad en la sociedad*; Rec (2009) 08 p*ara lograr la participación efectiva a través del diseño universal* y la Rec (2009) 6 *sobre envejecimiento y discapacidad en el Siglo XXI*: *marcos de sostenibilidad para facilitar una mayor calidad de vida y una sociedad inclusiva*.

[8] Las resoluciones dictadas por el TEDH desde la entrada en vigor de la CDPD muestran la aplicación práctica de este esquema multinivel, plasmado en su fundamentación jurídica, que refiere explícitamente la regulación de los distintos niveles y analiza la repercusión en el caso de cada uno de ellos. Así se constata, entre otras, en las STEDH de 10 de marzo de 2011, 36760/06, caso *Stanev c. Bulgaria*; 22 de marzo de 2016, caso 23682/13, *Guberina c. Croacia*; 31 de enero de 2019, caso 18052/11, *Rooman c. Bélgica*; 31 de mayo de 2022, caso 23077/19, *Arnar Helgi Lárusson c. Islandia*. A su vez, la CDPD ha sido considerada en múltiples resoluciones del TJUE, como son, entre otras, en sentencias de 11 de abril de 2013, asunto C-355/11; 18 de marzo de 2014, asunto C-355/11; 22 de mayo de 2014, asunto C356/12; 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13; 26 de mayo de 2016, asunto C-198/15; 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15; 9 de marzo de 2017, asunto C-406/15; 25 de julio de 2018, asunto C-679/16; 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18; 21 de octubre de 2019, asunto C-824/19; 15 de julio de 2021, asunto C-795/19; 10 de febrero de 2022, asunto C-485/20. Sobre la articulación de los distintos niveles jurisdiccionales, GONZÁLEZ HERRERA, D. *El diálogo judicial en el espacio europeo multinivel: las relaciones del TJUE con el TEDH y los Tribunales Constitucionales*, tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 2020.

[9] El artículo 6.2 del Tratado de la UE, modificado por el Tratado de Lisboa, estableció un mandato de adhesión de la UE al CEDH. Sin embargo, esta previsión no ha llegado a hacerse efectiva, tras el pronunciamiento desfavorable del TJUE, respecto del primer proyecto formulado por la Comisión Europea en 2013, en el Dictamen 2/2013 del TJUE (Pleno), de 18 de diciembre de 2014, emitido a petición de la Comisión Europea sobre el proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la UE al CEDH.

[10] Sobre los modelos teóricos de la discapacidad, DALMEDA PEREZ, M. E., and Gagan C. *Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas*, Revista española de discapacidad n.º 7, 2019, págs. 7-27.

[11] Se ha considerado que, si bien el modelo social está en el impulso de la iniciativa y trabajos de

señala el carácter evolutivo del concepto de discapacidad en la letra e) de su preámbulo, enmarca ese dinamismo y da lugar a una aceleración e intensificación del desarrollo de los modelos teóricos de la discapacidad, así como de las soluciones técnicas para su aplicación en el campo jurídico.

En el ámbito del derecho internacional sobre los derechos humanos, la CDPD se une a la línea histórica de impulsos —surgidos en el seno de los organismos del sistema de Naciones Unidas— dirigidos a hacer efectivo el principio de igualdad y no discriminación[12] consagrado en el artículo 7 de la DUDDHH y plasmado posteriormente en diversos acuerdos internacionales[13]. De ahí la naturaleza transversal de la CDPD, en cuanto sus principios son aplicables al ejercicio de todo tipo de derechos anteriormente reconocidos[14], sin perjuicio de caracterizarse, también, por haber creado nuevos derechos o, conforme algunos autores, nuevas especificaciones de derechos preexistentes[15].

Tras la entrada en vigor de la CDPD, la persona con discapacidad deja de ser considerada únicamente objeto de protección. Pasa a ser reconocida como verdadero sujeto de derechos, titular de todos los derechos humanos, en condiciones de igualdad. Las dificultades y restricciones prácticas en el ejercicio de los

---

desarrollo de la CDPD, finalmente fue superado por el modelo de derechos humanos. Su caracterización, por diferencia con el modelo social, podría concretarse en los siguientes aspectos: la aportación de principios o valores fundamentales a las políticas de discapacidad; la suma, a la interdicción de la discriminación en el ejercicio de derechos civiles y políticos, del pleno reconocimiento en igualdad de los derechos económicos y sociales; la integración de la realidad de las deficiencias como elemento propio de la diversidad humana; la promoción de la identidad positiva de la persona con discapacidad y su emancipación; la conciliación de las políticas de prevención con las de promoción de los derechos humanos y, finalmente, el abordaje de la relación entre discapacidad y exclusión económica y social. DEGENER, T., *Disability in a human rights context*. Laws, n.º 5, 2016, págs. 1-24.

[12] La CDPD invoca, hasta en veinticinco ocasiones, el principio de no discriminación y aporta en su artículo segundo una definición específica para su ámbito de aplicación.

[13] Así, en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[14] Esa naturaleza transversal implica que la perspectiva de la discapacidad sea incorporada de forma creciente a otros sectores del ordenamiento, especialmente a aquéllos que regulan realidades en las que las barreras sociales a la discapacidad generan situaciones de vulnerabilidad.

[15] A diferencia de otros instrumentos internacionales contra la discriminación surgidos en Naciones Unidas, la CDPD aborda de forma integral los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad. No solo hay reafirmación de derechos humanos ya existentes en relación con su aplicación desde una perspectiva del principio de no discriminación, sino también reformulación y enriquecimiento de derechos anteriormente reconocidos, extensión del contenido y alcance de estos y, por último, verdadera innovación con nuevos derechos inherentes y específicos de las personas con discapacidad, tal y como mantiene MEGRET, F. en *The disabilities convention: Human rights of persons with disabilities or disability rights?* Equality and non-discrimination under international law, FARRIOR, S. (dir), Routledge, London, 2017, págs. 269-292. Sobre el proceso evolutivo de especificación de los derechos humanos, BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991.

derechos dejan de tener como efecto jurídico la limitación formal de la capacidad. Muy al contrario, surge un nuevo derecho específico para quien se encuentre en dicha situación: el derecho a un apoyo eficaz[16].

Las limitaciones legales y jurisdiccionales articuladas, anteriormente, a través de la figura de la capacidad de obrar —que se consideraba externamente modulable e, incluso, suprimible—, quedaron proscritas. Estas limitaciones a la capacidad de obrar —en la práctica, en ocasiones, auténticas barreras, aún justificadas en la pretendida protección de un interés superior de la persona—, pasan a ser un elemento de obligada remoción, constituyendo su eliminación uno de los mandatos convencionales dirigido a los poderes públicos.

En una suerte de efecto de irradiación de los derechos humanos a todo el ordenamiento jurídico, los principios imbricados en dichos derechos tienen también el alcance de mandatos de optimización[17]: constituyen obligaciones para los poderes públicos en orden a promover las condiciones favorables para su óptima eficacia. Esta vinculación positiva, de la que derivan verdaderas obligaciones de hacer, implicarían también, de forma horizontal, a los sujetos de derecho privado, es decir, a las relaciones entre particulares. Si bien puede cuestionarse que esa eficacia horizontal entre particulares sea siempre inmediata —no requerida de desarrollos legislativos—, resulta pacífico concluir cierto efecto directo entre ciudadanos y sujetos de derecho privado[18]. Así sucedería cuando está en juego el ejercicio de un derecho al amparo del principio de no discriminación, especialmente en relación con personas o colectivos que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad[19]. Y, en todo caso, esta eficacia horizontal se dará de

---

[16] El artículo 12.3 CDPD establece que los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

[17] ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 86.

[18] En derecho comparado se atribuye a la doctrina y jurisprudencia alemana la primera construcción teórico-técnica de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, conocida como *Drittwirkung der Grundrechte*. DE VEGA GARCÍA, P.: *«La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la Drittwirkung der Grundrechte»*, Derecho PUCP, n.° 46, 1992, p. 372.

[19] Cfr. sobre la eficacia horizontal inmediata o directa de los derechos fundamentales, ALEXY, R., obra citada, pág. 506-523; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «La eficacia de los derechos fundamentales» en BASTIDA FREIJEDO, F.J (Coord.), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005. págs. 189-195; TOMÁS MALLEN, B., «Derechos Fundamentales y Drittwirkung en perspectiva multinivel: desarrollos recientes en el derecho europeo». *Revista de Derecho Político*, n.° 115, 2022, págs. 207-235; y GARCÍA RUBIO, M.P., (2002): «La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los derechos fundamentales», *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. I, Colegio Notarial de La Coruña, págs. 297-314 y VIVAS TESÓN, I., La horizontalidad de los derechos fundamentales. *Bienes de la Personalidad*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2008, págs. 205-213. Nuestro Tribunal Constitucional ha incorporado esta doctrina y técnica en diversas resoluciones, dictadas en asuntos empapados de la consideración de nuestro ordenamiento constitucional como un Estado Social de Derecho. Así, la temprana STC 38/1981,

manera mediata a través de la interposición de la actividad legislativa en cumplimiento de dichos mandatos de optimización.

En ese contexto se integra en nuestro ordenamiento el artículo 4. e) de la CDPD en cuanto obliga a los Estados a tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad. El desarrollo de este mandato de la CDPD —que enlaza con el general de optimización de la libertad e igualdad establecido en el artículo 9.2 CE y con el amparo especial para el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad recogido como principio en el artículo 49 CE— fue inicialmente abordado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (en adelante, TRLDPDIS).

Posteriormente, en el bienio 2021-2022, se produce la aprobación en España de nuevas normas de rango legal en la materia, como consecuencia de ese constante dinamismo impulsado por la CDPD. Del resultante nuevo derecho de la discapacidad destaca, de una parte, la normativización de un concepto amplio y evolutivo de la discapacidad: ya no como una caracterización estática del individuo sino como un balance dinámico de múltiples circunstancias —personales, contextuales y ambientales— susceptible de aplicarse a todas las personas. Y, de otra parte, el tratamiento jurídico integral de la discapacidad mediante diversos instrumentos normativos que abordan, entre otras, tres cuestiones clave interrelacionadas entre sí: la garantía de la accesibilidad universal, la realización de ajustes razonables como deber positivo tanto a cargo de poderes públicos como de determinados sujetos de derecho privado y, finalmente, los apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica.

Se trata de tres normas legales llamadas a consolidar y perfeccionar el nuevo marco jurídico de la discapacidad de forma plenamente consistente con la CDPD: 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 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del TRLDPDIS *para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación*. Y, finalmente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y no discriminación*.

De ellas se desprenden concretas obligaciones positivas para los poderes públicos y, también, para determinados sujetos de derecho privado en orden a: a) la provisión de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica y el establecimiento de

---

de 23 de noviembre o, entre otras, la STC 88/1985, de 19 de julio, la STC 177/1988, de 10 de octubre y la STC 108/1989, de 8 de junio, todas ellas en materia de relaciones laborales.

las salvaguardas necesarias; b) la realización de los ajustes razonables requeridos en materia de accesibilidad universal, así como en relación con la facilitación de la actuación de los apoyos; y c) como cláusula de cierre de las garantías del sistema, la equiparación de la denegación de los ajustes razonables —también en determinadas relaciones entre particulares— a la discriminación directa[20].

3. La convergencia de la salvaguarda de derechos de la persona con discapacidad y la garantía de los derechos del consumidor vulnerable

3.1. Análisis multinivel de la construcción y evolución del concepto de consumidor vulnerable

La misma perspectiva de análisis multinivel puede ser aplicada en materia de derechos de los consumidores y usuarios vulnerables, si bien aquí los mayores avances se deben al impulso dado por el derecho de la Unión Europea. Actualmente, la CDFUE contempla en su artículo 38, como principio, que «las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores». A este punto se llega tras un recorrido de evolución normativa que se remonta a los inicios de la integración europea. Así, en torno a la creación y desarrollo del mercado común, a la libertad de circulación de bienes y servicios y, posteriormente, en el marco del establecimiento de la unión económica y monetaria, las sucesivas reformas de los tratados constitutivos fueron incluyendo y ampliando las referencias a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios[21].

En ese marco europeo, la protección del consumidor vulnerable surge en diversas iniciativas de la Comisión y del Parlamento como reacción a ciertas consecuencias, no deseadas, de la jurisprudencia del TJUE en torno al concepto de *consumidor medio*. Este concepto había nacido y se había consolidado en algunas resoluciones que buscaban, principalmente, fijar un estándar de consumidor de referencia como parámetro de contraste de la adecuación a derecho de la información suministrada por productores y proveedores de bienes y servicios a particulares. Ese estándar se definía como «la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz»[22].

---

[20] Así se ha establecido en el artículo 6.1.a) de la Ley 15/2022, profundizando en el concepto de discriminación definido en el artículo 2 de la CDPD.

[21] Así, en primer lugar, en el artículo 153 del Tratado de la Comunidad Europea y, posteriormente, en el artículo 12 del Tratado de Funcionamiento de la UE, como principio transversal informador de la política y el ordenamiento europeo y en el artículo 169, que integra el Título XV dedicado a la protección de los consumidores.

[22] De la referida línea jurisprudencial se puede destacar, por ser identificada como la resolución que

Posiblemente, el hecho de que en aquel momento el peso normativo de la libertad de circulación de bienes fuese mucho mayor que el de la protección del consumidor, determinó que las resoluciones del TJUE soslayaran las consecuencias indirectas de tal perspectiva: la consagración de este estándar del consumidor medio limitó sustancialmente las posibilidades de exigir al proveedor mayor sensibilidad en la información comercial respecto de consumidores que se encontrasen en una posición de especial debilidad. Así, parecían cerrarse las puertas a la protección de otros grupos de consumidores que, fuera de ese estándar, pudieran ser víctimas de error, debido a una información insuficiente, inexacta o en un formato no accesible para ellos[23].

Con todo, la semilla de un sistema europeo de protección de los consumidores vulnerables estaba ya en los inicios de la integración y posteriormente germinaría bajo el riego de las iniciativas de diversas instituciones europeas. Particularmente, a impulsos de la más próxima a la directa participación democrática, es decir, del Parlamento Europeo.

Así, puede señalarse como punto de inflexión la aprobación de la Directiva 2005/29/CE *relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.* Fue una de las primeras normas de la UE que abordó la consideración del consumidor vulnerable como factor de corrección de la referida jurisprudencia sobre el consumidor medio[24]. A partir de ahí son muchos los hitos remarcables que jalonan ese camino evolutivo. De entre todos ellos, es interesante constatar que los mayores avances se han producido en el contexto de las medidas tomadas por las instituciones de la UE para afrontar las consecuencias de las dos grandes crisis económico-financieras del siglo XXI: la Gran Recesión iniciada en 2008 y la crisis derivada de la pandemia causada por el virus SARS-Cov-2, iniciada en 2020.

---

supuso su definitiva consolidación, la STJUE de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96, *Gut Springenheide*.

[23] Las conclusiones del Abogado General en el asunto C-221/00 afirmaban que «el TJCE es crítico respecto a las interpretaciones muy paternalistas» y que «la existencia de un grupo de consumidores a los que una indicación pueda inducir a error no basta por sí para justificar un obstáculo a la libre circulación de mercancías».

[24] El considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE subraya la necesidad de matizar o complementar la doctrina del consumidor medio como estándar de referencia en materia de protección de los derechos de los consumidores al señalar que *«la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales».*

Así, en 2012, en el marco de las actuaciones de recuperación de la primera de ellas, se culminó por la Comisión la «Agenda del Consumidor Europeo para impulsar la confianza y el crecimiento»[25], aprobada junto con la Resolución de 22 de mayo de 2012 del Parlamento Europeo *sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables*. De esta primera Agenda del Consumidor resultaría, posteriormente, el Reglamento 254/2014, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, *sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020*, el cual, en su exposición de motivos, «apuesta claramente por la protección de las personas consumidoras vulnerables a través de la inclusión de previsiones legislativas especiales».

Años más tarde, en el contexto de la segunda de las crisis referidas, la Comisión Europea impulsó una Nueva Agenda del Consumidor para el periodo 2020-2025. Aquí encontramos la culminación de la evolución que venimos refiriendo, en cuanto se subraya que «algunos grupos de consumidores en determinadas situaciones pueden ser particularmente vulnerables y necesitar salvaguardias específicas» y que «una falta de accesibilidad puede poner a las personas mayores o con discapacidad en situaciones de exclusión o limitar sus interacciones».

Ya en el marco de nuestro ordenamiento interno, nuestra Carta Magna contempla en su artículo 51 —como parte de los principios rectores de la política social y económica— la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios. Este mandato constitucional responde a la realidad de la posición del consumidor en el mercado contemporáneo: el consumidor está, ya de partida, en posición de inferioridad y, en consecuencia, de vulnerabilidad precisada de protección por parte del poder público. Ello explica que la concurrencia de circunstancias adicionales que agravan esa posición de inferioridad del consumidor haya llevado a parte de la doctrina a calificarlas como situaciones de «hiper - vulnerabilidad»[26].

Bajo este principio y mandato constitucional, el derecho de consumo se extiende en nuestro ordenamiento sobre múltiples materias en las que inciden competencias tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. La protección de los derechos de los consumidores no está incluida como título competencial específico ni en el artículo 148.1 ni en el artículo 149.1 CE. En consecuencia, de

---

[25] Esta primera Agenda del Consumidor Europeo de 2012 contiene también referencias a la edad y a la discapacidad como circunstancia que puede determinar una mayor vulnerabilidad del consumidor al señalar que «el contexto (actual) también puede acentuar la situación de desventaja de los consumidores vulnerables, como las personas con discapacidad o con movilidad reducida, que tienen dificultades para acceder a la información y entenderla, así como para encontrar los productos y servicios apropiados en el mercado».

[26] PELEGRINO TORAÑO, L.A., *Los daños por productos defectuosos ante consumidores vulnerables por falta de accesibilidad en el derecho español*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, n.º 18, 2023, págs.172-199.

conformidad con el artículo 149.3 CE, los Estatutos de Autonomía han asumido como competencias propias las relativas a la defensa del consumidor y usuario y al comercio interior.

El Tribunal Constitucional tuvo temprana ocasión de pronunciarse señalando que la competencia de las Comunidades Autónomas en esta materia debe entenderse delimitada por aquellos títulos competenciales exclusivos del Estado que inciden también sobre el mismo campo[27]. Así, la asunción de competencia en forma «plena» —en cuanto comprende facultades legislativas, reglamentarias y administrativas— por parte de los Estatutos de Autonomía ha sido considerada como un título competencial estatutario que funciona como una «cláusula residual de competencia autonómica en la materia para todas aquellas de sus manifestaciones que no sean de competencia estatal en virtud de un título constitucional específico (…)[28]».

El TC ha subrayado que, en consideración al «contenido pluridisciplinar de la materia, en el que se concita una amplia variedad de áreas que sí han sido directa y expresamente tomadas en consideración por el artículo 149.1 de la CE a efectos de concretar las competencias del Estado [...] resulta una materia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas»[29]. Sobre esa base, el TC también ha tenido ocasión de abordar el complejo deslinde entre los aspectos administrativos y civiles en la regulación de los derechos de los consumidores[30]. Ese ha sido el principal criterio utilizado en sus resoluciones para tratar de fijar una línea clara para delimitar el ámbito de los títulos competenciales autonómico y estatal[31] y, en consecuencia, las concretas materias sobre las que Estado y Comunidades Autónomas pueden, respectivamente, legislar. Estas atribuciones normativas de ambos niveles territoriales están llamadas a ser, necesariamente, complementarias, teniendo en cuenta que «la protección de los consumidores y usuarios en el mercado puede realizarse —y de hecho se realiza mayoritariamente— a través de normas civiles y mercantiles, cuya competencia es exclusiva del Estado»[32], a salvo los derechos civiles forales y especiales de determinados territorios.

---

[27] Así cabe citar las STC 71/1982 y la STC 88/1986 como las primeras resoluciones del TC en realizar esa delimitación de la competencia autonómica en materia de consumo en relación con otras competencias estatales exclusivas como son las de bases y coordinación general de la sanidad, legislación o régimen sobre determinados productos, legislación civil y mercantil y legislación procesal.

[28] ESCRIBANO COLLADO, P., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La posición de las Corporaciones Locales». *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, 1998, págs. 307-322.

[29] STC 239/1989, de 26 de enero.

[30] STC 37/1997, por todas, en cuanto recopila y sistematiza jurisprudencia anterior.

[31] MARTÍN DURBÁN, I., «Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal Constitucional». *Derecho privado y Constitución*, n.º 30, 2016, págs. 257-288.

[32] CARRASCO PERERA, A., Sociedad de la información y protección del consumidor como títulos competenciales. *Parlamento y Constitución*. Anuario, nº 6, 2002 págs. 145-204.

En ese marco de referencia competencial, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, de trasposición de la referida Directiva 2005/29/CE al derecho interno español, supuso la primera introducción de una referencia al concepto de consumidor vulnerable en nuestra legislación estatal. A pesar de carecer de una definición explícita y completa del término[33], sí que contenía —a diferencia de las reformas legislativas posteriores, incluso las más recientes— menciones a la discapacidad y a la edad como eventuales causas de vulnerabilidad.

La definición del concepto normativo de consumidor vulnerable sí que fue intentada con mayor profusión por las Comunidades Autónomas, si bien con cierta diversidad tanto en su denominación, como en su caracterización y regulación. Así, pueden encontrarse disposiciones autonómicas que, aun siendo bastante heterogéneas, tienen en común referir como colectivos vulnerables, entre otros, a las personas con discapacidad y a las personas mayores.

Finalmente, en 2021 —tras una larga etapa en la que la idea de especial vulnerabilidad de determinados consumidores se fue haciendo presente en normas territoriales y sectoriales, con la heterogeneidad referida—, al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (en adelante, TRLGDCU), se le incorpora una definición legal de consumidor vulnerable con carácter de legislación estatal básica[34].

Así, el artículo 3 del TRLGDCU, reformado por el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, *de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica*[35], se ve complementado con un apartado segundo en el que se plasma tal definición legal: «tienen la consideración de per-

---

[33] El artículo 4.3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en su redacción consolidada tras la referida reforma estableció que *«las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. (…)»*.

[34] En virtud de lo dispuesto en la D.F.1ª del RD Legislativo 1/2007, tanto la definición de consumidor como de consumidor vulnerable incluidas en su artículo 3 tienen el carácter de legislación básica estatal.

[35] La modificación legislativa se produjo, en un primer momento, con la aprobación del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Tras su convalidación, fue tramitado como proyecto de ley, dando lugar a la Ley 4/2022, de 25 de febrero. Se constata nuevamente que el impulso definitivo a la protección de la vulnerabilidad ciudadana en nuestro derecho de consumo se produce en el contexto del abordaje jurídico de la realidad social y económica resultante de la crisis derivada de la pandemia originada por el COVID-19, justificación que se incluye tanto en la normativa española como en el marco normativo europeo de constante referencia en la exposición de motivos de esta.

sonas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad».

3.2 Discapacidad y avanzada edad como circunstancias determinantes de la vulnerabilidad del consumidor

A diferencia de lo establecido en la Ley 29/2009, que sí incluía una mención a la edad y a la discapacidad como circunstancias que podrían determinar vulnerabilidad, la definición de consumidor vulnerable introducida en 2021 en el artículo 3 TRLGDCU no las menciona. No obstante, la técnica legislativa utilizada, en cuanto hace uso de una fórmula más abierta y omnicomprensiva, merece una valoración favorable. Efectivamente, ni la edad ni la discapacidad determinan, *per se*, la vulnerabilidad. Serán las particularidades del caso, «respecto de relaciones concretas de consumo» y en razón de «las características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales» las que darán lugar o no a una «especial situación de subordinación, indefensión o desprotección» restrictiva del ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.

La interpretación lógica permite concluir que entre las referidas «circunstancias personales» que podrían determinar esa vulnerabilidad, están incluidas, entre otras, la edad y la discapacidad. Interpretación que queda refrendada por la exposición de motivos del legislador, prolija en referencias a la edad y a la discapacidad a tal efecto[36]. Conforme a la misma, las personas con discapacidad y las

[36] Así, tanto la exposición de motivos del RD Ley 1/2001 como de la Ley 4/2022 a la que posteriormente dio lugar nos recuerdan que «las personas mayores son uno de los grupos más numerosos de consumidores en España. Según los datos provisionales del Instituto Nacional de Estadística (INE) de enero de 2020, hay 9.278.923 personas de 65 o más años para un total de población española de 47.332.614, lo que supone un 19,6% del total de la población. En muchas ocasiones, factores que pueden estar asociados a la edad, como el estado de salud, el desfase generacional o el nivel sociocultural, influyen en la posibilidad de las personas mayores para desenvolverse como personas consumidoras en igualdad de condiciones, principalmente en la sociedad de la información actual. Además, las personas mayores enfrentan en ocasiones barreras relacionadas con la forma en que se genera o proporciona la información en las relaciones de consumo, incrementándose el riesgo de que puedan ser inducidas a error, así como barreras relacionadas con prejuicios y estereotipos asociados a la edad. (…) Respecto de las personas con discapacidad, se afirma de acuerdo con la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia, elaborada por el INE en 2008 (último informe disponible), el número de personas con alguna discapacidad se elevaba a 3.847.900 personas, de las cuales 1.600.000 aproximadamente son menores de 65 años. (…) En tal sentido, estas personas están más expuestas a la quiebra y vulneración de sus derechos como personas consumidoras, por cuanto en muchas ocasiones el mercado de bienes, productos y servicios carece de condiciones de accesibilidad universal, dificultando su des-

personas mayores constituyen dos de los colectivos de atención prioritaria al respecto[37]. Sin embargo, tal y como hemos planteado, podría considerarse que no necesariamente todas las personas con discapacidad y personas mayores son, en las relaciones concretas de consumo, consumidores vulnerables. Sí lo serán cuando se encuentren en la especial situación —ahora legalmente definida— de «subordinación, indefensión o desprotección».

Ahora bien, ¿cuáles son las circunstancias que determinarían esa especial situación? Evidentemente, el casuismo sería tan amplío que imposibilitaría cualquier pretensión de enumeración exhaustiva. Pero, en términos generales, podemos concluir —y es aquí donde el derecho de los consumidores y el derecho de la discapacidad confluyen— que las personas con discapacidad y personas mayores son consumidores vulnerables cuando se ven privados de los ajustes razonables y de los apoyos que precisen para situarse en plano de igualdad en el ejercicio de sus derechos.

Como hemos referido en apartados anteriores, las últimas reformas legales en materia de discapacidad han supuesto un salto cualitativo hacia adelante: el derecho a la accesibilidad universal, a los ajustes razonables de los procedimientos y a los apoyos a la capacidad jurídica se han consolidado mediante obligaciones positivas tanto para los poderes y administraciones públicas como para los particulares. Estos avances tienen aplicación —explícitamente indicada por el legislador—, en las relaciones de consumo y, en particular, en relación con el consumidor vulnerable.

Así, en primer lugar, debe valorarse la incidencia de la Ley 8/2021 en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad. Sus disposiciones han establecido un completo sistema de soporte, flexible, para dar una respuesta idónea y proporcionada a cada caso, configurando el apoyo como un verdadero derecho de la persona con discapacidad y haciendo girar el mismo sobre un principio clave: el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Como consecuencia, también en el ámbito del derecho de consumo la persona con discapacidad se sitúa como sujeto pleno de derechos, ejercitables por sí mismo, como consumidor y usuario. El derecho a ser asistido con los apoyos precisos se integra con el derecho sustantivo como consumidor: la restricción o los obstáculos a la efectividad del derecho instrumental al apoyo devendrá en paralela lesión del derecho sustantivo que como consumidor se pretenda defender o ejercitar.

---

empeño como consumidores protegidos».

[37] La edad y la discapacidad fueron consideradas también circunstancias determinantes de una eventual vulnerabilidad respecto del cliente financiero en el Proyecto de Ley 121/000134, presentado en la XIV Legislatura, por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes que no llegó a aprobarse.

En segundo lugar, en materia de accesibilidad, la Ley 6/2022 ha introducido en el TRLGDPDIS la definición de accesibilidad universal como «condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios» y extiende su aplicación, en virtud de los dispuesto en su artículo quinto, a los «bienes y servicios a disposición del público». Esto es, de por sí, ilustrativo de su impacto positivo en los derechos, como consumidores, de las personas con discapacidad[38]. Esta norma debe entenderse complementada con la posterior Ley 11/2023, de 8 de mayo, que lleva a cabo la trasposición de la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, *sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios*.

En tercer lugar, en materia de igualdad y no discriminación, la Ley 15/2022, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 3.k), incluye en su ámbito de aplicación el «acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar». A su vez, en su artículo 17 se extiende a la oferta al público de bienes y servicios y contiene específicas menciones, entre otros, al ámbito comercial, profesional, servicios financieros, seguros, transporte y ocio. Como ya se apuntaba más arriba, esta ley completa eficazmente todo el sistema legal de nuevas garantías de los derechos de las personas con discapacidad en cuanto integra todas las relativas a la accesibilidad y a los apoyos en la definición legal de discriminación directa por denegación de ajustes razonables[39].

La interpretación conjunta de las disposiciones y principios de estas tres normas —Ley 8/2021, Ley 6/2022 y Ley 15/2022—, en el marco global y europeo de referencia, conduce a concluir que el incumplimiento de las obligaciones en materia de accesibilidad universal, la denegación de los ajustes razonables o la obstaculización del despliegue de los apoyos a la capacidad jurídica constituyen discriminación directa, también en el ámbito de las relaciones de consumo. La acreditación de dicha discriminación tendrá, a su vez, sus consecuencias en relación con la eventual ineficacia de los respectivos actos o negocios jurídicos en que se haya producido.

---

[38] El alcance de esta norma se deja ver en su primer desarrollo reglamentario, el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, *por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público*. En su capítulo III incluye normas específicas aplicables a determinados tipos de bienes y servicios: en el ámbito del consumo en general (artículo 16); en relación con el comercio minorista (artículo 17) y en relación con los bienes y servicios de carácter financiero, bancario y de seguros (artículo 18).

[39] El apartado segundo del artículo 6.1.a) de la Ley 15/2022 incluye en el concepto legal de ajustes razonables «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal (…) para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos».

4. Las garantías legales de los derechos del consumidor vulnerable: obligaciones para proveedores de bienes y servicios y acciones en defensa de los derechos del consumidor

En ese marco normativo conformado por los niveles global y europeo del ordenamiento, la Ley 4/2022, de 25 de febrero, *de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica* introdujo en el TRLGDCU diversas disposiciones con vocación de asegurar los derechos del consumidor vulnerable frente a determinadas prácticas comerciales en concretos contextos de contratación.

Así, a partir de la ya comentada definición legal de consumidor vulnerable, se incorporan diversos preceptos al TRLGDCU que establecen, en primer lugar, obligaciones para los poderes y administraciones públicas (artículo 8.2) al determinar que «los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención» y que los poderes públicos «promocionarán políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de los mismos».

Esta orientación general se plasma a lo largo del articulado del TRLGDCU en numerosas concreciones para la obligada atención a situaciones de vulnerabilidad en diversos ámbitos: formación y educación de los consumidores (artículo 17.3); reglamentaciones sobre etiquetado y presentación de bienes y servicios (artículo 18.2); prácticas comerciales en relación con las comunicaciones comerciales, información precontractual, atención poscontractual y el acceso a bienes o servicios básicos (artículo 19.6); oferta e información comercial (artículo 20.2); información previa a la contratación (artículo 60.1, segundo párrafo); y, por último, información precontractual en los contratos a distancia, fuera del establecimiento mercantil y contratos en línea (artículos 97 y 97 *bis*).

Se constata en los referidos preceptos el establecimiento de verdaderas obligaciones para los proveedores de bienes y servicios sujetos de derechos privado: facilitar a los consumidores o usuarios vulnerables información clara, comprensible, veraz (artículo 18.2); formatos que garanticen la accesibilidad (artículos 8.1, 18.2, 97.1 y 97 *bis* 1); aseguramiento de la adecuada comprensión de la información comercial, precontractual y contractual (artículos 18.2, 20.2; 60,1; 80.1.a); e, incluso, no obstaculizar el proceso de toma de decisiones a fin de que se realice en condiciones que permitan al consumidor vulnerable adoptar las que sean óptimas para sus intereses (artículo 8. d) TRLGDCU), lo que abarcaría no impedir ni poner trabas al despliegue del apoyo con el que la persona pudiera contar.

El incumplimiento de estas obligaciones legales en materia de protección del consumidor vulnerable podrá dar lugar, en su caso, a infracción administrativa en materia de consumo. Cabe destacar que este incumplimiento podría alcanzar la calificación de «actuación discriminatoria» prevista en el artículo 47.1.l TRLGDCU, puesto en relación con el artículo 6.1.a, segundo párrafo, de la Ley 15/2022, en cuanto establece, como ya se ha referido, que será considerada discriminación directa la denegación de ajustes razonables. A ello hay que añadir que tendrá la consideración de infracción grave si los hechos se hubieran realizado «explotando la especial inferioridad, subordinación o indefensión de determinados consumidores o de grupos de ellos» (artículo 48.3.b TRLGDCU).

Pero más allá de las consecuencias en el plano administrativo, cabe analizar las relativas al eventual ejercicio de acciones colectivas e individuales, estas últimas acumulables a las primeras, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 53 y ss. TRLGDCU. Así, en primer lugar, respecto de las acciones colectivas debe considerarse que el incumplimiento de las obligaciones de ajustar la oferta comercial a las circunstancias del consumidor vulnerable tiene la consideración legal de práctica desleal por engañosa, en razón de lo dispuesto en el artículo 20.6, TRLGDCU y en el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, *de competencia desleal*, norma que a su vez contempla en su artículo 32 la posibilidad de ejercitar tanto acciones colectivas —declarativa, cesación, remoción, rectificación— como individuales de resarcimiento de daños y perjuicios. En ambos textos legales se contempla la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación.

Entre las posibilidades de ejercicio de acciones individuales, si el incumplimiento se produjese respecto de las obligaciones establecidas en la regulación de la información precontractual, debe tenerse en cuenta la aplicación del artículo 65 TRLGDCU. Este precepto establece —para el caso de la anulación parcial del contrato o de alguna de sus cláusulas— la integración del mismo, en beneficio del consumidor, con arreglo al principio de buena fe objetiva.

Ya en relación con la contratación a distancia, fuera del establecimiento mercantil y en línea, el incumplimiento de las garantías de los derechos del consumidor vulnerable respecto del contenido y forma del contrato podría entenderse equivalente a su no entrega en forma alguna, abriendo las puertas a su posible nulidad, a instancias del consumidor vulnerable afectado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 TRLGDCU.

En definitiva, en relación con las acciones individuales, el consumidor vulnerable estaría legitimado para su ejercicio en sus diversas modalidades tanto respecto de las fundamentadas específicamente en la legislación de consumo, general y sectorial, como también las que se pudieran plantear con base en la re-

gulación de obligaciones y contratos del Código Civil. Unas y otras pueden dar lugar, según los supuestos, a la anulación parcial de cláusulas del contrato —y su ulterior integración— a la anulación de todo el negocio jurídico o, en determinados supuestos, a su rescisión y, en su caso, a la respectiva reclamación de daños y perjuicios.

5. Un remedio novedoso para salvaguarda del consumidor vulnerable: la acción de anulabilidad por ventaja injusta

5.1. Antecedentes, naturaleza y fundamento de la acción

Ahora bien, ¿se ha introducido en esta nueva legislación alguna acción específica para el consumidor vulnerable que habilite la pretensión de ineficacia de una contratación que ha incumplido estas disposiciones legales?

La respuesta pudiera parecer, a primera vista, negativa: las reformas de la legislación en materia de vulnerabilidad del consumidor no han incluido un mecanismo específico para interesar la ineficacia del contrato por razón de dicho incumplimiento. Ello a pesar de que esta era una necesidad que venía siendo apreciada por la investigación y la doctrina académica.

Así, se venía considerado que «el sistema jurídico debería prever soluciones para la parte que ha sufrido el déficit de información que le permitieran desvincularse o no del contrato; (…) y debería permitir que fuera la parte perjudicada por el contrato la que instara o bien la resolución o rescisión del contrato, o la adaptación del mismo, en función de la relevancia de la información omitida o falseada y su repercusión sobre la economía del contrato»[40].

Se trataría de una posición coherente con lo recomendado en el Marco Común de Referencia del Derecho Civil Europeo, en el que se indica que el incumplimiento de las obligaciones de información previa a la contratación podría dar lugar a la resolución del contrato, cuando menos de forma subsidiaria, si se incumplen las obligaciones resultantes de su ulterior integración conforme a las expectativas razonables de la otra parte (artículo 3:109 DCFR)[41].

Entre las soluciones que se barajaban por la doctrina se proponía introducir una acción rescisoria por ventaja injusta para «vehicular la responsabilidad precontractual de la parte fuerte por no considerar los intereses de la otra parte y captar, en un

[40] BARCELÓ COMPTE, R., *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*. Barcelona: Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons., pág. 300-301.

[41] JEREZ DELGADO, C. «Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR).» Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2015

grado menor al del dolo, la violencia o la intimidación, la voluntad de la otra parte»[42]. Esta acción por ventaja injusta tendría referentes en previas propuestas formuladas en diversos foros de homologación internacional del derecho privado como son las figuras de la *gross disparity*[43] y del *excessive benefit or unfair advantage*[44].

Esta idea de *ventaja injusta* fue introducida por primera vez en nuestro derecho civil territorial en 2017, en el artículo 621-45 del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCa), como facultad de rescisión de los contratos de compraventa, con explícita extensión de su aplicación a los de compraventa de consumo. Su ejercicio se posibilita en caso de acreditarse que «(…) en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta».

Posteriormente, la ventaja injusta fue introducida también en el derecho civil común por la Ley 8/2021, en sus disposiciones relativas a la reforma del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Entre otros preceptos, el artículo 1302.3 CC la incorpora a las circunstancias que pueden constituir presupuesto de hecho de la acción de nulidad —conforme a doctrina mayoritaria, anulabilidad— de los contratos celebrados por la persona con discapacidad[45]. Difiere de

---

[42] BARCELÓ COMPTE, R., obra citada, pág. 302 y, también, citada en la misma, GARCÍA RUBIO, M. P., «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *Anuario de Derecho Civil*, 63, IV, 2010, págs. 1621-1642.

[43] Artículo 3.2.7 de los principios UNIDROIT: «Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato»

[44] Artículo 4: 109 PECL: *(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.*

[45] Artículo 1302.3 CC: «Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la con-

la regulación catalana, entre otros aspectos, en la naturaleza de la acción —nulidad frente a rescisión— y en la menor concreción de lo que deba de entenderse por ventaja injusta. Además de fundamento de esta acción de anulabilidad, la ventaja injusta aparece en otros preceptos —1163, 1302, 1304, 1314 y 1765 CC—, pudiendo concluirse que en todos ellos constituye un mecanismo de salvaguarda legal de los derechos de las personas con discapacidad frente a quien se prevale o aprovecha de la necesidad de apoyo o de ajustes que no está eficazmente cubierta o atendida.

Pero la principal diferencia respecto del antecedente legislativo catalán es que en el Código Civil no se menciona su aplicación a los contratos de consumo. Esto lleva a plantearse si su ámbito se extiende o no a los contratos celebrados por los consumidores. Frente a la posición de algunos autores que apuntan una respuesta negativa[46], podemos encontrar argumentos sobre los que asentar dicha aplicación: de una parte, por ser el CC supletorio respecto de lo no previsto en otras leyes[47] y, de otra parte, con mayor fuerza, en la especificidad de sus normas reguladoras de la eficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad[48].

Resultaría incongruente concluir que estas salvaguardas legales de los derechos de las personas con discapacidad frente a la ventaja injusta en la contratación se limitan a contratos de derecho privado entre particulares no profesionales,

---

tratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

[46] Así puede desprenderse de lo mantenido, respectivamente, por EGUSQUIZA BALMASEDA y, citada por ella, ÁLVAREZ LATA, si bien la consistencia de su postura, sólidamente argumentada, parece circunscribirse al primer inciso del presupuesto de hecho contemplado en el segundo párrafo del artículo 1.302.3 CC, relativo a quién, necesitándolas, contrata sin medidas de apoyo, por considerar que, en el ámbito de la contratación de consumo, especialmente a distancia y en línea, no se darán las circunstancias que permitan conocer a la otra parte ni la necesidad de apoyo ni la incomparecencia de este. Sin embargo, mantenemos que la eventualidad de que el proveedor llegue a conocer dicha circunstancia sí que es posible y no se puede descartar *a priori*. Y, en cualquier caso, respecto del segundo supuesto, aprovechamiento de otro modo de la discapacidad, el proveedor a distancia o en línea sí que puede tener, de forma bastante habitual, evidencia de la situación de discapacidad y de la necesidad de apoyo, y aprovecharse de ella. EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. Capítulo 42, «La reforma del régimen de la anulabilidad» en LLEDÓ YAGÜE, F, (Dir., *inter alia*) *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad, Estudio Sistemático de la Ley 8/2021*, Madrid, Dykinson, 2022, págs. 1171-1172 y ÁLVAREZ LATA, M., Capítulo 48, «El artículo 1263»., en GUILARTE MARTIN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pág. 1019.

[47] Las disposiciones del Código Civil se han de entender aplicables como supletorias en las materias regidas por otras leyes, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 4.3.

[48] EGUSQUIZA BALMASEDA, en la obra citada, pág. 1171, parece inclinarse por la posición contraria, es decir, considerar la legislación de consumo de preferente aplicación. En relación con este punto mantenemos que las dos regulaciones tienen que ser aplicadas, de forma integral y complementaria.

excluyendo los de consumo. En el tráfico jurídico-económico contemporáneo los contratos privados entre particulares representan una porción ínfima respecto de la vida jurídica de la generalidad de los ciudadanos. En la actualidad, la práctica totalidad de contratos que se realizan en las situaciones de la vida ordinaria son contratos de consumo, que están presentes de forma continua en el día a día de la mayoría de las personas. La interpretación lógica, entonces, llevaría a concluir que el legislador habría pretendido abarcar la realidad de la contratación de forma integral, incluyendo toda su fenomenología, especialmente la de consumo, por ser más frecuente en la realidad social[49].

En todo caso, para la adecuada comprensión de este concepto jurídico indeterminado, la doctrina nos indica que debe entenderse integrador de dos realidades relacionadas, pero necesitadas de diferenciación para entender su complementariedad: la injusticia procedimental y la injusticia sustantiva[50]. Así, la ventaja injusta procedimental, vendría referida a la especial vulnerabilidad que presenta de inicio una de las partes del contrato, circunstancia conocida por la parte fuerte, que la aprovecha. Este aprovechamiento es manifiesto cuando se incumplen las obligaciones que la buena fe, o la ley explícitamente, le exigen en tal situación. En la concreta regulación que analizamos esta ventaja injusta procedimental pivota sobre dos referencias, que podrían darse simultáneamente, si bien basta con que concurra una de ellas: bien una necesidad de apoyos no cubierta, bien el aprovechamiento de otro modo de la situación de discapacidad. La ventaja injusta procedimental vendría a cubrir así aquellos espacios a los que no alcanzaban los tradicionales vicios del consentimiento, cuando la posición vulnerable de una de las partes no llegaba a determinar un error esencial o un consentimiento viciado por dolo grave.

---

[49] En cualquier caso, la cuestión parece no estar exenta de necesidad de aclaración, como lo demuestra el hecho de que la última propuesta de reforma del CC presentada por la Comisión General de Codificación, ulterior a la Ley 8/2021, contemple la necesidad de «incluir de modo expreso la regla que consagra la aplicación supletoria de las normas del Código Civil a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, subrayando así el carácter general y supletorio de las reglas del Código». Véanse los términos y exposición de motivos de la *«propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos»* elaborada por la Comisión General de Codificación en 2023. La propuesta, además de reforzar el carácter supletorio del CC, afronta un perfeccionamiento de la regulación de la ventaja injusta, para redondear el sentido de esta en la dirección que venía apuntando la doctrina académica, con una definición más precisa de este concepto jurídico (artículo 1297 proyectado). Y, por otra parte, se le da carácter autónomo a una nueva acción de anulación del contrato (artículo 1243 proyectado), junto con la indemnización de los eventuales daños, por incumplimiento del deber precontractual de informar. https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf

[50] Barceló Compte, R., obra citada, págs. 265-278.

En cuanto a la ventaja injusta sustantiva, consistiría en un juicio de equidad sobre las consecuencias del contrato, en un sentido amplio. No referido únicamente a las recíprocas prestaciones sino mirando más allá, por encima del estricto desenvolvimiento de estas. En este aspecto sustantivo, la nueva figura cubriría supuestos a los que no alcanzaban otras acciones de naturaleza próxima, como las de rescisión por lesión o las acciones y remedios frente a cláusulas abusivas.

5.2. Componentes del presupuesto de hecho de la acción de anulabilidad por ventaja injusta

5.2.1. La necesidad de apoyo no cubierta

El primero de los supuestos de hecho contemplados se refiere a la celebración de un contrato por parte de una persona con discapacidad sin la concurrencia de los apoyos que precisa y, al tiempo, que la otra parte contratante tenga conocimiento de dicha circunstancia.

La doctrina ha estado pronta a indicar que, dada la heterogeneidad de los términos utilizados por el legislador al referirse en estos artículos a las medidas de apoyo —«establecidas» en los artículos 1.163, 1.304 y 1314 CC; «provistas», en el artículo 1.302; «previstas» en el artículo 1765—, «sin dichos apoyos» (artículo 1163 CC), «precisas» (artículo 1.302 CC) —, las diferencias en la literalidad de estos preceptos deben interpretarse a la luz de los principios de la Ley 8/2021. Conforme a dichos principios, puede concluirse que el supuesto de hecho requiere que la persona necesite dichos apoyos, pero no que efectivamente viniera contando con ellos con anterioridad. Igualmente, sería incongruente interpretar que el supuesto de hecho se restringe solo al caso de preexistir un apoyo previamente «provisto» por la autoridad judicial.

Es decir, el supuesto de hecho abarca todas las posibilidades de falta de apoyos en quien los necesita: tanto el caso de la persona con discapacidad que nunca los ha tenido como el de aquella que anteriormente viniera actuando con apoyos —sea un apoyo voluntario, un curador o con un guardador[51]— pero que, circunstancialmente, para la realización de dicho contrato, no ha contado con tal asistencia.

A favor de este planteamiento pueden apuntarse diversos argumentos: en primer lugar, que la finalidad de la norma es salvaguardar los derechos y la voluntad

[51] En apoyo de esta postura, ALVAREZ LATA, N., obra citada, pág. 1018, limitándolo al supuesto de que la actuación del guardador de hecho se viniera exteriorizando previamente y, de forma más amplia, GARCIA RUBIO, M. P. en Comentario al artículo 1.302 CC en GARCIA RUBIO. M.P y MORO ALMARAZ M.J. (Dirs.) y VARELA CASTRO I. (Coord.), Comentario *articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, 2022. Cizur Menor, Aranzadi, págs. 659.

de la persona con discapacidad que precisa apoyos, lo cual haría incongruente otorgar dicha protección solo a quien los tiene previa y formalmente «provistos». En segundo lugar, que el apoyo no es un complemento de capacidad y, por tanto, anudar la ineficacia del contrato exclusivamente al supuesto de incomparecencia del apoyo formal preexistente retrotraería el sistema al punto que la Ley 8/2021 trató de dejar atrás.

Tras la Ley 8/2021 la persona con discapacidad contrata por sí misma y el apoyo da soporte, sin completar ni suplementar, a una capacidad que ya no es limitada, sino asistida. Su incomparecencia, entonces, solo invalida el negocio si redunda en un resultado injusto y contrario a la voluntad de aquélla. Redondeando esta postura, se mantiene por algunos autores que la incomparecencia de los apoyos no sería invalidante cuando se debe a un rechazo voluntario al apoyo que la persona con discapacidad ha decidido y expresado libre y conscientemente[52].

5.2.2. Alternativamente, el aprovechamiento «de otro modo» de la situación de discapacidad

Además de la incomparecencia de los apoyos precisos, cabría otro supuesto de hecho que fundamentaría igualmente el ejercicio de esta acción: toda aquella otra circunstancia en la que «de otro modo» se dé un aprovechamiento de la situación de discapacidad. Esta circunstancia de «aprovechamiento» implica, como la anterior, el conocimiento o conciencia suficiente de la situación por la otra parte contratante.

La casuística imaginable sería difícil de abarcar. Pero ello no obsta a concluir que, en las relaciones de consumo, el incumplimiento de las obligaciones legales sobre ajustes razonables que pesan sobre el proveedor de bienes y servicios pudiera constituir, circunstancialmente, una forma de aprovecharse de la situación de discapacidad.

A modo de ejemplo, la falta de las adaptaciones necesarias en cuanto a la accesibilidad de la información suministrada o la obstaculización de las condiciones necesarias para una óptima toma de decisión —como podría ser el acompañamiento por el apoyo o por una persona de confianza al consumidor vulnerable—, podrían valorarse como circunstancias encuadrables en este supuesto de hecho de haberse «aprovechado de otro modo».

Por diferencia con el supuesto anterior, en el que se admite por la doctrina la renuncia voluntaria a los apoyos, respecto de los demás ajustes razonables establecidos como obligación legal en las normas de consumo no parece posible al-

[52] GARCIA RUBIO, M. P., obra citada, Comentario al artículo 1.302 CC (…), págs. 656 y ss.

canzar la misma conclusión. Así, podemos afirmar que no tendría efecto la renuncia previa al resto de ajustes razonables integrados como derechos del consumidor vulnerable en el TRLGDCU, en cuanto su artículo 10 establece la nulidad de la renuncia previa de los derechos reconocidos en dicha norma.

Esta irrenunciabilidad a los ajustes razonables por parte del consumidor vulnerable con discapacidad es aún más intensa en materia de contratación a distancia y fuera del establecimiento mercantil. En estos supuestos la exclusión de la renuncia no se refiere solo a la realizada con carácter previo, sino también a la realizada en cualquier otro momento posterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.3 del mismo texto legal.

5.2.3. La injusticia sustantiva, en la dinámica interna del negocio o como consecuencia del mismo

La regulación de la ventaja injusta en el Código Civil no ha incluido una definición legal de su aspecto sustantivo, resultando, entonces, un nuevo concepto jurídico indeterminado. Para su interpretación, en una primera aproximación, contamos con las referencias del único antecedente existente en nuestro derecho, el artículo 621-45 del CCCa, en donde sí que se apunta la concreción de algunos elementos sustantivos: de una parte, para los contratos onerosos en general, la concurrencia de un «beneficio excesivo» o «ventaja manifiestamente injusta» y, de otra parte, en el ámbito de la compraventa de consumo, la existencia de «un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor, contrario a las exigencias de la buena fe y la honradez de los contratos». Podría apreciarse en estas disposiciones del CCCa, en una primera impresión, cierta limitación del concepto, en cuanto no parece que permita ir mucho más allá del desequilibro en las prestaciones, es decir, de la dinámica interna del contrato.

Sin embargo, es fácil imaginar —y verificar supuestos prácticos— en los que, aun cuando no se dé ese desequilibrio interno del contrato, la ventaja injusta se manifiesta en relación con las consecuencias que la celebración del contrato ha tenido o tendrá para cada una de las partes. A modo de ejemplo, piénsese en el supuesto en el que un proveedor obtiene un beneficio ajustado sobre un precio de mercado pero que, para la persona con discapacidad, supone el compromiso de su solvencia para satisfacer sus necesidades básicas. Ahí la ventaja que obtiene el proveedor de bienes y servicios es manifiestamente injusta, debido a la enorme desproporción entre su beneficio y las graves consecuencias que para obtenerlo genera en el consumidor vulnerable.

En esta línea se situaría la referencia que el legislador catalán ha incluido a una ventaja *manifiestamente injusta* como algo distinto al estricto beneficio excesivo. Esta *ventaja manifiestamente injusta* se situaría más allá del valor económico

de las prestaciones —del precio final, si pensamos en la compraventa— y abarcaría otras circunstancias como serían también, a modo de ejemplo, las condiciones y forma de pago, o los compromisos adicionales en relación con las limitaciones a la resolución del contrato.

Situados en estos términos podemos concluir con la doctrina que «un contrato puede ser injusto para una parte que difícilmente puede permitírselo, aunque el precio no sea irrazonable» y que «la existencia de un perjuicio patrimonial para la parte débil del contrato» puede darse, en las consecuencias externas del mismo, «aunque no proceda de un desequilibrio de las prestaciones»[53].

5.4. La ventaja injusta como clave de bóveda de la acción de impugnación de los contratos celebrados por personas con discapacidad

La redacción del artículo 1302.3 CC tras la Ley 8/2021 ha sido muy controvertida en la doctrina desde su misma entrada en vigor. De la literalidad del primer párrafo pudiera interpretarse que todos los contratos celebrados por la persona con discapacidad sin concurrir los apoyos podrían ser anulados, por esa mera circunstancia, por la propia persona con discapacidad, por sí misma o con apoyos.

Como ya hemos referido, la doctrina pronto ha apuntado que la incomparecencia del apoyo no es, por sí misma, invalidante de la eficacia del negocio. En consecuencia, tanto la impugnación del contrato por parte de la persona con discapacidad como por parte de quien ejerza el apoyo deberá entenderse restringida a los supuestos en los que concurra, adicionalmente, bien alguna de las causas de nulidad tradicionalmente previstas en la ley —error, vicio del consentimiento, ilicitud de la causa— o bien esta novedosa figura de la existencia de ventaja injusta.

Bajo este prisma interpretativo, la alambicada combinación de la diferenciación de sujetos legitimados en los dos párrafos del artículo 1302.3 CC —quizás pudiera haberse regulado de forma más clara— tendría el sentido de excluir la posibilidad de que quien ejerce el apoyo impugne, en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, un contrato celebrado por esta sin su concurrencia si en el caso no se da la referida ventaja injusta. Es decir, el contrato celebrado por

[53] Así se concluye en BARCELÓ COMPTE, R., obra citada, página 211, donde se apunta el siguiente ejemplo tomado de los comentarios oficiales del DCFR y de los PECL: «X, que es viuda, vive en una casa que le resulta bastante grande y que su vecino Y quería comprar hace mucho tiempo. X quiere mudarse a una vivienda más pequeña, pero que se encuentre en el mismo barrio donde ha vivido toda su vida. Suele pedirle consejo a Y en cuestiones de negocios, confiando en sus consejos. Y es perfectamente consciente de la situación que está atravesando X, y se aprovecha de ello; convence a X para que le venda la casa. Le ofrece el precio de mercado, pero no le advierte de que le será imposible encontrar otro sitio donde vivir por ese precio en esa zona. X podrá anular el contrato».

la persona con discapacidad sin concurrir el apoyo, si no adolece de ningún vicio general del consentimiento y no concurre ventaja injusta, prevalece y es inatacable por parte de quien ejerce el apoyo.

6. La intervención del Ministerio Fiscal en materia de consumo, vanguardia del ulterior desarrollo del estatuto jurídico de los consumidores vulnerables

La Fiscalía General del Estado abordó tempranamente en sus circulares la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios vulnerables. Los criterios desarrollados en las circulares dictadas en la materia, al perfilar los supuestos en los que se justificaba la actividad de la fiscalía en este campo, ya anticipaban, en gran medida, los posteriores desarrollos legislativos.

De una parte, la Circular 2/2010, de 19 de noviembre, *acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de consumidores y usuarios*, subrayó los fundamentos de la legitimación de la intervención del Ministerio Fiscal en la materia sobre la base de su función constitucional de procura del interés social ante los tribunales (artículo 124.1 CE, *in fine*).

En segundo lugar, la Circular 2/2018, de 1 de junio, *sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios*, analizó, anticipándose a las ulteriores reformas legales, el papel del Ministerio Fiscal en relación con la vulnerabilidad del consumidor. En su apartado 3.3.1, a la hora de identificar las áreas de intervención prioritaria del fiscal en materia de consumo, ya apuntaba a las «situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión». Estas situaciones conforman hoy uno de los elementos esenciales del concepto jurídico de consumidor vulnerable. La fiscalía llamaba la atención sobre la carencia, en la normativa entonces en vigor, de dicho concepto legal básico, así como las dificultades para inducirlo a partir de la diversa legislación territorial y sectorial que incidía en mayor o menor medida en las referidas situaciones de especial vulnerabilidad.

Ya se evidenciaba que «la inferioridad o debilidad potencial del consumidor se manifiesta de forma más acusada en determinados grupos debido a particulares situaciones subjetivas» y se observaba que «al individuo que se integra en estos colectivos se le denomina consumidor vulnerable, expresión que ha ido ganando aceptación en los últimos tiempos». Se apreciaba, adicionalmente, «una vulnerabilidad muy acusada de personas con discapacidad o de edad avanzada que podía redundar en una efectiva indefensión».

Los contenidos y conclusiones de la Circular 2/2018 mantienen su vigencia a los efectos de concretar criterios de intervención del Ministerio Fiscal en la materia. En primer lugar, respecto de la intervención del fiscal en los procedimientos en los que consumidores y usuarios ejercitan acciones individuales en defensa de sus derechos: la conclusión octava señalaba que «los fiscales atenderán, de forma prioritaria, a aquellos casos en que se revelen situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión» y que «valorarán, especialmente, en primer lugar, las características subjetivas de la persona afectada que revelen su situación de especial vulnerabilidad; en segundo lugar, que no exista otro mecanismo que permita el acceso a la tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad; y finalmente, el potencial perjuicio en atención a las características del bien o servicio».

En relación con el ejercicio por parte del Ministerio Fiscal de acciones colectivas en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, la Circular 2/2018 constataba la amplitud del campo en el que estas acciones colectivas pueden ejercitarse. Por ello señalaba la necesidad de «fijar criterios mínimos de selección de los asuntos» entre los que también se anticipaba ya «la necesidad de atender a la existencia de colectivos que presentan situaciones de especial vulnerabilidad», en relación con los cuales, entre otros, ya se hacía referencia a «la protección de las personas con discapacidad» y «al colectivo de personas mayores consumidoras y usuarias frente a los potenciales abusos».

7. A modo de conclusión

En ambas materias —derechos de las personas con discapacidad y derechos de los consumidores— el ordenamiento jurídico se caracteriza por un creciente dinamismo, impulsado por el carácter evolutivo y multinivel de la regulación de los derechos humanos y derechos fundamentales.

Así, se constata que la evolución y avance del derecho se desencadena y acelera mediante la interacción recíproca de sus distintos niveles —global, europeo, estatal, local— como positiva consecuencia de la apertura de nuestro ordenamiento constitucional al derecho supranacional en materia de derechos humanos.

A su vez, los recientes impulsos que en los distintos niveles normativos se vienen dando al principio de igualdad y no discriminación explican la convergencia en una misma regulación de dos realidades normativas anteriormente alejadas: los derechos de las personas con discapacidad y los derechos de los consumidores. Estos desarrollos se llevan a cabo con la identificación de nuevas categorías jurídicas —como es la vulnerabilidad generadora de desigualdad— que permiten dar un fundamento teórico y técnico-jurídico a diversas salvaguardas legales en garantía de aquel principio, con plena eficacia horizontal, es decir, también aplicables entre sujetos de derecho privado.

Esas garantías se sustentan sobre tres pilares —accesibilidad, ajustes razonables y apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica— cuyo aseguramiento determina obligaciones, en los términos establecidos por la ley, sobre los proveedores de bienes y servicios. Frente a su incumplimiento surgen nuevos remedios, como la acción de anulabilidad por ventaja injusta, ejercitable por el consumidor vulnerable con discapacidad, por sí mismo o con los apoyos que, en su caso, precise.

En ese contexto, el Ministerio Fiscal, tanto por su caracterización constitucional[54] como por su trayectoria histórica, podría estar llamado a ser, en la España del siglo XXI, la principal institución valedora de estos derechos humanos de tercera generación, particularmente respecto de las personas que, individual o colectivamente, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible[55].

Bibliografía

Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Álvarez Lata, N., cap. 48, «El artículo 1263»., en Guilarte Martin-Calero, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad.* Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

Barceló Compte, R. *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*. Barcelona, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, 2019.

Bobbio, N. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991.

Carrasco Perera, A., Sociedad de la información y protección del consumidor como títulos competenciales. *Parlamento y Constitución*. Anuario, n.º 6, 2002.

Dalmeda Perez, M. E., and Gagan C. *Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas*, Revista española de discapacidad n.º 7, 2019.

Degener, T., *Disability in a human rights context*. Laws, n.º 5, 2016.

[54] El artículo 124 CE asigna al Ministerio Fiscal, entre otras funciones, la defensa «de los derechos de los ciudadanos» y procurar ante los tribunales «la satisfacción del interés social».

[55] La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 70/01, de 25 de septiembre de 2015, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, contempla en el parágrafo 23 de su introducción, la necesidad de «empoderar a las personas vulnerables», entre las que incluye las personas con discapacidad y las personas de edad.

Egusquiza Balmaseda, M. A., cap. 42, «La reforma del régimen de la anulabilidad» en Lledó Yagüe, F, (Dir., *inter alia*) *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad, Estudio Sistemático de la Ley 8/2021*, Madrid, Dykinson, 2022, págs. 1171-1172.

Escribano Collado, P., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La posición de las Corporaciones Locales». *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, 1998.

García Rubio, M.P., «La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los derechos fundamentales», *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. I, 2002, A Coruña, Colegio Notarial de La Coruña.

García Rubio, M. P., «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *Anuario de Derecho Civil*, 63, IV, 2010.

Garcia Rubio, M. P. Comentario al artículo 1.302 CC en Garcia Rubio. M.P y Moro Almaraz M.J. (Dirs.) y Varela Castro I. (Coord.), Comentario *articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, 2022. Cizur Menor, Aranzadi.

Gómez Cuenca, P., *La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española*, Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén (segunda época), n.º 12, 2012.

González HerrerA, D. *El diálogo judicial en el espacio europeo multinivel: las relaciones del TJUE con el TEDH y los Tribunales Constitucionales*, tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 2020.

Jerez Delgado, C. «Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR).» Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2015.

Martín Durbán, I. «Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Derecho privado y Constitución*, n.º 30, 2016.

Megret, F., The disabilities convention: Human rights of persons with disabilities or disability rights? *Equality and non-discrimination under international law*, Farrior, S. (dir), Routledge, London, 2017.

Pernice, I., Multilevel constitutionalism, and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited, *Common Market Law Review*, nº 36(4), 1999.

Pernice, I., Multilevel constitutionalism in the European Union, *European Law Review*, 27 (1/6), 2002.

Pelegrino Toraño, L.A., *Los daños por productos defectuosos ante consumidores vulnerables por falta de accesibilidad en el derecho español*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, n.º 18, 2023.

Pizzolo, C., Derecho constitucional en la Unión Europea: El «constitucionalismo multinivel» como alternativa al problema de la jerarquía normativa, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nº 9, 2012.

Tomás Mallen, B., «Derechos Fundamentales y Drittwirkung en perspectiva multinivel: desarrollos recientes en el derecho europeo». *Revista de Derecho Político*, n.º 115, 2022.

Saiz Arnaiz, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos el artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999.

Vivas Tesón, I., La horizontalidad de los derechos fundamentales. *Bienes de la Personalidad*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2008

Villaverde Menéndez, I., «La eficacia de los derechos fundamentales» en Bastida Freijedo, F.J (Coord.), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005.

Avelina Alía Robles
Fiscal de la Unidad Coordinadora de discapacidad y/o mayores de la Fiscalía General del Estado

Avances y retos pendientes en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad

Introducción

La vida es un reto, pues son muchas y variadas las circunstancias y dificultades que la van jalonando. Unas veces la vida se viste con colores claros y luminosos, otras veces de tonos oscuros.

Siendo honestos, hay que reconocer que las personas con discapacidad afrontan mayores retos y dificultades que el resto, y también quienes les acompañan desde la proximidad familiar.

En ocasiones, la sociedad ignora deliberadamente estas situaciones; otras veces es la falta de conciencia social la que las invisibiliza. Ponerse en la piel del otro es un ejercicio que desgraciadamente no está al alcance de todos. Por ello es necesario que los poderes públicos, asumiendo el mandato constitucional del artículo 49[1], actúen decididamente para que la sociedad en su conjunto genere sinergias, asuma compromisos, tienda puentes para que las personas con discapacidad sean ciudadanos de pleno derecho y puedan estudiar, trabajar, disfrutar del ocio o formar una familia. Es decir, puedan ejercer y disfrutar de los derechos que les corresponden, que son —y parece casi un oprobio tener que recordarlo— los mismos que los de los demás.

Es inicuo que las personas con discapacidad y sus familias tengan que reclamar y batirse el cobre para que se les reconozcan los derechos que para los demás fluyen de manera natural. En ocasiones se tiene el apoyo del movimiento asociativo que acompaña en ese proceso, pero ¿hasta cuándo será preciso luchar por la efectiva igualdad, derecho reconocido en el art. 14 de la Constitución? Me atrevo con la respuesta: siempre será necesario. Confío, sin embargo, en que las plazas que se vayan conquistando no se pierdan, aunque todos debemos ser «conciencia vigilante» frente al riesgo de involución.

Las dificultades que sorteó mi querida compañera y amiga Ángeles de la Blanca con el apoyo incondicional de

[1] El artículo 49 CE, reformado en 2024, cambia su terminología al adoptar la expresión «personas con discapacidad» e incorpora la perspectiva inclusiva y de promoción de la plena autonomía de las personas con discapacidad en la actuación de los poderes públicos.

sus padres, Isabel y Eusebio, y de su hermana Cristina, son un ejemplo del despliegue de fuerza y perseverancia que tuvieron que emplear para derribar muchas barreras que hasta entonces otros ni siquiera habían visto. Ángeles fue pionera en muchas cosas y su fortaleza se tradujo en mejoras de accesibilidad física en los colegios en los que estudió, en la universidad donde se graduó en la Fiscalía de Toledo donde ejerció su cargo de fiscal.

Ángeles dejó un legado muy importante, pues su trayectoria personal y profesional ha ayudado a muchas personas a tomar conciencia y a comprometerse con la discapacidad.

Por eso, he querido hablar de avances y de retos en este artículo en recuerdo de su memoria. Lo hago desde mi experiencia personal en el ámbito de la Administración de Justicia, pues a lo largo de mi desempeño profesional he podido constatar las dificultades que tienen las personas con discapacidad en los procesos judiciales.

También he sido testigo de las mejoras que se han ido introduciendo en este ámbito y, me atrevo a afirmar, que estamos en el momento de mayores garantías para este colectivo. No obstante, considero que el acceso a la justicia en condiciones de igualdad es, sin duda, un reto para las personas con discapacidad.

Orillaré las dificultades de las personas con discapacidad física, sensorial o psicosocial, pues otros artículos de este libro-homenaje lo tratarán, y me centraré en la discapacidad intelectual y del desarrollo, fundamentalmente, incorporando alguna referencia a las personas mayores que presentan deterioro cognitivo asociado a la edad.

1. Las barreras persistentes tras dos décadas de reformas legislativas

Los adelantos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico propiciados por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 2006) son indiscutibles. Nos encontramos en un contexto evolucionado, que se iniciaba con la ya lejana Ley 26/2011, de 1 de agosto, *de adaptación normativa a la Convención*. Aunque el recorrido es inédito, todavía queda mucho por hacer. Persisten los obstáculos o las barreras de toda índole: físicas —bien conocidas y sufridas por Ángeles—[2], legales, actitudinales y comunicacionales, entre otras,

[2] En el año 2019, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad expresaba su preocupación por que *«en la actualidad solo el 0,6% de los edificios del Estado parte sean accesibles, a pesar del compromiso de este de lograr la accesibilidad universal antes de fines de 2017».* Añadía en el apartado 24 que la gran mayoría de los edificios que albergan a los organismos encargados de hacer cumplir la ley y los órganos de justicia no eran accesibles.

que impiden a la persona el ejercicio de sus derechos y la adecuada interacción en el entorno judicial. Me refiero seguidamente a ellas.

1.1. Las barreras legales

Las barreras legales que imposibilitaban a las personas con discapacidad, por ejemplo, participar en los tribunales del jurado, votar o ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, han sido reformadas recientemente. Las dos primeras datan de 2017 y 2018, respectivamente, y la última es del año 2021[3].

En relación con la Ley 8/2021, de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica, hay que apuntar que el impacto de la norma conlleva incorporar sus principios —que son los de la Convención— a cuerpos legales muy distintos, lo que implica ir más allá de un mero cambio de la terminología. De hecho, esta ley ha supuesto la modificación de más de doscientos artículos y ha afectado a ocho cuerpos legales, incluyendo la reforma más importante del derecho privado en los últimos cien años. No obstante, existen reformas pendientes que siguen suponiendo obstáculos para las personas con discapacidad, por ejemplo en su igual desenvolvimiento en el ámbito procesal penal, por lo que encuentro perentoria la incorporación de un estatuto de la persona con discapacidad en la LECrim, así como un nuevo tratamiento de la capacidad procesal.

Estas tardías reformas y las que quedan pendientes, como la señalada en la LECrim, son tan solo algunos ejemplos de la lentitud del proceso hacia la conquista de la igualdad formal de las personas con discapacidad. De lo que cabe inferir el intrincado camino que resta para alcanzar la igualdad material de quienes pertenecen al colectivo de la discapacidad.

---

[3] Las referencias concretas de las leyes enunciadas son: Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado*; Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, *para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*; y 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 LO 2/2018 entraba en vigor el 6 de diciembre —Día de la Constitución—, fecha muy idónea, pues desde ese día se acababa con una restricción a un derecho constitucional, que se podía establecer —y se hacía— en las denominadas sentencias de incapacitación. La derogación de los apartados b) y c) del punto primero del artículo 3 había sido pertinazmente demandada por el Tercer sector o por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, pues la conservación de ese derecho tenía escaso recorrido en nuestros tribunales en los anteriormente denominados procedimientos de incapacitación. Recuérdese el voto particular de la magistrada del Tribunal Constitucional Asúa Batarrita, respecto del sentir mayoritario expresado en el Auto de 28 de noviembre de 2016 en cuanto a la inadmisión del recurso de súplica promovido por el Ministerio Fiscal.

1.2. Las barreras actitudinales

Por otra parte, persisten los estereotipos sobre las personas con discapacidad, lo que resulta totalmente inapropiado en una sociedad madura o que aspira a serlo. Son las denominadas barreras actitudinales. Estas ideas arraigadas en el imaginario colectivo condicionan el modo de observar y de actuar con respecto a las personas con discapacidad, de manera que distorsionan la realidad, afectando al juicio que corresponde hacer en cada caso. Por ejemplo, cuando se impide el acceso de unas personas con discapacidad a determinados lugares de ocio porque se piensa que tendrán un comportamiento inadecuado que puede perjudicar a otros usuarios o por su apariencia; o en el ámbito judicial, cuando se cuestiona la credibilidad del testimonio de una víctima con discapacidad por el hecho de presentar dificultades de comunicación.

El enfoque sesgado afecta a la decisión, provoca una discriminación y, sobre todo, un perjuicio para la propia estima personal de quien lo sufre, lo que lesiona su dignidad.

Para abandonar esos espacios comunes que generan discriminación, pues impiden a ciertas personas el disfrute de sus derechos, se precisa la contribución de todos, es decir, la implicación de las distintas esferas de la sociedad. Particularmente, son importantes las políticas públicas para estimular la toma de conciencia sobre los problemas de las personas con discapacidad, pero también sobre el reconocimiento de sus capacidades, permitiéndoles que desarrollen sus habilidades y que puedan contribuir socialmente. Se trata, en definitiva, de cambiar el enfoque de la «alteridad» para comprender que la discapacidad es una «condición», o como dice H. Jacques Stiker *«una forma de estar en el mundo, o de ser con los otros, de situarse y mantener vínculos con los demás»*[4].

1.3. Las barreras comunicacionales

Las barreras comunicacionales impiden o complican la interacción de la persona con discapacidad y su participación efectiva en el proceso cuando tiene afectada o limitada su capacidad de entender o de hacerse entender.

El lenguaje jurídico es un lenguaje técnico cuya comprensión ofrece dificultades, incluso, para el ciudadano medio. En el año 2002 se aprobaba la Carta de derechos de los ciudadanos ante la Administración de Justicia que reclamaba *«una justicia comprensible»*, refiriéndose expresamente a que las notificaciones, citaciones, emplazamientos o requerimientos, se expresaran en términos sencillos y comprensi-

[4] Conferencia *La condition handicapée*. Publicada *online*: 11 de octubre de 2017. Y en Stiker, Henri-Jacques, *La condition handicapée*, Presses universitaires de Grenoble, collection *Handicap Vieillissement Société*, 2017, pág. 198.

bles; que el lenguaje de las vistas y comparecencias fuera comprensible, aunque respetando las exigencias técnicas necesarias; o que las resoluciones judiciales usaran una sintaxis y una estructura sencillas, sin perjuicio del rigor técnico.

Bajo mi punto de vista, desde entonces se ha avanzado poco en la accesibilidad del lenguaje jurídico en la Administración de Justicia, si bien se observa un interés creciente por la cuestión. Muestra de ello es la creación de la Comisión para la claridad y modernización del lenguaje jurídico (2022), que se enmarca en un contexto europeo que también apuesta por el uso del lenguaje claro en las instituciones comunitarias[5].

El uso del lenguaje claro, particularmente en las sentencias judiciales, conecta con la idea de justicia, como apuntan Sancho Gargallo y Jiménez Yáñez: *«Las sentencias deben estar escritas con corrección, claridad y precisión. Y no por un mero prurito literario, sino como una exigencia de la justicia de la decisión que conecta con las exigencias derivadas de la motivación de la decisión»*[6].

Las dificultades de comprensión que comporta para las personas con discapacidad el uso del lenguaje jurídico crecen exponencialmente. De ahí la necesidad de utilizar, además del lenguaje sencillo y adaptado a sus necesidades, los formatos en lectura fácil cuando sea preciso, así como otros ajustes del procedimiento, como explicamos en el siguiente epígrafe. Desde el propio Tribunal Supremo y, conectando con la idea de justicia anteriormente expresada por los autores citados, se está solicitando la confección de la sentencia en formato de lectura fácil para su traslado a las personas con discapacidad que resultan concernidas por ella[7].

1.4. Los ajustes del procedimiento

Los ajustes del procedimiento para las personas con discapacidad son necesarios por las barreras existentes en el entorno judicial que dificultan o impiden su interacción en él. Están vinculados con el derecho al acceso a la justicia, como desarrollo en el siguiente epígrafe, de ahí su importancia. Así lo recordaba el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos de 27 de diciembre de 2017.

Conviene precisar que los ajustes del procedimiento se refieren a los casos individuales, mientras que la accesibilidad se refiere a grupos de personas, lógi-

---

[5] La Comisión para la claridad y modernización del lenguaje jurídico se creó por Orden JUS/912/2022, de 12 de septiembre.
Cómo escribir con claridad: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c2dab20c-0414-408d-87b5-dd3c6e5dd9a5. Fecha de consulta: octubre de 2023.

[6] Jiménez Yáñez, R.M, Sancho Gargallo, I., *Resoluciones judiciales correctas, claras y precisas*, InDret Privado, Revista para el análisis del derecho, n.º 4, 2023.

[7] Constituye un ejemplo reciente la STS 339/2023 (Sala de lo Penal, de 25 de abril de 2023).

camente, ambas son complementarias. Como señala el Comité: *«esto significa que la obligación de proporcionar accesibilidad es una obligación ex ante»*.

El art. 7 *bis* LEC y 7 *bis* LJV[8], introducidos con la Ley 8/2021 con idéntica redacción, se encabeza con el título: *«Ajustes para personas con discapacidad»*. El propósito de los ajustes es permitir la participación en condiciones de igualdad de la persona con discapacidad en cualquier procedimiento judicial, garantizando especialmente su derecho a entender y ser entendida.

Los ajustes pueden ser muy variados en su naturaleza e intensidad, pues dependen de las necesidades de la persona y del entorno, que puede estar más o menos adaptado. Pueden ir desde el uso del lenguaje sencillo, pasando por la lectura fácil, a la intervención del experto facilitador. Pero incluye también las adaptaciones del lugar, la eliminación de las togas en las declaraciones, la organización de tiempos —permitiendo descansos—, o el acompañamiento. Estos elementos permiten reducir el estrés que para muchas personas con discapacidad supone acudir a espacios que le son desconocidos o relacionarse con terceros ajenos a su contexto social, laboral o educativo, permitiendo después la posterior incorporación a su rutina sin ninguna «huella» derivada del acto.

También son ajustes del procedimiento, como apuntábamos, el uso del lenguaje claro y la lectura fácil. Intentaré explicar sincréticamente la diferencia entre ambos, pues a veces se confunden. En el lenguaje claro la redacción, la sintaxis, la estructura y el diseño permiten que los lectores a los que se dirige —toda la ciudadanía— puedan encontrar lo que necesitan, entender el contenido y usar la información obtenida[9]. Por otro lado, la lectura fácil es un método que recoge un conjunto de pautas y recomendaciones relativas a la redacción de textos, al diseño/maquetación de los documentos y a la validación de la comprensibilidad de los mismos, y está destinado a personas con dificultades de comprensión lectora, especialmente a las personas con discapacidad intelectual[10].

---

[8] El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, *por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo,* que se encuentra en tramitación como proyecto ley al tiempo de escribir estas líneas, prevé una modificación en el actual art. 7 *bis* LEC para incluir a las personas mayores de ochenta años, aunque omite la correlativa reforma en el art. 7 *bis* LJV. También traslada al art.109 LECrim los ajustes del procedimiento para la persona ofendida o perjudicada por el delito, con lo que se evitará la actual necesidad de invocar supletoriamente el art. 7 *bis* LEC (*ex* art. 4 LEC) para el proceso el proceso penal. Sería conveniente que el derecho a los ajustes del procedimiento se hiciera extensivo a todas las personas con discapacidad con independencia de su rol procesal (víctima, testigo o investigado).

[9] El documento 24 *Preguntas y respuestas sobre la nueva ley de apoyos a las personas con discapacidad (Ley 8/2021)* elaborado por la Unidad de discapacidad y mayores (FGE) es una muestra de documento en lenguaje claro, que puede encontrarse en este enlace: https://www.fiscal.es/ web/fiscal/-/personas-con-discapacidad-y-mayores. En este mismo enlace se pueden localizar documentos en lectura fácil elaborados por distintas entidades y por las FFCCSE. Fecha de consulta: octubre de 2023.

[10] La Ley 6/2022, de 31 de marzo, ha creado el Centro Español de Accesibilidad Cognitiva, en el

Sin duda la incorporación de la figura del facilitador como profesional experto en las tareas de adaptación y ajuste necesarios, es la medida «estrella» incorporada en nuestro derecho con el art. 7 *bis* LEC y 7 *bis* LJV. Se reconoció expresamente en el documento de Naciones Unidas *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad* (2020). El art. 2 f) de la Ley 5/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y no discriminación*, no profundiza en la figura, pero da la siguiente definición: *«Persona facilitadora: Persona que trabaja, según sea necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar una comunicación eficaz durante todas las fases de los procedimientos judiciales. La persona facilitadora apoya a la persona con discapacidad para que comprenda y tome decisiones informadas, asegurándose de que todo el proceso se explique adecuadamente a través de un lenguaje comprensible y fácil, u de que se proporcionen los ajustes y el apoyo necesarios. La persona facilitadora es neutral y no habla en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirige o influye en las decisiones o resultados».*

En nuestro país, desde el año 2012, la Fundación A la Par, que contó con el apoyo técnico/formativo de la Unidad Técnica de Policial Judicial de la Guardia Civil, fue pionera al constituir una unidad de psicólogos facilitadores expertos en discapacidad. No obstante, este recurso no era muy conocido en el foro judicial. En mi práctica profesional, he acudido al facilitador en algunos procesos penales en los que la víctima y/o el victimario tenían discapacidad con resultados muy positivos, tanto para la persona, como para el procedimiento.

La Ley 8/2021 consagra legalmente esta figura. Superado el reto normativo, emerge el que se refiere a su efectiva implementación, pues el recurso debe estar disponible en las sedes judiciales[11]. Actualmente, y salvo algunas excepciones, en la Administración de Justicia no se cuenta con expertos facilitadores, sino que se sigue acudiendo al Tercer sector para cubrir ese déficit. Tratándose de una cuestión que afecta al ejercicio de los derechos procesales, resulta evidente que corresponde a las administraciones competentes en materia de justicia, la provisión urgente de estos profesionales, con el compromiso económico correspondiente[12].

---

seno del Real Patronato sobre Discapacidad y gestionado por Plena Inclusión, donde se ha comenzado una importante actividad en el marco de la accesibilidad cognitiva, especialmente relacionado con la lectura fácil.

[11] La disposición adicional primera del RD 193/2023, señala que: *«Las actuaciones que se deriven de la aprobación de este real decreto se realizarán con las disponibilidades existentes en cada ejercicio, sin que hayan de precisarse recursos adicionales para su realización».*

[12] Tanto el CGPJ como la FGE han suscrito convenios de colaboración con la Confederación Plena Inclusión que está atendiendo gratuitamente la demanda de facilitadores por parte de nuestros tribunales.

Por otro lado, entiendo que no es asumible, por afectar al principio de igualdad procesal de partes, que este recurso lo sufrague la persona que lo necesita, por lo que me parece muy inconveniente la referencia del preámbulo de la Ley 8/2021 que señala: *«Se permitirá que la persona con discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de facilitador realice las tareas de adaptación y ajuste»*. Esto, bajo mi punto de vista, es una discriminación indirecta, pues produce el efecto de impedir el ejercicio de los derechos; y, además, es una discriminación institucional, que resulta especialmente reprobable, a tenor de las obligaciones que confiere el art. 49 CE a los poderes públicos.

Ciertamente el facilitador es —y, previsiblemente, será— un recurso escaso por lo que debería hacerse un uso prudente de la figura, atendiendo las circunstancias del caso. Sin embargo, los ajustes mencionados al comienzo de este apartado se deben incorporar de manera inmediata al foro, para que se implementen como algo habitual y natural en los procedimientos en que intervengan personas con discapacidad.

Actualmente no está definido el perfil profesional que ha de tener el experto facilitador, ni la formación que debe recibir, ni la experiencia previa exigible, ni el régimen jurídico de la figura. Es necesario un desarrollo normativo que, además, garantice un perfil similar en todo el país para evitar discriminaciones para las personas con discapacidad por razón del territorio en que se encuentren.

2. El acceso a la justicia de las personas con discapacidad y la tutela judicial efectiva

Consciente de que se sigue vulnerando en todas las partes del mundo el derecho al acceso a la justicia, la Convención dedica su artículo 13 a este derecho, reconociendo los ajustes de procedimiento como un medio que facilita su desempeño en condiciones de igualdad en los procesos judiciales y en las etapas preliminares.

La importancia de garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad se explica por su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución, del que son titulares todos los individuos, sin excepción[13]. A su vez, aquel derecho no se entiende sin los ajustes del procedimiento a los que me he referido anteriormente. De modo que, en este trípode se apoya la persona con discapacidad, permitiéndole ser parte en condiciones de igualdad con los demás en cualquier proceso judicial. Desarrollaré a continuación estas ideas.

[13] La tutela judicial efectiva protege a las personas físicas, nacionales o extranjeras, titulares de derechos e intereses legítimos. Pero también a las personas jurídicas (STC 19/1983), y, excepcionalmente a las personas jurídico-públicas (SSTC 19/1983, 91/1991, 100/2000, 175/2001 y 11/02/2008).

La relevancia del derecho a la tutela judicial efectiva fue resaltada por Díez-Picazo con esta descriptiva frase: *«Si existe un derecho estrella en el firmamento jurídico constitucional español actual, ese título le corresponde, sin discusión alguna al art. 24, y, en especial, a su párrafo primero donde se dice, como es bien sabido, que todos tienen derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión».*[14]

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha declarado que el acceso a la jurisdicción —o acceso a la justicia, como se le designa en ocasiones—, *«se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas».*[15]

El acceso a la justicia ha sido adjetivado por el Alto Tribunal como «el núcleo» del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 73/2004, 237/2005, 119/2008, 29/2010), o como su «primer contenido en un orden lógico y cronológico» (STC 220/1993, de 30 de junio, FJ 3). La STC 115/1999, de 14 de junio, FJ 2, y otras más recientes como la STC 12/2017, de 30 de enero, o la STC 67/2010, de 18 de octubre, FJ 3, lo han catalogado como «elemento esencial» del derecho a la tutela judicial efectiva. Todos estos pronunciamientos enfatizan la importancia de esta vertiente o esfera del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, tratándose de un derecho de configuración legal (por todas, STC 83/16, de 28 de abril, y 12/2017, de 30 de enero, FJ5) concierne al legislador precisar los presupuestos y requisitos para su ejercicio y dispensación. De la misma manera, le corresponde no hacerlo en términos que comprometan el principio *pro actione*[16].

Como decía Carlos Carnicer: *«Aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es directamente invocable y aplicable, se trata, también, de un derecho de configuración legal por lo que las normas de desarrollo (que legítimamente corresponde articular al legislativo), especialmente las procesales, tienen directa influencia en su ámbito de aplicación, según se destinen a fomentarlo o favorecerlo, a encauzarlo o a limitarlo.»*[17]

---

[14] Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho y cambio social*, Revista del Poder Judicial n.º 5, marzo de 1987.

[15] En este sentido, la STC 67/2010, de 18 de octubre, FJ 3 señala: *«De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de este tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce en el art. 24.1 CE, comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial»*.

[16] En relación con el acceso a la jurisdicción y el principio *pro actione*, existe una amplia y consolidada doctrina constitucional, recogida, entre otras en la STS 140/2021, de 12 de julio, FJ 4, que cita a su vez las SSTC 83/2016, de 28 de abril, FJ 5, y 12/2017, de 30 de enero, FJ 3.

[17] Carnicer Díez, C., AAVV, Gamarra Chopo, Y. (coord.), *El acceso a la justicia en España*, Lecciones

El propio Tribunal Constitucional en diversas sentencias (SSTC 4/1988, de 12 de enero, y 141/1988, de 29 de junio, entre otras) ha expresado que la tutela judicial efectiva puede verse conculcada por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas y obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios o excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución. De ahí el exquisito cuidado que debe observar el legislador ante la desventaja que habitualmente tienen las personas con discapacidad en el ámbito procesal, como después desarrollaremos.

Un ejemplo de actuación legislativa que favorece el principio *pro actione* de las personas con discapacidad y, consecuentemente, el acceso a la justicia es la posibilidad que brinda la Ley 8/2021 para que estas puedan iniciar por sí mismas un expediente judicial de jurisdicción voluntaria para la provisión de medidas judiciales de apoyo. La simplificación procedimental recogida en el art. 42 *bis* b) LJV respecto al procedimiento verbal tradicional, que exigía la presentación de una demanda con abogado y procurador y una tramitación más compleja, constituye la eliminación de un óbice procesal que se ha observado como excesivo para este colectivo. Por tanto, se puede decir que la opción por el cauce de la jurisdicción voluntaria con carácter preferente es una decisión legislativa que favorece el acceso a la jurisdicción para las personas con discapacidad.

A mi modo de ver, sin embargo, cabe margen de actuación para la mejora del acceso a la justicia de las personas con discapacidad, por ejemplo, en lo relativo a la gratuidad de la asistencia jurídica.

La desventaja social y económica de las personas con discapacidad es un hecho, por lo que parece conveniente incorporar medidas de discriminación positiva en la Ley 1/1996, de 10 de enero, *de asistencia jurídica gratuita*. Así, se podría reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita e inmediata a las personas con discapacidad en el proceso de provisión judicial de apoyos, teniendo en cuenta la importancia y el impacto que tiene este proceso en los derechos de la persona y que si se ven abocadas a él es por el fracaso de otras medidas de apoyo al ejercicio de su capacidad jurídica. Además, se garantizaría que el interesado contara siempre con asistencia letrada en estos procedimientos, contribuyendo a garantizar la igualdad de armas procesales. Otra opción que me parece plausible es tomar en cuenta las necesidades vitales de la persona con discapacidad en relación con sus ingresos, de modo que los actuales umbrales económicos para el colectivo pudieran matizarse.

---

sobre justicia internacional, Instituto Fernando el Católico, (CSIC), 2009, pág. 214.

Abonan estas posibilidades, en mi opinión, los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que reconocen la naturaleza instrumental del derecho a una justicia gratuita respecto del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (por todas, SSTC 9/2008, de 21 de enero, FJ 2, y 10/2008, de 21 de enero, FJ 2).

Asimismo, la STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3, al referirse al art. 119 CE señala que este consagra un derecho de configuración legal, en cuya consecuencia ha de reconocerse libertad al legislador para regular los requisitos de su otorgamiento, pudiendo *«modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado —penal, laboral, civil, etc.— o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento».*

De la misma manera, la efectividad del principio *pro actione* obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impeditivos del acceso a la jurisdicción que garantiza el art. 24 CE (por todas, STC 12/2017, de 30 de enero, FJ 3, y STC 140/2021, de 12 de julio, FJ 4).

Contra ese exceso de formalismo perturbador que afecta al acceso a la justicia de las personas con discapacidad se enmarca la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 1573/2021, de 10 de mayo de 2021, (ECLI:ES:TS:2021:1573) que interpreta en sentido amplio el día inicial de cómputo de la prescripción en una reclamación efectuada por una persona con discapacidad contra una compañía aseguradora. El demandante era el único y universal heredero de su hermano, fallecido cuando conducía un tractor. La sentencia se entretuvo en señalar las circunstancias personales del demandante: tenía claramente afectada su capacidad intelectiva, dependía de su hermano, residía desde que nació en un ámbito rural —una aldea de cuarenta vecinos— vivía solo, su nivel cultural y de ingresos eran bajos y precisaba ayuda de amigos y vecinos para gestionar los trámites administrativos y burocráticos. El Alto Tribunal tuvo en cuenta la discapacidad intelectual de la persona y las dificultades para acceder a la información, de modo que el *dies a quo* se contó desde el momento en que el afectado consiguió reunir la información precisa que le proporcionó un conocimiento aproximado de su situación hasta que formuló la reclamación a la aseguradora. En consecuencia, atendida la condición de discapacidad de la persona e invocando los arts. 24 y 49 CE, el art. 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que refleja la prohibición de discriminación por razón de discapacidad y la Convención, particularmente el acceso a la información (art. 9 f) y 26), el Tribunal Supremo estimó la demanda y desestimó la excepción de prescripción.

3. La víctima con discapacidad

Son escasos los estudios empíricos sobre los delitos cometidos sobre personas con discapacidad intelectual a nivel, no solo nacional sino también internacional. Se ha reprochado, incluso, que las investigaciones desarrolladas resultan, respecto de los delitos de violencia sexual, en particular, carentes de rigor científico[18]. Ahora bien, existe consenso a la hora de valorar la mayor vulnerabilidad de estos individuos, tanto respecto de delitos cometidos contra las personas como contra el patrimonio[19].

En nuestro país la Macroencuesta de violencia contra la mujer del año 2019 ha arrojado luz en relación con la población femenina, a través de un amplio análisis de la violencia en la pareja —actual o pasadas—, de la violencia física y sexual fuera de la pareja y sobre el acoso sexual y acoso reiterado, especialmente[20]. Según la citada Macroencuesta, un 20,7% de las mujeres que tiene una discapacidad acreditada ha sufrido violencia física o sexual de alguna pareja frente al 13,8% de las mujeres sin discapacidad[21]. Además, el 17,5% de las mujeres con discapacidad que ha sufrido violencia física, sexual o emocional afirma que la violencia ejercida sobre ella es por razón de su discapacidad.

En una situación similar se encuentran los estudios en personas con problemas de salud mental, aunque alguno de ellos ha apuntado porcentajes del 75% de maltrato en el ámbito familiar o de la pareja en mujeres con problemas de salud mental. Dichas investigaciones acostumbran a presentar una dificultad añadida para la recopilación de datos y para los estudios: la habitual falta de reconocimiento de la enfermedad por parte de la persona y la tendencia a la ocultación de su situación a terceros por temor al estigma social. No obstante, se suele observar en este colectivo que el uso de sustancias y la falta de vivienda aumentan la probabilidad de victimización criminal[22].

Me sirvo de estos datos solamente para enmarcar la importancia de hacer un tratamiento y un análisis adecuados de esta problemática para descubrir la envergadura del problema y para que se puedan diseñar políticas públicas eficaces

---

[18] Verdugo, Bermejo, Fuertes, 1993.

[19] Algunos estudios arrojan que las personas con discapacidad intelectual tienen casi tres veces más de probabilidades que las víctimas sin discapacidad de sufrir atentados contra su persona o contra su patrimonio, en C. Wilson, T. Nettelbeck, R. Potter&C. Perry, *Intellectual disability and criminal victimization*, Australian Institute of Criminology, n.º 60, 1996. Se observó, asimismo, un mayor riesgo en personas que vivían solas o con otras personas con discapacidad, en Carlene Wilson & Neil Brewer. A, *The incidence of victimization of individuals with an intellectually disability*, Australian Psychologist, (1992), págs.114-117.

[20] *Macroencuesta de violencia contra la mujer, 2019*, Delegación del gobierno contra la violencia de género (2020).

[21] En España viven aproximadamente 2,5 millones de mujeres con algún tipo de discapacidad (Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia, 2020).

[22] V.A Hiday, M. S Swartz, J. W. Swanson, R. Borum, H.R. Wagner, *Criminal victimization of persons with severe mental illness*, Psychiatric Services,1999.

contra los delitos cometidos sobre las personas especialmente vulnerables[23]. El punto 59 de las Observaciones finales realizadas a España por el Comité recoge la importancia de que se elaboren procedimientos sistemáticos de recopilación de datos y presentación de información en relación con las personas con discapacidad y que se recopilen, analicen y difundan los datos desglosados sobre la situación de las personas con discapacidad y sobre las barreras que encuentran en la sociedad.

No pretendo hacer en este breve trabajo una enumeración de las circunstancias o factores que influyen en esta desventaja, que, por otra parte, ha sido tratada rigurosamente por Manzanero *et al.* (2017)[24], pero sí señalar, que los prejuicios o mitos sobre las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo influyen en ciertas conductas criminales, al ser normalmente observados por el victimario como seres inferiores, devaluados con respecto a las demás. Además, la asimetría[25] que genera la discapacidad entre víctima y victimario favorece, no solo el abuso sino también situaciones de impunidad, pues es frecuente la falta de iniciativa de estas personas para reaccionar frente al agresor, bien de manera directa, bien a través de la denuncia policial.

En mi opinión, una correcta respuesta frente a las situaciones de abuso demanda, en ocasiones, el diseño de mecanismos de colaboración entre entidades o instituciones públicas o privadas que alerten tempranamente sobre ellas. En esta línea se enmarca el acuerdo de colaboración entre la Fiscalía General del Estado y Cruz Roja Española de 2 de octubre de 2018 en materia de atención a personas mayores con necesidades de apoyos al ejercicio de su capacidad jurídica o en situación de vulnerabilidad. O, el Protocolo general de colaboración de la FGE y las asociaciones bancarias para la protección patrimonial de personas titulares de productos bancarios con discapacidad o en otras situaciones de vulnerabilidad, de 19 de julio de 2023. En relación con

---

En el ámbito de la Violencia de género la federación vasca FEDEAFES ha realizado un estudio que refleja que el 75% de las mujeres con problemas de salud mental ha sufrido violencia en el ámbito familiar o en su pareja.

[23] La necesidad de elaboración y promoción de estudios e informes que difundan la realidad social de las personas mayores y las situaciones de abuso y maltrato fue especialmente reclamada por la Mesa Estatal por los derechos de las personas mayores junto con Jubilare el pasado 15 de junio, Día de toma de conciencia sobre el abuso y el maltrato en la vejez. Puede consultarse en el enlace: https://helpage.wixsite.com/derechosymayores. Fecha de consulta: octubre de 2023.

[24] L. Manzanero, Antonio; Vallet, Rocío; Nieto-Márquez, Marina; Barón, Susana; Scott, Teresa, *Evaluación de la credibilidad de la prueba testifical en víctimas con discapacidad intelectual*, Ediciones Universidad de Salamanca, CC BY-NC-ND, Siglo Cero, vol. 48 (1), n.º 261, 2017, enero-marzo, págs. 23-36.

[25] No debe perderse la perspectiva de que también entre personas con discapacidad puede existir una relación de asimetría de la que se aproveche el agresor respecto de su víctima. En este sentido, *vid.* STS 339/2023, de 10 de mayo.

este protocolo se ha constatado que, los expedientes incoados en la Unidad Coordinadora de personas con discapacidad y mayores (FGE), que hasta ahora ha centralizado el control de las posibles situaciones de abuso económico, supusieron un 16% de los expedientes totales en el año 2022, alcanzando el 46,8% en la fecha en que se escriben estas líneas. Es decir, la barrera preventiva está funcionando frente a situaciones de abuso económico, a través de mecanismos colaborativos.

3.1. El reto de la denuncia de la persona con discapacidad

En la misma línea apuntada anteriormente, también son escasos los estudios sobre la incidencia de la discapacidad a la hora de denunciar. Desde mi propia experiencia —más de veinticinco años— no he conocido ningún caso de persona con discapacidad intelectual o del desarrollo que por sí misma haya interpuesto una denuncia[26]. Posiblemente, el desarrollo e implementación de los ajustes del procedimiento, también en la fase preprocesal o policial, favorecerán la iniciativa de las personas con discapacidad.

En todo caso, es importante trabajar con el colectivo sobre su igual condición y sobre la importancia de que se respeten y se defiendan sus derechos, pues es frecuente que estas personas hayan normalizado en sus vidas el abuso o el estigma de la marginación desde la infancia, por lo que sin un proceso de empoderamiento no se atreverán a denunciar. El papel del Tercer sector es a estos efectos encomiable, pero todos y, nuevamente, las instituciones, están especialmente concernidas en esta labor. Es interesante a la hora de valorar y abordar el fenómeno de la infradenuncia de las personas con discapacidad el documento elaborado por «Liber», Asociación de entidades de apoyo a la toma de decisiones, denominado «Informe: Infradenuncias de delitos cometidos contra personas con discapacidad intelectual o del desarrollo» (2023)[27].

En relación con las personas mayores, apenas 1 de cada 24 casos de maltrato se denuncia, es decir, solo el 4% de los casos[28]. Si, además, estas personas presentan deterioro cognitivo, las cifras deben quedar reducidas a su ínfima expresión, si bien no se han realizado estudios con esos dos parámetros: persona mayor y con discapacidad. En este colectivo el sentimiento de vergüenza suele

---

[26] Los datos reflejados en el estudio de Carlene Wilson & Neil Brewer, *The incidente of criminal victimisation of individuals whit and intelectual disability*, págs. 114-117. Publicación *online*: 28 de septiembre de 2007, también sugieren la escasa probabilidad de que la persona con discapacidad intelectual denuncie directamente el delito o se ponga en contacto con la policía. Lo probable es que lo haga un tercero.

[27] Se puede acceder al documento «Estudio de Liber sobre causas de infradenuncias» en el siguiente enlace: https://www.asociacionliber.org/estudio-de-infradenuncias-liber/

[28] Fuente: HelpAge, que recoge los datos de un documento de la Organización Mundial de la Salud al respecto.

estar muy presente, circunstancia que incide negativamente en la presentación de las denuncias. También lo complica el edadismo y los estereotipos en la vejez que generan tolerancia hacia los comportamientos abusivos, así como la falta de conciencia en las víctimas, que normalizan esas situaciones. Todo ello aboca a la invisibilización de sus necesidades y de sus problemas. Por tanto, también hay que fomentar en las personas mayores con discapacidad la percepción de sí mismas y de su igual dignidad. Como refería el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de 17 de julio de 2019 (apartado 6): *«La edad en que las personas tienen discapacidad influye en su sentido de identidad (…) Las personas que adquieren deficiencias a una edad avanzada rara vez se consideran a sí mismas personas con discapacidad y lo más probable es que perciban el declive en sus funciones físicas y cognitivas como una parte «normal del envejecimiento»*.

En todo caso, se revela como un activo muy eficaz para incentivar la denuncia la accesibilidad de la información, así como la generación y difusión de formularios adaptados[29].

3.2. La víctima con discapacidad ante el proceso penal

Cuando una víctima tiene que narrar los hechos sufridos como consecuencia de delito violento, debe volver su mirada a unos acontecimientos traumáticos y dolorosos, que resurgen vigorosamente. Se debe tener en cuenta que es bastante habitual que a la persona le asalten dudas sobre sus capacidades para explicar los hechos vividos o sobre lo creíble que resultará su testimonio a los ojos de la policía, del juez o del fiscal. En ocasiones su relato es discutido o negado, incluso, en su entorno familiar, con lo que seguir adelante es casi una proeza.

Además, cuando se trata de personas con discapacidad, el riesgo de revictimización es mayor, por lo que se debe estar especialmente atento a esta circunstancia.

Un instrumento legal para evitar la revictimización y preservar la calidad del relato es la prueba preconstituida. Así lo reconoce el preámbulo de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, en estos términos: *«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»*. Dicha ley modificó, entre otros, el art. 449

[29] La Confederación Plena Inclusión ha elaborado una guía para personas con discapacidad: *Qué es el delito y cómo se denuncia* y la infografía *Cómo poner una denuncia*. Se pueden encontrar en los siguientes enlaces: https://www.plenainclusion.org/wp-content/uploads/2021/03/guia_delito_web.pdf y https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/folletodenuncia_v03.pdf. Fecha de consulta: octubre de 2023.

ter LECrim que regula especialmente la prueba preconstituida de los menores de catorce años y las personas con discapacidad «necesitadas de especial protección».

Considero conveniente precisar el concepto de «persona con discapacidad necesitada de especial protección»[30]. Este concepto remite al art. 25 CP, redactado por la LO 1/2015, de 30 de marzo. El párrafo primero de este precepto traslada de forma casi literal el concepto social y de derechos humanos de la Convención que implica atender a los obstáculos, a las barreras existentes que determinan que la persona con discapacidad no pueda ejercer sus derechos en condiciones de igualdad y no a la enfermedad o al déficit de la persona, salvo de forma secundaria. En consecuencia, en un contexto judicial es el procedimiento el que debe adaptarse a la persona y no a la inversa.

Ahora bien, el párrafo segundo introduce un concepto *ex novo* que es el de víctima necesitada de especial protección, del que están excluidas las personas con discapacidad sensorial o física. La víctima necesitada de especial protección es aquella que tiene una discapacidad intelectual o mental de cierta intensidad y permanente, y puede precisar apoyos para la toma de decisiones. Sin embargo, la intensidad de la discapacidad, a efectos penales, no es una cuestión baremada por normas administrativas ni exige un reconocimiento administrativo como el certificado de discapacidad, actualmente regulado en el RD 888/2022, de 18 de octubre. Tampoco exige que existan medidas judiciales de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica (aunque el art. 25 CP se refiere a esta cuestión en otros términos al no estar adaptado el precepto a la Ley 8/2021).

Por tanto, lo determinante para la prueba preconstituida es comprobar si la persona presenta necesidades que impiden o dificultan su declaración. Esa constatación puede hacerla el propio juez o el fiscal, bien directamente bien a través la información previa de familiares o allegados, o de los informes periciales, médicos o sociales de los que se pueda disponer

Puede ser conveniente en algunos casos que la prueba preconstituida se desarrolle con expertos especialistas en psicología del testimonio —que actuarán a modo de facilitador—. Se puede permitir que la persona esté acompañada de alguien de su elección, conforme al Estatuto de la víctima del delito y como posible ajuste reconocido en el art. 7 *bis* LEC (de aplicación supletoria, *ex art.* 4 LEC, mientras no se incluya un precepto equivalente en la LECrim[31]). No obstante, esta presencia debe ser ponderada por los expertos, teniendo en cuenta que las personas con discapa-

[30] Estos comentarios, con algunos matices actualizados que incorporo, se reflejaron en las Jornadas de fiscales especialistas de extranjería del año 2021 a los que se puede acceder en la documentación sobre la especialidad en la página web del Ministerio Fiscal.

[31] El Real decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, que se encuentra en fase de tramitación parla-

cidad suelen ser más sensibles a las influencias indebidas.

Ciertamente, en algunas ocasiones, se podrá prescindir de los expertos en la prueba preconstituida, en atención a las circunstancias de la persona, si bien debemos ser conscientes de nuestras limitaciones a la hora de entrevistar o interrogar a una persona con discapacidad para evitar que podamos conducirnos de manera inadecuada. Si no nos apercibimos de ello, podemos contaminar el testimonio o provocar contradicciones que después pueden comprometer la credibilidad de la declaración.

Me gustaría precisar también que, si bien el artículo 449 *ter* LECrim se refiere a la prueba preconstituida de los menores y de las personas con discapacidad, sin embargo, conforme al tenor literal del precepto, la realización de la prueba preconstituida viene impuesta por ministerio de la ley solo para los menores. Entiendo que puede tratarse de un defecto de técnica legislativa y que debe generalizarse la prueba preconstituida en relación con las personas con discapacidad.

3.3. Sobre la credibilidad del testimonio en víctimas con discapacidad

Quienes nos desempeñamos en la Administración de Justicia nos encontramos en muchas ocasiones —siempre son demasiadas, sin duda— en la tesitura de tener que interrogar a una persona con discapacidad que ha sido víctima de un delito y de hacer un juicio o valoración posterior sobre lo sucedido.

El testimonio de la víctima con discapacidad tiene que prestarse de manera eficaz para desvirtuar la presunción de inocencia que arropa al investigado. Esto supone que la declaración de una víctima con discapacidad debe pasar por el crisol de los conocidos cánones jurisprudenciales de: ausencia de motivos de incredibilidad, persistencia en la incriminación y datos periféricos corroboradores. Si, además, se presenta como prueba única, recuerda la STS 391/2019, de 24 de julio que: *«La presunción de inocencia solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.»*

La citada sentencia se refiere a la valoración del testimonio de la víctima con discapacidad (usando una terminología bastante inadecuada, por cierto) en estos términos: *«Exige el análisis de las características físicas y psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan»*. Sin embargo, a mi modo de ver, lo que más puede debilitar el testimonio de una víctima con disca-

---

mentaria como proyecto de ley, incluye el derecho a los ajustes del procedimiento para la persona ofendida y perjudiciada por el delito en el art. 109 LECrim.

pacidad no es que concurra en ella esta circunstancia, sino que su declaración no haya estado arropada de las garantías y de los ajustes necesarios.

Otro factor que puede afectar a la credibilidad son los sesgos de quien tiene que valorar el testimonio de la persona con discapacidad, que habitualmente oscilan entre dos polos: el que lo observa como más creíble por su supuesta incapacidad para elaborar mentiras y el que lo considera menos verosímil por tener más capacidad para fabular o decir mentiras. Además, en relación con los delitos de violencia sexual nos enfrentamos también a los prejuicios relacionados con la sexualidad de estas personas, que han estudiado en profundidad Verdugo *et al.* (2002)[32]. No debe extrañar, por tanto, que hasta la LO 2/2020, de 16 de diciembre, se permitiera la esterilización forzada de las personas con discapacidad, en buena medida auspiciada por esos sesgos. De modo que, es necesario un esfuerzo por reconocer las ideas larvadas que inconscientemente pueden afectarnos al tomar una decisión para evitar que nos influyan[33].

Para ayudar a conformar un juicio justo, los expertos de la Guardia Civil están empleando el procedimiento CAPALIST adaptado a las personas con discapacidad, que permite establecer un perfil de capacidades individualizado y proponer adaptaciones personalizadas en los procedimientos y en las diligencias de toma de declaración, así como valorar adecuadamente la información de sus testimonios. Los resultados se representan gráficamente a través de un perfil de competencias que facilita la comprensión por parte de los operadores jurídicos de los resultados y las recomendaciones de adaptación en función de los déficits detectados[34].

Bibliografía

C. Wilson, T. Nettelbeck, R. Potter&C. Perry, *Intellectual disability and criminal victimization, Australian Institute of Criminology*, n.º 60.

Carlene Wilson & Neil Brewer. A, *The incidence of criminal victimisation of indivuals with intelectual disability*, National Police Research Unit, págs.114-117.

[32] Verdugo, M.Á., Alcedo, M., Bermejo, B. y Aguado, A.L., *El abuso sexual en personas con discapacidad intelectual*, Psicotema, 14 (Suplemento), 2002, págs. 124-129.

[33] Sancho Gargallo, I. ha estudiado los sesgos inconscientes más comunes y cómo pueden afectar, según su distinta naturaleza, a la decisión judicial. *Vid. Judge Craft: el oficio o arte de juzgar*, InDret, n.º 4, 2020.

[34] Agradezco al Comandante Andrés Sotoca, experto de la Unidad Técnica de la Policía Judicial de la Guardia Civil, que me haya facilitado la comprensión del funcionamiento de este instrumento. Sus explicaciones están reflejadas en estas líneas. El documento *Validación y adaptación del protocolo CAPALIST a personas con discapacidad intelectual*, puede encontrarse en el siguiente enlace: https://docta.ucm.es/entities/publication/f6f89078-b45f-4948-aba6-647084590d5c. Fecha de consulta: octubre de 2023.

Carnicer Díez, C., AAVV, Gamarra Chopo, Y. (coord.), *El acceso a la justicia en España, Lecciones sobre justicia internacional*, Instituto Fernando el Católico, (CSIC), 2009, pág. 214.

Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho y cambio social*, Revista del Poder Judicial n.º 5, marzo de 1987.

Jiménez Yáñez, R.M, Sancho Gargallo, I., *Resoluciones judiciales correctas, claras y precisas*, InDret Privado, Revista para el análisis del derecho, n.º 4, 2023.

Manzanero, Antonio L.; Contreras, María José; Silva, Eva A.; González, José Luis; Quintana, José Manuel; Fernández Sánchez, Juan; Aroztegui Vélez, Javier; De Araoz, Inés, Validación y adaptación del protocolo CAPALIST a personas con discapacidad intelectual, https://docta.ucm.es/entities/publication/f6f89078-b45f-4948-aba6-647084590d5c, fecha de consulta: octubre de 2023.

Manzanero Antonio L.; Recio, María; Alemany, Alberto; Martorell, Almudena; *Reconocimiento de Caras y Discapacidad Intelectual*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Anuario de Psicología Jurídica, Vol. 21, 2011, págs. 41-48.

Manzanero Antonio L.; Vallet, Rocío; Nieto-Márquez, Marina; Barón, Susana; Scott, Teresa, *Evaluación de la credibilidad de la prueba testifical en víctimas con discapacidad intelectual*, Ediciones Universidad de Salamanca, CC BY-NC-ND, Siglo Cero, vol. 48 (1), n.º 261, 2017, enero-marzo, págs. 23-36.

Sancho Gargallo, I., *Judge craft: el oficio o arte de juzgar*, InDret, n.º 4, 2020.

Stike, Henri-Jacques, *La condition handicapée*, Presses universitaires de Grenoble, collection *Handicap Vieillissement Société*, 2017, pág. 198.

VA Hiday, M S Swartz, J W Swanson, R Borum HR Wagner, *Criminal victimization of persons with severe mental illness*, 1999.

Vellaz Zamorano, Aránzazu; Navas Macho, Patricia; De Araoz Sánchez-Dopico, Inés; *Las personas con discapacidad intelectual como víctimas de delitos contra la libertad sexual: una realidad invisible*, Ediciones Universidad de Salamanca / CC BY-NC-ND, Siglo Cero, vol. 52 (1), 2021, enero-marzo, págs. 7-26.

Verdugo Alonso, Miguel Ángel, *Conferencia Victimización de personas con discapacidad intelectual*, impartida el 4 de mayo de 2012 en las III Jornadas de Victimología organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (Departamento de Justicia, Generalitat de Cataluña) y la Universidad de Barcelona.

Verdugo, M.Á., Alcedo, M. Bermejo, B. y Aguado, A.L., *El abuso sexual en personas con discapacidad intelectual*, Psicotema, 14 (Suplemento), 2002, págs. 124-129.

Héctor Melero Martí
Abogado fiscal de la Fiscalía provincial de Valencia adscrito al Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Sueca.

Una experiencia de accesibilidad, las adaptaciones en la carrera fiscal

Mi nombre es Héctor Melero Martí, nací el 6 de junio de 1994 en Laguna de Duero, una localidad situada a 7 kilómetros de la ciudad de Valladolid, aunque actualmente resido en Cullera (Valencia), donde preparé las oposiciones de acceso a las carreras judicial y fiscal.

Soy la primera y, hasta la fecha, única persona ciega que ha conseguido aprobar estas oposiciones, acceder, por tanto, a la institución de la fiscalía y formar parte de aquello que todos los compañeros llamamos la gran familia de los fiscales.

No soy muy dado a escribir, siempre me ha gustado mucho más hablar, pero cuando mi buena amiga Avelina Alía Robles, fiscal adscrita a la Unidad de discapacidad y mayores de la Fiscalía General del Estado y autora de otro capítulo de este libro, me llamó en mitad de una declaración, allá por el mes de julio del presente año, para proponerme escribir en la publicación que, con motivo de rendir un merecido homenaje a nuestra compañera Ángeles de la Blanca García, iban a coordinar desde su unidad, no lo pensé un instante, y acepté encantado.

No tuve la suerte de conocer a Ángeles, pero según he podido leer y escuchar sobre ella, a buen seguro que fue una de esas personas que dejó una gran impronta allá por donde pasó. Fue una de las pioneras en sumergirse en un mundo que era complicado para las personas con discapacidad y que cada vez más personas atravesamos, como es el acceso a las altas profesiones jurídicas del Estado, gracias entre otros a quienes lo hicieron primero.

En estas páginas voy a contar mi experiencia personal, pasando por mi oposición y el tan ansiado aprobado, para retroceder a mi etapa como estudiante escolar y universitario y avanzar en mi día a día en el desempeño de nuestra maravillosa profesión.

1. La oposición

Día 16 de septiembre de 2020, alrededor de las 17:45 horas, sede del Tribunal Supremo (TS), calle Marqués de la Ensenada (Madrid).

Recuerdo con perfecta nitidez aquel momento, cuando la bedel del Tribunal número 1 de las oposiciones de acceso a la carrera judicial y fiscal dijo mi nombre y me pidió que entrase a la sala donde hacía poco más de una hora acababa de exponer (cantar, en el argot de los opositores), los cinco temas del tercer y último ejercicio de la oposición.

Recuerdo con particular emoción las palabras con las que el presidente del tribunal, el magistrado de la Sala 2ª del TS don Andrés Martínez Arrieta me dijo: «le hemos aprobado, a pesar del Mercantil».

En ese momento, no sientes nada especial, solamente liberación y bloqueo a la vez. Liberación porque tantos años de estudio y preparación, en mi caso cinco, habían dado sus frutos y bloqueo porque ante situaciones de tanta presión, tu cuerpo se prepara siempre para lo peor, en este caso el suspenso, y cuando se produce el resultado que se espera, ya sea por eso o por el cansancio, no eres capaz de asimilarlo, o al menos eso es lo que sucedió en mi caso.

Yo le pregunté al presidente y a los miembros del tribunal dos cosas. La primera fue si la compañera que se había examinado después de mí, Rita del Rocío Molero, había aprobado y, efectivamente, habíamos aprobado los dos. Rocío fue al TS conmigo las tres convocatorias en que duró mi oposición, y la amistad que se hace en esos pasillos es una amistad verdadera y que todavía perdura.

La segunda pregunta y al hilo de que el presidente quiso saber por cuál de las dos carreras, judicial o fiscal, iba a optar yo, era si una persona ciega podía ser o no miembro del Ministerio Fiscal (MF).

Cuando mi compañero de Valladolid en la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), y gran amigo, Gabriel Pérez Castellanos, allá por 2014, preguntó al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) si las personas ciegas podíamos ser jueces —yo estaba en segundo curso de Derecho en la Universidad de Valladolid (UVA), y le preguntaba acerca de las gestiones que iba realizando y los resultados que iba obteniendo—, en mí iban naciendo y aumentando las ganas de intentarlo con el objetivo, claro está, de conseguirlo.

El CGPJ, al fin, resolvió favorablemente la cuestión de permitir el acceso de las personas ciegas a la judicatura, mediante un informe realizado por el vocal Juan Manuel Fernández Martínez, por el que se permitía, siempre y cuando se desempeñase en un órgano en el que la falta de visión no fuese un obstáculo, en

un puesto adaptado a las necesidades del aspirante y permitiendo la posible sustitución por otro compañero si hubiese necesidad de ello.

Sobre el papel, la fiscalía podría ser un destino mucho mejor que la judicatura para una persona ciega ya que, para aquellos que dudaron si podíamos o no ser jueces o fiscales, aquellas dudas sobre el desempeño de la función judicial —en mi opinión, absurdas en el siglo XXI y en la sociedad en la que vivimos— quedaban eliminadas, prácticamente por completo, en el ejercicio del Ministerio Fiscal.

Así no se afectaba a la inmediación del juez, ya que ésta para el Ministerio Fiscal no tiene rango de derecho fundamental, ni tan siquiera legal, como ocurre en el artículo 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), para los jueces y letrados de la Administración de Justicia (LAJ), sino que es habitual que se produzcan sustituciones entre los diferentes compañeros ya que lo que prima en nuestra actuación es el principio de unidad, previsto en el artículo 124 de la Constitución Española (CE), siendo el Ministerio Fiscal el mismo con independencia del integrante que actúe en cada momento.

Sin embargo, hasta ese momento no se había pronunciado nadie acerca de si una persona ciega podía pasar a ser miembro de nuestra institución, creo que simplemente porque nadie lo había preguntado.

Se me dijo que había sido autorizado a presentarme a las oposiciones de acceso a ambas carreras y que podía, en consecuencia, elegir la que quisiese. Como lo que no está prohibido está permitido y no viendo ningún obstáculo para ello, decidí, cuando formulé la petición al día siguiente en la sede del CGPJ, optar por la carrera fiscal.

En esta decisión no hubo ningún tipo de presión, fue una decisión absolutamente personal, lo llevaba decidiendo durante todo el tiempo que duró mi etapa de oposición y, no sin una mínima duda, aposté por ello.

Como dije anteriormente, siempre me ha gustado mucho más hablar que escribir, así como defender una posición que es la que consideraba más justa en cada momento y apoyarla hasta las últimas consecuencias. Igualmente, en el ámbito jurídico, siempre preferí el Derecho Penal, por lo que nuestra profesión se ajustaba a mis expectativas de futuro como anillo al dedo.

Es, sin duda, una de las decisiones más acertadas que he podido tomar en mi vida, la profesión se ajusta con creces a las expectativas que tenía antes de comenzar y que mi preparador, Álvaro Fernando Montero Nebot, fiscal de la Sección Territorial de Gandía, perteneciente a la Fiscalía provincial de Valencia, me iba transmitiendo en cada cante, contándome lo que hacía cada día, la prestación del servicio de guardia, el despacho del Juzgado de Violencia sobre la Mujer y en fin, todo aquello que hacemos los fiscales en nuestro día a día.

Hoy en día, y gracias a la tecnología, las personas ciegas o con deficiencia visual lo tenemos mucho más fácil que hace algún tiempo, donde se grababan los apuntes y las clases en cintas de radiocasete. No obstante, para estudiar los 325 temas del programa de la oposición e ir al examen necesité algún tipo de adaptación que paso a relatar a continuación:

Los temas los tenía en el ordenador en formato *word*, y yo iba desplazándome por el documento con las flechas arriba y abajo y el ordenador, mediante un lector de pantalla que verbalizaba lo que estaba escrito en el mismo, llamado «JAWS», me iba diciendo lo que aparecía y yo, a fuerza de ir leyendo los temas una vez tras otra, los iba memorizando.

He de agradecer al padre de Gabriel Pérez Castellanos, Isabelino, que dedicase su tiempo a escanear, corregir y hacer accesibles todos los temarios que compramos en tinta, sin su labor desinteresada jamás hubiese podido conseguirlo.

También, para el último ejercicio de la oposición, el magistrado Javier Vázquez Pariente tuvo la amabilidad de enviarme en formato accesible sus temas ya que, si no, era muy difícil escanearlos en tan poco tiempo como hay entre ejercicios y quiero aprovechar estas páginas para agradecerle su generosidad.

Una de las ventajas que tiene este sistema es que el ordenador habla tremendamente rápido, no podría decir si es multiplicado por cuatro o por cinco veces una velocidad normal, pero eso hacía mi estudio más eficiente. La voz que se utiliza es robótica, pero yo ya me he acostumbrado a ella.

Las personas ciegas siempre hemos leído en braille, que es nuestro sistema de lectoescritura, por el cual mediante la combinación de seis puntos se crean todos los caracteres del abecedario. Sin embargo, el braille tiene dos problemas fundamentales. El primero es que es un sistema extraordinariamente voluminoso, para que nuestros queridos lectores se hagan una idea, mi libro de Lengua Castellana y Literatura en bachillerato tenía dieciocho volúmenes y cada uno de ellos era el doble de gordo que los libros en tinta. El segundo de los inconvenientes era que con el dedo tú solamente ves una letra, por lo que has de estar moviendo las manos continuamente, además del cansancio que puede producirse en la yema de tus dedos índices, irías muy lento y para una oposición como ésta necesitas optimizar el tiempo al máximo posible.

Para el día del examen, contaba con alguna serie de adaptaciones, algunas obvias y otras que pueden parecer extrañas. Así, para el primer ejercicio de la oposición, tipo test, se imprimía por parte de la ONCE el cuestionario en braille y se me facilitaba por un miembro del tribunal en formato *word*, en un pendrive. Necesitaba el braille para leer las preguntas de forma minuciosa y fijarme en los pe-

queños detalles que requieren este tipo de examen y el texto en el ordenador para ir más rápido en la segunda y tercera vuelta de repaso de las preguntas. Yo contestaba en un documento de *word* que luego se encargaba el tribunal de pasar las respuestas a la plantilla, con el fin de que ésta fuese corregida de la misma manera que la del resto de opositores.

También, para el segundo y tercer ejercicio, que eran exámenes orales, contaba con una copia en braille del programa de la oposición, que iba leyendo a la vez que exponía los temas con la finalidad de no saltarme ningún epígrafe. Al principio, realizaba un esquema con la máquina «Perkins», que es la máquina de escribir en braille, pero pronto opté por exponer sin esquema, y ello por cuanto no podía darle un golpe de vista, y preferí acostumbrarme a reflexionar en el tiempo de espera.

Para controlar el tiempo contaba con un reloj, que mediante un auricular me decía los minutos que llevaba. Como no existe ningún cronómetro de estas características, opté por reutilizar mi reloj de ajedrez, que cumplía con creces su misión pero que contaba hacia atrás por lo que, mentalmente y a toda velocidad, obtenía la diferencia.

La época de preparación de la oposición es una etapa en la que se aprende mucho como persona. Aprendes que no se puede dejar todo para el último día y, sobre todo, que vas construyendo durante un gran periodo de tiempo una ilusión y te la juegas en tan solo una hora. Ser capaz de controlar los nervios, de dar lo mejor de uno mismo bajo tanta presión hace que, cuando empiezas a ejercer tu profesión como fiscal, te sientas preparado tanto jurídicamente, por la gran cantidad de instituciones jurídicas que se estudian, como psicológica y emocionalmente, por todo lo que supone.

Una vez realizado el relato de cómo lo conseguí, es necesario echar la vista hacia adelante y hacia atrás, para hablar de la forma en que estudié en mis primeras etapas, y cómo trabajo como fiscal.

2. La pre-oposición

Como cualquier niño, tuve la oportunidad de asistir a la escuela y al instituto. Aunque parezca evidente, no hace tanto tiempo que las personas ciegas en particular, y con discapacidad en general, se veían privadas de acceso a la educación y eran marginadas por completo en la sociedad.

Quiero expresar mi sincero agradecimiento a mis padres por su exigencia y apoyo inquebrantable, sin los cuales no estaría en el lugar en el que me encuentro hoy ni habría alcanzado todo lo que he logrado. También quiero reconocer la labor invaluable de la ONCE en la integración social y laboral de personas con disca-

pacidad, especialmente las personas ciegas. A modo de ejemplo personal, debo mencionar a Tere Tejido, quien ha sido mi profesora de apoyo desde los dos años hasta la actualidad y, en varias ocasiones, me acompañó a exámenes de la oposición, aunque, lamentablemente, en las dos ocasiones en que vino conmigo al Tribunal Supremo a ver cómo me examinaba, no pudo disfrutar de la maravillosa sensación del aprobado.

Siendo un alumno como el resto de mis compañeros, al mismo tiempo, era diferente de los demás. Ciertamente, necesitaba apoyo material y personal para seguir las clases, además de adaptaciones curriculares en algunas materias debido a mi discapacidad. Durante gran parte de mi educación, tuve acceso a libros en braille. Pero en segundo de bachillerato, esta práctica comenzó a desaparecer debido al volumen de los libros, lo que dificultaba el estudio, pues al tener que utilizar libros tan voluminosos se perdía mucho tiempo en leer en braille, que es más lento que la lectura en vista por su propia naturaleza y, en términos de espacio y de peso para mi espalda, era bastante problemático.

En su lugar, la tecnología se convirtió en una herramienta fundamental para mí, lo que en parte niveló el terreno de juego con el resto de las personas sin discapacidad. Utilicé un anotador parlante («PAC Mate») para tomar apuntes y una línea braille, de la cual hablaré más adelante, en relación con mi carrera como fiscal.

Siempre estudié en aulas integradas, siendo el único estudiante ciego y discapacitado en la clase. En mi caso, esta experiencia fue positiva, aunque considero que la educación especial también es necesaria. Existen tipos de discapacidades que, por su naturaleza, requieren una educación más especializada, con profesores y contenidos adaptados.

En el caso de la discapacidad visual, la ONCE proporciona recursos educativos en los CRES (Centros de Recursos Educativos), donde otros compañeros con necesidades diferentes a las mías pueden obtener el apoyo necesario.

A lo largo de mi educación pude recibir una formación que se asemejaba en gran medida a la de mis compañeros, gracias a la combinación de mi capacidad intelectual, el esfuerzo que tuve que realizar y la cooperación que siempre encontré en mi entorno.

En la universidad la elección de una carrera acorde a mi discapacidad fue crucial. Opté por Derecho ya que requería un componente importante de memorización y no estaba centrada en contenido visual y, sobre todo, era una materia que me apasionaba.

A la hora de elegir carrera universitaria, con tan solo 18 años en la mayoría de los casos, se debe ser siempre realista y posibilista, en mi opinión.

La discapacidad es siempre un criterio decisivo a la hora de tomar esta decisión, ya que, por ejemplo, las personas ciegas estamos en mejores condiciones de conseguir una igualdad real y efectiva en las carreras de letras que en las de ciencias y, aunque creo que si hubiese visto habría tomado la misma decisión, reforzó mi elección.

Recuerdo una anécdota bastante ilustrativa de lo que narro: cuando tenía seis años, en una actividad había que poner la profesión que querías ser de mayor. Yo puse que mecánico y me hicieron borrar mi respuesta y cambiarla. Creo que eso me sirvió de mucho, primero para ser consciente a tan temprana edad de las limitaciones que tenía y segundo para saber que había de escoger algo siempre acorde a mis posibilidades.

Durante mi época universitaria comencé a solicitar realizar los exámenes orales a mis profesores, lo que resultaba más cómodo tanto para mí como para ellos. Además, deseaba entrenarme para futuras oposiciones, con la vista puesta en la que finalmente decidí afrontar.

Sin embargo, no todo fue fácil debido a las barreras inherentes a mi ceguera. Uno de los mayores desafíos fue el acceso a libros y manuales. A veces la ONCE tenía versiones desactualizadas de los clásicos que me servían. En otros casos los libros recomendados por los profesores no estaban disponibles en formato accesible. A pesar de estos obstáculos, me las arreglé obteniendo apuntes tanto míos como de muchos de mis compañeros que amable y desinteresadamente me prestaban los suyos.

Sin embargo, para mi trabajo de fin de grado, tuve que afrontar mayores dificultades, ya que necesitaba consultar libros en la biblioteca, algo que mis compañeros hacían fácilmente. La falta de acceso a libros en papel representó un obstáculo significativo, por cuanto este tipo de trabajos, por su naturaleza, se componen principalmente de citas bibliográficas, además de que, por su propio contenido y volumen, en que se habla de un tema determinado del que no se ha podido tener demasiado conocimiento durante la carrera, necesitas documentarte de manera pormenorizada para poder hacer un trabajo que merezca la pena y llegar al mínimo de hojas exigido.

Creo que la digitalización de obras bibliográficas y el acceso a las mismas por parte de personas ciegas es una cuestión crucial. Considero que se deben realizar modificaciones legislativas para obligar a las editoriales a proporcionar sus textos en formato digital, tanto a la ONCE por ser la organización de ciegos más conocida y que nos agrupa a prácticamente todos como a cualquier otra que se comprometiese a facilitar en formato accesible el acceso a las personas ciegas a los libros y, asimismo, se obligase a evitar que terceras personas aprovechasen este trabajo, para proteger la propiedad intelectual que obviamente también es necesario e imprescindible.

Durante un examen de derecho constitucional en el año 2014 me solicitaron realizar una exposición oral acerca de la separación de poderes en España. Después de concluir la presentación y recibir felicitaciones por parte del profesor me atreví a preguntarle si creía que sería capaz de superar una oposición tan exigente. Su respuesta afirmativa fue el momento en el que tomé la determinación de embarcarme en esa aventura.

3. La post-oposición

3.1. El curso teórico-práctico y las prácticas tuteladas en la fiscalía

Luego de aprobar el proceso de oposición y tras una larga, pero necesaria, espera de cuatro meses, se abrió una nueva etapa en mi carrera profesional que incluyó un curso teórico-práctico en el Centro de Estudios Jurídicos y prácticas tuteladas en la Fiscalía provincial de Valencia, al igual que el resto de mis compañeros.

En lo que respecta al curso, este se llevó a cabo de manera completamente en línea en mi caso. La pandemia de coronavirus lo hizo necesario y, de hecho, resultó ser más conveniente y cómodo, especialmente dada la necesidad de mantener la distancia de seguridad.

Afortunadamente, la adaptación para mi discapacidad visual en esta modalidad no fue especialmente complicada, ya que los materiales del curso se encontraban en formato electrónico, evitando la necesidad de digitalizarlos específicamente para mi uso. En ocasiones hubo algunos documentos que no estaban en un formato accesible, pero bastaba con comunicarme con la persona encargada y siempre hacía lo necesario para que pudiese utilizarlos como los demás compañeros.

En cuanto a las prácticas tuteladas, representaron un desafío personal y profesional apasionante. Fueron una oportunidad para experimentar y prepararme para las responsabilidades diarias del ejercicio de mis funciones como fiscal. Tanto la fiscalía como la Conselleria de Justicia de la Generalitat Valenciana y la ONCE se unieron para adaptar mi entorno de trabajo, proporcionándome los recursos necesarios para llevar a cabo mi iniciación en la actividad como fiscal.

En términos de medios personales tuve a mi disposición una funcionaria tramitadora que desempeñó un papel crucial. Ella no solo me ayudó a desplazarme por la inmensa Ciudad de la Justicia de Valencia, sino que también se encargó de escanear y digitalizar todos los procedimientos que mis tutores me entregaban y, a su vez, realizar el mismo proceso con los procedimientos que yo, como fiscal titular, despacho en mi día a día.

En cuanto a los medios materiales, conté con un ordenador equipado con el programa «JAWS», un sintetizador de voz que verbaliza todo lo que aparece en la pantalla y me permite acceder y utilizar la información digitalizada y que he descrito al hablar de la oposición.

Además, disponía de una línea braille, que funciona como una pantalla en la que se muestran los puntos en braille que representan las palabras que aparecen en la pantalla del ordenador. Por último, contaba con una impresora braille que me permitía imprimir documentos esenciales que necesitaba en formato físico para llevar a juicio.

Quiero aprovechar estas líneas para expresar mi profundo y sincero agradecimiento a todos los que hicieron posible que esta experiencia piloto fuera un auténtico éxito, centrándome en tres tipos de personas.

En primer lugar, las personas encargadas de esa primera etapa, como fue Félix Martín González, quien era director de formación de la carrera fiscal y siempre estuvo atento a todas mis necesidades y solucionó todos los pequeños problemas que surgieron.

En segundo lugar, mis cuatro tutores en la Fiscalía provincial de Valencia, Álvaro Terol, Elena Martínez, Juan Iranzo y Susana Gisbert, quienes aceptaron el reto de enseñarme y estuvieron pendientes de mí en todo momento, adaptando todos los procedimientos y la manera de presentarlos y explicarme las cosas, contándome todo lo que ocurría en sala, leyéndome los procedimientos que despachábamos y, en fin, siendo mis ojos en mis inicios como fiscal.

Finalmente, la Fiscal Superior de la Comunidad Valenciana, Teresa Gisbert Jordá, y el Fiscal Jefe de la Fiscalía provincial de Valencia, José Francisco Ortiz Navarro, quienes hicieron las adaptaciones necesarias y quienes siempre están dispuestos a ayudarme en todo aquello que necesite.

En lo que respecta a las tareas propias de un fiscal, dos de ellas requieren especial atención: el despacho del papel diario y la celebración de juicios. Antes de embarcarme en mi labor sin el apoyo de un tutor, tenía algunas consideraciones respecto de ambas funciones principales de los fiscales.

En cuanto al despacho del papel, pensaba que, aunque requería un trabajo intensivo, no representaba un obstáculo insuperable. La clave radicaba en asegurarse de que los documentos estuvieran en un formato accesible, lo que permitiría una lectura y un manejo eficientes con la ayuda del ordenador, al igual que cualquier otro compañero.

En cuanto a la asistencia a juicios, creía que, debido a la naturaleza oral de los procedimientos, esta tarea sería relativamente sencilla. Sin embargo el desafío

surgía en el manejo de la documentación que las partes aportaban en el acto de la vista que a menudo era extensa y, en ocasiones, complicada de procesar en un tiempo limitado.

A lo largo de mi corta carrera profesional se pueden distinguir dos etapas claramente definidas. La primera abarcó desde el 12 de julio de 2021 hasta el 1 de enero de 2023, mientras que la segunda comprende el periodo posterior a esa fecha hasta el día de hoy. En ambos períodos, he enfrentado desafíos y barreras, aunque en menor medida de lo que había anticipado en mi primer día como fiscal.

3.2. Mi etapa como fiscal

Tras finalizar la etapa de prácticas, y recibir mi despacho como el resto de mis compañeros de promoción, de manos de su Majestad el Rey, me incorporé a la Fiscalía provincial de Valencia. Debo agradecer a las personas que hicieron posible que pudiese quedarme en mi ciudad, ya que un cambio en mi caso hubiese supuesto un problema añadido debido a mi discapacidad.

El artículo 29 de nuestro nuevo reglamento orgánico permitió que se pudiese articular mi plaza en la Fiscalía provincial de Valencia.

3.2.1. Primer periodo. Asistencia a sala

En el primer periodo de mi carrera mi labor se centró, principalmente, en actividades orales con un enfoque considerable en la realización de juicios ante los juzgados de lo penal de Valencia. En menor medida también participé en la asistencia a juicios por delito leve y, en raras ocasiones, pero sumamente gratificantes, tuve la oportunidad de asistir a la Audiencia Provincial de Valencia.

Dado que la digitalización accesible en la Administración de Justicia es limitada, el Fiscal Jefe y yo decidimos que, en un principio, mi lote sería un lote exclusivo de señalamientos, ya que dicha tarea se adaptaba mejor a mi situación personal y visual.

Desde el principio, tuve claro que, a pesar de mi discapacidad visual, no debía trabajar menos que mis compañeros. Sin embargo, también entendí que mi carga de trabajo debía ajustarse para que pudiera desempeñar mis tareas de manera ágil y eficiente.

La asistencia a juicios podía ser un lote que se adecuase a mis necesidades por varias razones. En primer lugar, los juicios orales, valga la redundancia, son la parte del proceso con mayor oralidad y ello, obviamente, supone una menor barrera de entrada que el resto de ámbitos de actuación de los fiscales.

Si bien puedo tener más dificultades para leer los documentos que son aportados en el momento inicial de la vista como cuestión previa, la práctica me ha hecho darme cuenta de que, en la práctica totalidad de las ocasiones en que acudí a los juicios, esto no supuso una dificultad añadida, ya que, o no tenían demasiada importancia en relación con lo que se juzgaba, o con la descripción del abogado al aportarlos me era suficiente.

Además, la labor de mis compañeros al preparar las carpetillas de fiscalía resulta esencial para todos los compañeros en general y particularmente para mí que no tengo acceso a los tomos que comprenden la causa.

Estas carpetillas contienen principalmente el escrito de calificación o acusación y el extracto, que para quien no esté familiarizado con nuestra jerga, es un documento interno de fiscalía que contiene todo lo necesario para hacer el juicio, con expresión de lo declarado en fase de instrucción, los documentos con los folios donde obran y las notas de los compañeros que han calificado.

En este año y medio que duró esta etapa las situaciones en las que he afrontado dificultades destacables debido a mi ceguera han sido bastante limitadas, a pesar de mis iniciales preocupaciones. A modo de ejemplo, puedo mencionar dos situaciones que parecían complicadas pero que ocurrieron una sola vez en año y medio dedicado a estos menesteres.

En una ocasión, durante un juicio que involucraba una extensa grabación de video, la defensa no aceptó la reproducción de la misma, lo que nos obligó a ver tres horas de imágenes sin sonido. Yo preguntaba insistentemente a mi funcionaria acerca de lo que veía, para que me lo fuese describiendo y no perder detalle. Sin embargo, esta situación no se ha repetido prácticamente nunca más, y cuando ha acontecido, o bien venía el vídeo descrito en el extracto, o bien el auxilio de la sala me describió lo que había acontecido, o el propio juez o magistrado. En otra ocasión, no recibí la carpetilla para un juicio debido a un error del funcionario del juzgado, pero la solución fue sencilla: llamé a una compañera y amiga que defendió el juicio en mi lugar.

No obstante, mi trabajo no se limitó solo a la celebración de juicios, también solicité formar parte como voluntario de la Sección de Tutela Penal de la Igualdad y Contra la Discriminación, donde tuve la oportunidad de redactar escritos de acusación y comenzar a manejar un poco del papel ordinario, así como despachar las diligencias preprocesales de investigación penal del Ministerio Fiscal. Esta especialidad me apasiona y me permitió adentrarme en la fase de instrucción, lo que me brindó experiencia para asumir el despacho del papel ordinario de un juzgado en el futuro.

En algunas ocasiones también desempeñé el servicio de guardia. Afortunadamente, esta labor resultó ser más sencilla de lo que esperaba, ya que los atestados

me eran enviados en formato electrónico desde los juzgados y yo los hacía accesibles según mis necesidades, como describiré más adelante.

En resumen, mi experiencia en esta primera etapa la califico como formidable en todos los aspectos. Me siento particularmente apasionado por el juicio oral y todo lo que conlleva, y mi habilidad para hablar se destaca sobre mi necesidad de escribir. Sin embargo, sentía que necesitaba expandir mi zona de confort y convertirme en un fiscal más completo, capaz de manejar tanto juicios como la fase de instrucción, con el despacho del papel, la toma de declaración a la víctima nada más ocurrir los hechos y, en fin, preparar el juicio oral para mis compañeros, como ellos habían hecho conmigo anteriormente.

Cuando entró en funcionamiento el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Sueca, el 1 de enero de 2023, no dudé en pedir el cambio de lote, para ocuparme de despacharlo. Este hito marcó una nueva etapa en mi vida profesional y, como dicen, los cambios suelen ser para mejor.

3.2.2. Segunda etapa: mi día a día actual

La decisión de trabajar en el juzgado de Violencia sobre la Mujer la tomé ponderando varios factores. Para ser sincero, uno de los más importantes fue la cercanía del juzgado al lugar donde resido. Además, la materia siempre me ha interesado profundamente y considero que el trabajo de los operadores jurídicos en este ámbito es crucial para la sociedad. Aunque ya estaba familiarizado con esta área en el contexto del juicio oral, deseaba experimentarla desde el principio, estar presente cuando las víctimas tomaban la trascendental decisión de denunciar, interrogarlas en el juzgado y brindarles apoyo y protección cuando fuera necesario.

Sin embargo, debo admitir que también tenía ciertos temores hacia lo desconocido, particularmente en lo que respecta a cómo manejaría el papel que debía gestionar. Afortunadamente, las causas de violencia de género, en general, tienen un volumen ostensiblemente menor en comparación con las causas que podría generar un juzgado ordinario, lo que resultó adecuado para comenzar, ya que podía adaptarse mejor a mis necesidades.

Además, dado que se trataba de un juzgado de nueva creación, pensé que sería más fácil de adaptar en teoría que un juzgado en funcionamiento con procedimientos en curso que desconocería.

Para explicar mi día a día y mis actividades, es importante diferenciar entre mi asistencia al juzgado y el trabajo de despacho del papel que entra en fiscalía.

En lo que respecta a la realización de mi servicio de diligencias penales urgentes durante el servicio de guardia («DUR», tal como se refleja en la planilla),

desde el primer día solicité a la Guardia Civil que, una vez finalizado un atestado, me lo enviara por correo electrónico. Una vez recibido, puedo leerlo, a veces sin dificultades, mientras en otras ocasiones utilizo mi teléfono móvil u ordenador para llevar a cabo lo que se conoce como reconocimiento óptico de caracteres (OCR), que consiste en convertir una imagen en un formato de texto (como Word o RTF). Esto me permite acceder al contenido y conocer los detalles del caso, al igual que cualquier Fiscal.

Curiosamente, desde que se modificó la forma de presentar la hoja histórico penal, puedo leerlos cuando se me envían. Esto me permite determinar por mí mismo si existe la circunstancia agravante de reincidencia.

En cuanto a los reportajes fotográficos que ocasionalmente se envían como anexos, es evidente que por mí mismo nunca podré utilizarlos, así que lo que hay que hacer es preguntar, y hasta ahora, siempre he recibido respuestas positivas. Todos han estado dispuestos a echarme una mano en todo aquello que he necesitado.

La asistencia al juzgado es fundamental para mí y tengo la suerte de trabajar con un único juzgado a la vez. Esto significa que todos los días que me corresponde asisto personalmente al juzgado para saber, de primera mano, el estado de cada procedimiento, así como para participar junto al magistrado en la toma de declaraciones. De esta manera, obtengo información sobre el estado del caso lo que me permite ajustar la pena y construir la calificación. Como se suele decir, «lo que no está en la primera conclusión, no está en el mundo».

En ocasiones, cuando se trata de diligencias urgentes, escribo yo mismo la calificación y la paso a los funcionarios del juzgado mediante un pendrive. En otros casos, dicto la calificación por teléfono a mi funcionaria, que trabaja desde la Ciudad de la Justicia de Valencia, lo que resulta más eficiente.

Mi trabajo se basa en gran medida en el uso de modelos, lo que facilita enormemente mis tareas y reduce el tiempo necesario para cada una de ellas.

En lo que respecta al despacho ordinario del papel, se pueden diferenciar dos situaciones: cuando debo redactar un escrito de calificación y acusación y en los demás casos.

En el primer escenario, mi funcionaria escanea los documentos útiles y, según la práctica y la experiencia, sabe qué es importante revisar. Luego me envía un resumen de la causa y un índice con información detallada sobre todos los folios del expediente. Con esta información, puedo preparar el escrito de calificación, y si llegara a faltar algún dato relevante, siempre puedo comunicarme con ella para que lo escanee.

En los demás procedimientos, o bien los juzgados nos envían las actuaciones a mi correo electrónico para que yo pueda leerla y emitir el informe que corresponde, o bien cuando viene en papel a fiscalía mi funcionaria me lee lo que considero importante. Luego, yo dicto o redacto el informe correspondiente.

Esta etapa en la que me encuentro en la actualidad está siendo una experiencia tremendamente positiva y apasionante, por cuanto me está permitiendo crecer como fiscal.

Me estoy dedicando a una de las materias más bonitas que existen, como es la violencia de género, y veo a las víctimas cuando van por primera vez al juzgado y toman la difícil, trascendental y valiente decisión de denunciar. Ese primer contacto, unido a la experiencia que pude atesorar durante mi primera etapa realizando juicios, me permiten ser mucho más expeditivo, saber las preguntas que debo hacer y ser consciente de lo que voy a poder demostrar, y lo que no, en un futuro juicio oral.

También, estoy aprendiendo a hacer algo fundamental, como es trabajar en equipo. Considero que la violencia de género es una lacra que debe atajarse desde muchos ámbitos, y hablar con personas que tienen formación distinta a la mía me hace aprender todo cada día.

También, cuando hay algo del procedimiento o de la situación que solamente es perceptible a través de la vista, lo pregunto a quien está a mi alrededor y, simplemente, me lo explica. Porque ya se sabe: en ocasiones, una imagen vale más que mil palabras.

4. A modo de conclusión

Para concluir estas líneas me gustaría realizar una serie de reflexiones.

En primer lugar, que ha valido la pena todo el esfuerzo, porque trabajo en una profesión maravillosa, con la que disfruto mucho, aprendo todos los días y siento que soy útil al resto de la sociedad.

En segundo lugar, que una persona ciega haya aprobado las oposiciones a las carreras judicial y fiscal no es sino la consecuencia lógica de la integración, que cada vez se produce de una manera más eficiente y útil en nuestra sociedad, y como dice una gran amiga, «cada vez somos más iguales».

Finalmente, cada vez me encuentro menos barreras derivadas de mi ceguera en el ejercicio de mi profesión y, cuando las encuentro, intento sortearlas realizando mi trabajo de la forma que me es más útil. Lo mejor es ir al juzgado, salir tras una dura jornada y que tu falta de vista no haya sido mencionada en ningún momento. Y esto cada vez lo consigo más a menudo.

Ministerio Fiscal

María Pilar Marco Francia
Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid[1]
Ex fiscal sustituta

Hacia un abordaje integral de los sesgos y las cuestiones psicosociales en los procesos judiciales de provisión de apoyos

«Rendirse no es una opción»
Ramón Arroyo Prieto (2016)

Resumen

El presente trabajo versa sobre cuestiones que frecuentemente no se contemplan en un juzgado cuando se aborda un procedimiento de provisión de apoyos y que, sin embargo, debemos tener muy en consideración a fin de proporcionar la atención más adecuada a las personas con discapacidad. Estos procedimientos deben realizarse «a medida», siempre en función de las capacidades e intereses de la persona con discapacidad cuya provisión de apoyos se pretende. Ahora bien, para lograr llegar a calibrar estas cuestiones, es necesario que ahondemos, no sólo en cuestiones relativas a la personalidad del individuo que va a necesitar apoyos, sino también en cuestiones psicosociales que pueden ser relevantes a la hora de valorar las necesidades del sujeto, así como al alcance de los apoyos que la persona requiere. Para desempeñar el trabajo adecuadamente deberemos tener en cuenta, no solo a la persona con discapacidad, sino también toda la constelación psicosocial que la rodea: su familia, el mismo procedimiento de provisión de apoyos y su abordaje, el grado y tipo de discapacidad del sujeto, las capacidades de comprensión que posee esa persona y de los informes que consten por parte de los profesionales que tengan que decidir los apoyos. La provisión de apoyos es una materia delicada donde las personas que la demandan pueden tener unas expectativas muy altas del procedimiento. Mientras que la capacidad de abordaje del problema en el procedimiento es limitada y no hay dos casos iguales.

Palabras clave

Discapacidad, proceso de provisión de apoyos, sesgo de deseabilidad, sesgo de confirmación, creencias.

[1] E-mail: pilar.marco@ucm.es.

1. Introducción

En el derecho, como en la vida, como muy bien predicaba con el ejemplo nuestra querida y añorada amiga y compañera Ángeles de la Blanca, no solo es suficiente la aptitud, también es imprescindible la actitud que se tenga ante la misma.

Así pues, a la hora de abordar cuestiones que van a tener un influjo determinante en la vida de las personas, y más cuando son personas con discapacidad cuya inclusión social está en juego, es extremadamente relevante el conocimiento de las circunstancias, que puede que no consten en el expediente judicial, y que sin embargo, pueden ser esenciales para determinar el sistema de apoyos que la persona requiere. Estamos hablando de circunstancias relativas a la persona con discapacidad, de su familia, de su sistema de apoyos y del sistema de creencias y actitudes de los profesionales que trabajan con ella y de los profesionales del juzgado que van a determinar los apoyos.

Es importante reseñar que en muchas ocasiones, la discapacidad y sus procesos son desconocidos no solo para lo sociedad, sino también para profesionales que trabajan con las personas con discapacidad y que adolecen de falta de información, creencias falsas y estigmatizantes y actitudes negativas[2].

Para ello vamos a examinar los diferentes desarrollos y el concepto de «normalidad», partiendo del hecho de que el fenómeno de la discapacidad tiene una graduación amplísima y de que las formas e instrumentos que utilizaremos serán, igualmente, dilatados. De igual forma, abordaremos brevemente los procesos de provisión de apoyos para personas con discapacidad establecidos en la Ley 8/21 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* y en la convención de Nueva York en relación con los sesgos respecto a la discapacidad que pueden producirse. Finalizaremos abordando diferentes cuestiones psicosociales a tener en cuenta en su implicación en los procesos de provisión de apoyos, antes, durante y después del procedimiento tanto desde el punto de vista de la persona con discapacidad como de otros intervinientes relevantes como su familia.

[2] Arias González, Víctor Benito, Arias Martínez, Benito, Verdugo Alonso, Miguel Ángel, Rubia Avi, Mariano, Jenaro Río, Cristina. Evaluación de actitudes de los profesionales hacia las personas con discapacidad. *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Vol. 47, N.º 2, 2016, págs. 7-41. Disponible en: https://uvadoc.uva.es/handle/10324/55768 [Fecha de consulta: 28 de agosto de 2023].

2. Desarrollos diferentes

2.1. La normalidad

En muchas ocasiones y en múltiples entornos nos referimos a que conceptuamos algo como normal o diferente. En cuestiones como la discapacidad, autores como Rosato y colaboradores[3] mantienen que, en principio, la discapacidad se considera como un problema que afecta a los individuos, derivado de condiciones de salud deficitarias. Siendo las consideraciones del concepto, bien de tragedia personal, bien de desviación social. Señalan los autores que ambas interpretaciones excluyen la participación de las personas con discapacidad, quienes son considerados únicamente como meros objetos, ya sea de intervención profesional o de investigación científica.

Cuando hablamos de normalidad, siguiendo a Gutiérrez[4], siempre partimos de situaciones de normalidad como: aquellas que siguen un curso evolutivo típico o habitual en el desarrollo cognitivo, comunicativo, emocional, lingüístico, de la atención, de la motricidad, de la autorregulación… Esas situaciones «normales» se oponen a las situaciones de las personas con desarrollos diferentes. Si contraponemos normalidad con anormalidad, esta última palabra nos genera cierta incomodidad. Tal y como señala Veiga[5] eso ocurre porque «su sentido moderno se creó a través de sucesivos desplazamientos a partir de otros tipos localizados en otras prácticas y estratos discursivos y a expensas de oposiciones, exclusiones y violencia».

Por lo tanto, como definición de corte más aséptico, y huyendo de conceptuaciones de corte ideológico aunque es imposible huir de la ideología, ya que impregna todos los temas, consideraremos los supuestos de normalidad como aquellos que no se desvían de la norma estadística. Por tanto, consideraremos «anormales» los supuestos en los que concurra una desviación significativa de la norma estadística.

2.2. Los desarrollos diferentes: las discapacidades

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York reconoce en el apartado e) de su preámbulo que la discapacidad es un concepto que evoluciona, y que resulta de la interacción entre las personas

---

[3] Rosato, A. y otros. El papel de la ideología de la normalidad en la producción de discapacidad. *Revista Ciencia, Docencia y Tecnología*, Nº 39, Año XX, noviembre de 2009, páginas 87-105, páginas 90-1.

[4] Gutiérrez Bermejo, B., Brioso Díez, A. (2015). *Desarrollos diferentes*. Sanz y Torres, Madrid, pág. 2.

[5] Veiga Neto, A. Incluir para excluir. En: Larrosa, J.; Skliar, C. (comps.) *Habitantes de Babel. Política y Poética de la diferencia* (pp.165-184). Barcelona: Laertes, 2001, página 167.

con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Para ello, en su artículo 1 establece que el propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Se incluye entre las personas con discapacidad 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. Por tanto, podemos incluir las siguientes discapacidades: intelectuales, sensoriales, físicas y otros trastornos del espectro del autismo (TEA), por déficit de atención con hiperactividad (TDAH), en el desarrollo de la comunicación y del lenguaje.

Para poder hablar de discapacidades, ¿cuáles van a ser sus características? Según Gutiérrez[6], las características van a ser las siguientes:

1) Son consecuencia de alguna alteración conocida (discapacidades) o desconocida (trastornos), que se produce en momentos ontogenéticos tempranos y que afectan a la construcción de capacidades básicas implicadas en diferentes áreas del desarrollo.

2) Permanecen a lo largo del ciclo vital aunque sus manifestaciones varíen en las diferentes etapas evolutivas.

3) Provocan desadaptación en los diferentes contextos de desarrollo (familiar, escolar y socio-comunitario).

4) Tienen una perspectiva evolutiva.

5) Necesitan la puesta en marcha de estrategias integradas de intervención temprana en diferentes contextos.

2.3. Paradigmas de la discapacidad

Hasta la fecha disponemos de tres paradigmas[7] para abordar el concepto de discapacidad: el médico, el social y el biopsicosocial (que ha intentado integrar y superar la confrontación entre los dos primeros).

---

[6] Gutiérrez Bermejo, B., Brioso Díez, A. (2015). *Desarrollos diferentes*. Sanz y Torres, Madrid, págs. 2 y 3.

[7] Otros autores como Seoane (*vide* Seoane, J.A. Derecho y personas con discapacidad. ¿Hacia un nuevo paradigma? *Siglo Cero*, 35 (1), núm. 209, 2004, pp. 20-50) mencionan cuatro modelos: el médico, el social, el de la diversidad y el de los derechos. En opinión de Canimas (*vide* Canimas Brugué, J., ¿Discapacidad o Diversidad funcional? *Siglo Cero*, 46 (2), 2005, pág. 80) este último

El paradigma médico o médico rehabilitador[8] entiende la discapacidad como un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere de cuidados médicos prestados en forma de tratamiento individual por profesionales. El tratamiento de la discapacidad está encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona y un cambio de su conducta. La atención sanitaria se considera la cuestión primordial y en el ámbito político, la respuesta principal es la de modificar y reformar la política de atención a la salud.

Por su parte, el paradigma social de la discapacidad lo considera como un problema de origen social, que está centrado en la integración completa de las personas en la sociedad. La discapacidad irá más allá de ser un atributo de la persona y comprenderá un conjunto de condiciones, gran parte de ellas creadas por el entorno social, y que deben llevar aparejada una actuación social[9]. Todos vamos a ser responsables como comunidad de hacer las modificaciones necesarias para que todos, personas con discapacidad o no, podamos participar plenamente en todas las áreas de la vida social, siendo esta una cuestión de derechos humanos que ha de ser resuelta políticamente. El artículo 9.2 de la Constitución parece responder a este paradigma cuando se les otorga un mandato a los poderes públicos para promover las condiciones para que el individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivos, así como 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. A esto hay que añadir el artículo 49[10] de la Constitución.

En lo que se refiere al paradigma biopsicosocial, este es el sustentado por la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) y por tanto, integra los paradigmas médico y social, utilizando la palabra biopsicosocial que abarca las dimensiones biológica, individual y social que tiene la salud[11]. Esta visión es la que acoge la Convención sobre los derechos de las

---

sería una síntesis de los tres anteriores y el de la diversidad estaría dentro de la vertiente más hermenéutica del paradigma social.

[8] Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*. Versión abreviada. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). 2001, pág. 22. Disponible en [última consulta el 28-8-23]: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf.

[9] Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). 2001, pág. 22.

[10] El artículo 49 CE, reformado en 2024, cambia su terminología al adoptar la expresión «personas con discapacidad» e incorpora la perspectiva inclusiva y de promoción de la plena autonomía de las personas con discapacidad en la actuación de los poderes públicos.

[11] Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapa-*

personas con discapacidad de 2006[12] cuando en su preámbulo, letra e) se reconoce la discapacidad como un concepto que evoluciona y que es resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás; y en su artículo 1 cuando establece que: «*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*»[13].

La CIF realiza una revisión de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) de 1980, y pasa de clasificar consecuencias de enfermedades, a clasificar los componentes de salud, adoptando una posición neutral respecto a la causa y es válida para todas las personas, no únicamente para aquéllas que sufran alguna discapacidad. La CIF incluye dos dominios que se pueden considerar como dominios «de salud» y dominios «relacionados con la salud». Estos dominios se describen desde la perspectiva corporal, individual y mediante dos listados básicos: el de funciones y estructuras corporales y actividades-participación que reemplazan a los denominados anteriormente como «deficiencia», «discapacidad» y «minusvalía» y amplían el ámbito de la clasificación para que se puedan describir también experiencias positivas. Se debe tener en cuenta que estos conceptos se utilizan con un significado específico que puede diferir del que se les da en la vida cotidiana[14].

La tarea principal de la CIF es fundamentar esta nueva visión en la diferencia existente entre deficiencia y discapacidad. Se considerará deficiencia, tal y como lo hace el paradigma médico, a la anomalía en las funciones corporales que dificulta o impide realizar acciones que se consideran valiosas. Por su parte, la discapacidad será la interacción de esa deficiencia con el mundo que le rodea, por lo que dependerá de quien y donde se tenga una deficiencia para que constituya una discapacidad. Tendremos que interrelacionar factores biológicos, psicológicos y sociales (que englobarían factores sociales, económicos e incluso históricos).

Como complemento podemos aportar las siguientes definiciones de conceptos relevantes[15] para la CIF:

---

cidad y de la Salud: CIF. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). 2001, pág. 22.

[12] Gutiérrez Bermejo, B., Brioso Díez, A. (2015). *Desarrollos diferentes*. Sanz y Torres, Madrid, pág. 4.

[13] Canimas Brugué, J., *¿Discapacidad o Diversidad funcional?* Siglo Cero, 46 (2), 2005, pág. 81.

[14] Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*, versión abreviada, 2001, pág. 3.

[15] Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*, versión abreviada, 2001, pág. 14.

- Funciones corporales: son las funciones fisiológicas de los sistemas corporales (incluyendo las funciones psicológicas).
- Estructuras corporales: son las partes anatómicas del cuerpo, tales como los órganos, las extremidades y sus componentes.
- Deficiencias: son problemas en las funciones o estructuras corporales, tales como una desviación significativa o una pérdida.
- Actividad: es la realización de una tarea o acción por parte de un individuo.
- Participación: es el acto de involucrarse en una situación vital.
- Limitaciones en la actividad: son dificultades que un individuo puede tener en el desempeño/realización de actividades.
- Restricciones en la participación: son problemas que un individuo puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales.
- Factores ambientales: los constituyen el ambiente físico, social y actitudinal en el que las personas viven y conducen sus vidas.

Para Gutiérrez[16], la palabra discapacidad en la CIF es un término «paraguas» que se usa con la finalidad de referirse tanto a los déficits, limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación, resaltando lo negativo de la interacción entre el individuo, su entorno y su alteración en la salud.

2.4. ¿Discapacidad o diversidad funcional?

Según Ferreira[17], se ha propuesto el abandono del concepto discapacidad, ya que al incluir el prefijo «dis», falto de, es negativo y por tanto se propone que se sustituya por el de «diversidad funcional».

El lenguaje configura el pensamiento, por tanto si hablamos de diversidad funcional, estaríamos recalcando las cuestiones positivas que consisten en las peculiaridades que las personas con discapacidad ostentan. Ahora bien, la probabilidad de que exista una persona igual a nosotros, aparte de los gemelos univitelinos, es prácticamente inexistente[18].

---

[16] Gutiérrez Bermejo, B., Brioso Díez, A. (2015). *Desarrollos diferentes*. Sanz y Torres, Madrid, pág. 5.

[17] Ferreira, M. A., *Discapacidad, individuo y normalidad: la «axiomática» de la marginación*. V JORNADAS NACIONALES «UNIVERSIDAD Y DISCAPACIDAD» San Miguel de Tucumán (Argentina), 14-16 de agosto de 2008, disponible en https://www.um.es/discatif/PROYECTO_DISCATIF/Documentos/ComTucuman.pdf [Fecha de consulta: 28-8-23].

[18] Abril Alonso, A., Ambrosio Flores, E. (2005). *Fundamentos biológicos de la conducta* (2ª edición, 2ª reimpresión). Madrid: Sanz y Torres S.L, 2005, pág. 331.

Como señala Canimas[19], la utilización del término diversidad funcional nos produce problemas éticos con la adscripción de recursos específicos, o la realización de acciones positivas para personas con discapacidad, ya que todos somos diversos y por lo tanto no habría justificación para éstas. Por lo tanto, es preferible utilizar el término de discapacidad.

3. Los procesos de provisión de apoyos para personas con discapacidad y los sesgos que pueden afectarles

3.1. Introducción

En las últimas décadas estamos viviendo una mayor atención por parte de nuestros poderes públicos respecto a las personas con discapacidad, con vistas a proporcionarles una tutela integral[20]. El mandato constitucional es claro al respecto cuando el artículo 9.2 de la Constitución señala que: «*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.*» Por tanto, tienen que ser los poderes públicos quienes han de cumplir con la promoción de esa igualdad real, que aunque difícil de conseguir, ha de ir marcada por acciones que trasciendan a una mera igualdad formal.

Las cuestiones relativas a los procedimientos de provisión en nuestro país cada vez son más acordes con la realidad social que vivimos y con el marco jurídico internacional en el que estamos incardinados. El avance en el conocimiento de las diferentes capacidades de las personas y las cuestiones sociológicas que nos rodean en la evaluación y gestión de la discapacidad hacen que estemos hablando de un tema de derechos humanos. Unida a la normativa internacional y como consecuencia de la misma, 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* (en adelante

[19] Canimas Brugué, J. (2015). *¿Discapacidad o Diversidad funcional?* Siglo Cero, 46 (2), 79-97. Disponible en: http://blogs.uned.es/protedis/wp-content/uploads/sites/101/2017/12/Articulo-Discapacidad-o-diversidad-funcional-1%C2%AA-parte.pdf (última consulta 3-11-18). Señala el autor que si lo que ahora consideramos deficiencia es interpretado únicamente como diversidad, ¿qué argumentos tendríamos para no respetar la decisión de unos padres de no corregir una deficiencia física, intelectual o del desarrollo de sus hijos, pudiéndolo hacer con una terapia eficaz, razonable y sin riesgos? ¿Y para impedir que les produzcan una deficiencia? El segundo problema es: ¿Cómo justificar la necesidad de discriminación positiva (más recursos y atenciones y más investigación médica y tecnológica a las personas con diversidad funcional) e incluso de apoyo, si se considera que su manera de funcionar no es ni mejor ni peor que las otras.

[20] Amunátegui Rodríguez, Cristina, *Incapacitación y mandato*, La Ley, Las Rozas, 2008, página 13.

Ley 8/21), que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, ha supuesto un auténtico terremoto en los aspectos judiciales de gestión de la provisión de apoyos a personas con discapacidad.

3.2. La convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008). Dicha Convención reconoce en su artículo 12 el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica en todas partes y que dicha capacidad jurídica está en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Para ello, los Estados Partes adoptarán medidas para apoyar a las personas con discapacidad para «ejercitar su capacidad jurídica» e impedir abusos, promoviendo que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. Se requerirá por tanto, que no haya conflicto de intereses y que las medidas adoptadas sean proporcionales, adaptadas, se realicen por el tiempo imprescindible, y puedan ser reexaminadas por un órgano judicial. Para VIVAS[21] la Convención, como norma vinculante y de aplicabilidad directa, ha tenido un impacto mayúsculo en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidades.

Según Bariffi[22] «*La CDPD claramente reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad de tener capacidad jurídica para ejercer en nombre propio los derechos reconocidos en dicho instrumento, así como todos los demás derechos reconocidos en otros tratados internacionales. Consecuentemente, la capacidad jurídica se debe* 'siempre presumir'*, lo que invierte la carga de la prueba que tradicionalmente ha estado en cabeza de la persona con discapacidad*». La CDPD realiza un particular hincapié en hacer partícipe de su propia vida a la persona con discapacidad, teniendo en cuenta en primer lugar, su voluntad, así como sus deseos y preferencias, aunque velando por ella. Tal y como la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo interpretaba el derecho español junto con la CDPD (antes de la existencia de la Ley 8/2021) se rechazaba la modificación total de la capacidad cuando existían resquicios de autonomía. Además, se abogaba por el establecimiento de un sistema de apoyos. Cuestiones que dieron lugar a un sistema flexible con una valoración a medida de cada per-

---

[21] Vivas Tesón, Inmaculada. Consentimiento informado. ROMEO CASABONA, C.M. (DIR.), ROMEO MALANDE, S., NICOLÁS JIMÉNEZ, P. *«Manual de Bioderecho». Dykinson*, 2022, p. 115-140.

[22] Bariffi, F. J., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU*, en: Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo / Luis Cayo Pérez Bueno (dir.), Ana Sastre Campo (ed. lit.), Antonio Ventura Díaz Díaz (pr.), Miguel Carballeda Piñeiro (aut.), Cizur Menor: Aranzadi, 2009, págs. 353-390, pág. 380.

sona enmarcado en la práctica de todas las pruebas forenses necesarias para conocer la situación real de la persona con discapacidad[23].

3.3. 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

Como decíamos al final del punto 3.1, la Ley 8/2021 ha sido un auténtico terremoto en la visión y tratamiento de la discapacidad y constituye un cambio de paradigma[24] respecto del sistema anterior, orientándose a un sistema implicado en el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad y de sus preferencias[25]. Su implantación no ha sido ajena a polémicas y resistencias. La comodidad del anterior sistema donde en muchas ocasiones se practicaban incapacitaciones de forma automática[26], para comodidad de sus tutores, en detrimento de la autonomía de la persona con discapacidad hizo que su implantación adoleciera de titubeos e intentos de retroceso que, afortunadamente, están siendo cancelados. Las conquistas sociales siempre encuentran resistencias.

Como señalan Segarra y Alía[27], si bien la medida de apoyo es importante, su ejecución posterior es igualmente importante, en la medida en que hay que orientarla al fomento de la autonomía de la persona con discapacidad, así como en el respeto de su voluntad, deseos y preferencias (art. 250 CC). La finalidad es hacer menos dependiente a la persona fomentando su autonomía (art. 249 CC).

En definitiva, tal y como señala su preámbulo, no es un mero cambio de terminología sino un golpe de timón en pro de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Estas personas, dejando de lado visiones paternalistas, tienen derecho a tomar sus propias decisiones en la medida de sus capacidades reales, no de las que se les han adjudicado social, jurídica y culturalmente.

---

[23] Parra Lucán, M.ª Ángeles. La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de protección de las personas con discapacidad. Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, 21 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-85/academia-matritense-del-notariado/9381-la-jurisprudencia-de-la-sala-primera-del-tribunal-supremo-en-materia-de-proteccion-de-las-personas-con-discapacidad [Fecha de consulta: : 28 de agosto de 2023].

[24] Jurado Devesa, Paula, Dujo López, Víctor. Discapacidad intelectual y provisión de apoyos: repercusiones forenses tras la entrada en vigor de La ley 8/2021 de 2 de junio. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 22, 2022, pp. 91-132.

[25] Vivas Tesón, Inmaculada. *Consentimiento informado*. ROMEO CASABONA, C.M. (DIR.), ROMEO MALANDE, S., NICOLÁS JIMÉNEZ, P. Manual de Bioderecho. *Dykinson*, 2022, p. 115-140.

[26] Arnau, F. (2022). Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. *Revista Boliviana de Derecho*, 33, 534-273, p. 569.

[27] Segarra Crespo, María José, Alía Robles, Avelina. Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª TS de 8 de septiembre de 2021. *Actualidad Civil*, n.º 10, 2021.

3.4. Abordaje jurídico de la discapacidad mediante la provisión de apoyos y posibles sesgos

Con el sistema establecido por la Ley 8/21, la guarda de hecho va a ser el mecanismo preferencial, que será más sencillo si la discapacidad viene de nacimiento. En este caso, las cuestiones de la vida diaria se pueden organizar directa y paulatinamente (por ejemplo, apertura de cuentas de bancos, propiedades). Cuando la discapacidad se produzca en un momento posterior, habrá que proceder a través de guarda de hecho si es posible y en caso de que se necesiten más apoyos se proveerán a través de la curatela (con o sin representación). El procedimiento se establece en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV), modificada por la Ley 8/21. En particular, son de gran interés los ajustes para garantizar la participación en los procesos personas con discapacidad (art. 7 *bis* LJV) que pueden ir referidos a cualquier acto de comunicación, comprensión e interacción con el entorno con uso de lenguaje claro, apoyos, facilitadores y a estar acompañado por la persona que designe. Respecto al expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad está regulado en el art. 42 *bis* a) LJV. Es especialmente relevante la necesidad de justificar documentalmente las cuestiones que acrediten la necesidad de las medidas de apoyo y, particularmente, un dictamen pericial social y sanitario en el que se aconsejen las medidas más idóneas, sin perjuicio de utilizar el resto de acervo probatorio que se estime oportuno, siendo la pieza clave del mismo la preceptiva entrevista de la persona con discapacidad (interrogatorio de partes, reconocimiento judicial, testificales, documental y otras periciales que puedan ser relevantes para contribuir a esclarecer las necesidades y por lo tanto, los apoyos, que la persona con discapacidad necesita).

Respecto a la guarda de hecho, se están produciendo desajustes en el tema de bancos en los que el Ministerio Fiscal está realizando una intensa actuación proactiva y de defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad[28]. De hecho, esa actuación, no solo de los bancos, sino también de otras organizaciones es reflejo del primer sesgo que vamos a analizar brevemente, el sesgo de aversión a la pérdida.

Los sesgos cognitivos son mecanismos eminentemente adaptativos que nos permiten extraer conclusiones y actuar rápidamente. Son algo habitual en la vida diaria[29]. Ahora bien, no dejan de ser prejuicios o atajos irracionales que nos hacen cometer errores. Los metasesgos son también muy habituales. Generalmente nos

---

[28] https://www.fiscal.es/-/la-fiscalia-general-del-estado-las-asociaciones-bancarias-y-el-banco-de-espana-firman-un-protocolo-para-asegurar-la-autonomia-financiera-de-las-personas-con-discapacidad [Fecha de consulta: 28 de agosto de 2023].

[29] Weiner, I. B. (ed.), Millon, T., Lerner, M. J. (Volume Editors). Handbook of psychology. Vol. 5. Personality and social psychology. John Wiley & Sons, New Jersey, 2003, p. 124.

observamos de manera generosa con nosotros mismos, «seleccionamos la foto donde estamos mejor» y negamos tener sesgos o, al menos nos autopercibimos como con menos sesgos que otros profesionales («yo no tengo sesgos»). La lucha contra los sesgos cognitivos empieza por visibilizarlos y tomar (auto)conciencia de los mismos; la información y la formación son la primera arma para erradicarlos. Todos incurrimos en sesgos y en esta materia de discapacidad, donde tan importante es colaborar para llegar a la mejor solución posible, tenemos que, desde la posición que ocupamos como fiscal, magistrado o perito, ser conscientes de la posibilidad de incurrir en alguno de ellos o de que otros intervinientes lo hagan. Solo así mejoraremos en la calidad de nuestras resoluciones y decisiones. Eliminar o al menos, atemperar los sesgos, es posible. Para evitar la contaminación mental[30] hay que trabajar la apertura de miras, informarnos y formarnos. Con ello, ajustaremos el control mental de la existencia del sesgo y lograremos minimizar su efecto.

Veamos alguno de los sesgos más relevantes que podemos encontrar en el trato con personas con discapacidad:

1. El sesgo de aversión a la pérdida lo encontramos a todos los niveles y también en el ámbito de la justicia. Generalmente observamos una resistencia al cambio, tanto de personas como a nivel organización, respecto a cómo habían sido las cosas con anterioridad. Reflejando el pensamiento de «si algo funciona, no hay que tocarlo». Lo que hay que plantearse es: ¿para quién estaba funcionando? Si pensamos en el sistema anterior donde se producían incapacitaciones por sistema, cercenando completamente la autonomía de la persona con discapacidad, el sistema era cómodo y «funcionaba» para los que ejercían la tutela y facilitaba el trabajo «automatizado» en algunos juzgados, pero desde luego, no era lo deseable para la persona con discapacidad, a la que en ocasiones se le oía, pero no se le escuchaba. Este sesgo se traduce en un inmovilismo que retrata un miedo al cambio y a la pérdida de competencias y poder. Un temor a las complicaciones que puede generar adentrarse en un territorio desconocido. La mejor estrategia es la empatía, colocarse en el lugar del otro. En primer lugar, de la persona con discapacidad y de sus deseos y preferencias, manteniendo la visión panorámica de las cuestiones familiares y o de organización que va a conllevar la adopción de la provisión de apoyos y de cuáles van a ser necesarios.

2. El sesgo de confirmación también opera como un prejuicio inconsciente y lo que hacemos es que, para evitar incurrir en una contradicción con nuestras ideas previas, buscamos información en este sentido. En el caso de que estemos valorando una situación de una persona con discapacidad en la que pensemos *a*

[30] *Vide* Wilson et al. en: Gilovich, T. (ed.). Heuristics and biases. The psychology of intuitive judgement. Cambridge University Press. 2002, p. 170.

priori que necesita unos determinados apoyos, o que hay que decidir una curatela representativa, le daremos más importancia a las pruebas que apoyen nuestra creencia previa. Aunque es un sesgo muy complicado de contrarrestar deberemos intentar formular hipótesis y valorar las pruebas para ver cuál de las hipótesis es verdadera o refutable. Las actitudes que tenemos hacia las personas con discapacidad, las consideraciones sobre lo que entendemos que pueden o no hacer también influyen sobremanera[31].

3. El sesgo actor/observador, o la asimetría actor/observador[32] hace que una persona que observa o participa en un fenómeno, a menudo llega a conclusiones muy diferentes respecto a lo que ha pasado. Ante una situación de discapacidad física, por ejemplo, el uso de una silla de ruedas, la persona con discapacidad física observa la necesidad de acceso al juzgado imposibilitada por la inexistencia de una rampa, mientras que los observantes no ven la silla y el obstáculo físico sino el comportamiento de la persona con discapacidad que pueden atribuir a cuestiones internas o de carácter y no ver la realidad. En la tramitación de un procedimiento de apoyos podemos ver desde fuera el comportamiento de la persona con discapacidad como una obcecación o como una testarudez cuando lo más probable es que estemos siendo incapaces de ponernos en su lugar y vemos su comportamiento pero no a qué se debe esa frustración.

Relacionado con este sesgo, está la distinción entre el que está dentro (persona con discapacidad) o fuera (persona sin discapacidad). Si una persona sin discapacidad imagina cómo es tener una discapacidad[33] puede suceder que, al no verle como una persona que sufre, la pena se diluya o elimine y realmente comprenda la perspectiva de la persona con discapacidad. En caso contrario, el sesgo compasivo o de pena continuará con un sentimiento de tristeza sobre la discapacidad o de heroicidad de la persona con discapacidad.

4. El error fundamental de atribución o sesgo de correspondencia es también muy relevante porque en muchas ocasiones nuestra atención se dirige a la persona en vez de a la situación. Nos centramos más en qué tipo de persona nos encontramos que en el entorno de esa persona. Cuando observamos a la persona con discapacidad, si la discapacidad es evidente desplaza todo lo demás y aca-

---

[31] Moreno y colaboradores examinaron la literatura existente sobre actitudes hacia las personas con discapacidad y respecto a los docentes hallaron que los jóvenes y los que tenían formación y experiencia en educación especial o contacto de calidad con personas con discapacidad tenían actitudes más positivas hacia la discapacidad. Respecto a los profesionales que trabajan con personas con discapacidad al parecer tienen un conocimiento poco profundo de la discapacidad que va unida a creencias negativas y estigmatizantes y a expectativas bajas sobre las capacidades de las personas con discapacidad intelectual. *Vide* Moreno, M. I. et al. (2022). Actitudes hacia las personas con discapacidad: una revisión de la literatura. *Revista Española de Discapacidad*, 10(1), 7-27.

[32] Dunn, Dana. *The social psychology of disability*. Oxford University Press. 2015, p.6.

[33] Dunn, Dana. *The social psychology of disability*. Oxford University Press. 2015, p. 44.

rrea unas características de debilidad, extraño o indefensión[34]. Por eso, es fundamental que los profesionales que tratan con personas con discapacidad realicen una introspección de sus actitudes sobre la discapacidad y los factores situacionales que rodean a la persona y centrarse más en lo que las personas pueden hacer que en lo que no pueden hacer. Este sesgo va a funcionar como un amplificador de las características negativas que se perciben en la persona[35].

El lenguaje es muy importante, como ya hemos dicho, configura pensamiento. En el estudio de Whiteman y Lukoff de 1965 se reaccionaba mucho más negativamente a la palabra «ceguera» que a «personas ciegas» o «discapacidad física» frente a «personas con discapacidad física». La negatividad se incrementaba mucho más si una persona con discapacidad era conceptuada como alguien desagradable que si una persona no tenía discapacidad y era desagradable[36].

5. El sesgo de deseabilidad social es aplicable en todos los aspectos de la vida, pero en el ámbito que nos ocupa, es particularmente relevante cuando estemos trabajando con personas con discapacidad intelectual y/o tratemos temas sensibles. El sesgo de deseabilidad social se manifiesta en que el entrevistado proporciona al entrevistador respuestas inexactas para dar una buena imagen de sí mismo[37] (como el alumno que no da su opinión sino la que cree que el profesor sustenta). Puede ser diciendo que ha comprendido algo cuando no lo ha hecho, por miedo a poner de manifiesto su falta de capacidad, omitiendo aspectos de su vida, opiniones o asintiendo a las cuestiones con la finalidad de ser aceptado y valorado. Este sesgo puede afectar mucho al procedimiento de apoyos por lo que deberá ser tenido en cuenta especialmente, estableciendo un entorno seguro y confirmando que la persona ha comprendido los hechos, parafraseando las veces que sea necesario o pidiéndole que lo explique con sus palabras.

4. Cuestiones psicosociales y su implicación en los procesos de provisión judicial de apoyos

4.1. Introducción

En numerosas ocasiones, en los entornos judiciales de provisión de apoyos, a los juristas nos parece que el legal es el único abordaje relevante y perdemos de vista la foto global. No debemos olvidar que la ley no es lo único relevante, y

[34] Dunn, Dana. *The social psychology of disability*. Oxford University Press. 2015, p. 6-7.
[35] Dunn, Dana. *The social psychology of disability*. Oxford University Press. 2015, p. 54.
[36] Dunn, Dana. *The social psychology of disability*. Oxford University Press. 2015, p. 80.
[37] Camerini, A. L., Schulz, P.J. Social desirability bias in child-report social well-being: evaluation of the children's social desirability short scale using item response theory and examination of its impact on self-report family and peer relationships. *Child indicators research*, vol. 12, 2017, p. 2.

con mayor razón, cuando el objeto del procedimiento es, precisamente, decidir sobre la vida diaria de la persona, limitando su autonomía, por ser imprescindibile para una mejor atención de la persona con discapacidad.

Así pues, será imprescindible entender las diferentes interacciones que se producen en la interrelación de la persona con discapacidad en el acceso a la justicia en los procedimientos de provisión judicial de apoyos tanto antes, como durante y después del procedimiento. Todas estas cuestiones pueden influir en el resultado del procedimiento, por lo que es imperativo ser cuidadoso en su desarrollo y escuchar atentamente a la persona con discapacidad y a quienes le rodean.

Por consiguiente, habrá que atender: a la propia discapacidad del sujeto, a su capacidad de comprensión y a la necesidad (y/o posibilidad) de contar en el procedimiento con profesionales de la psicología o del trabajo social que nos ayuden a mejorar los cauces de comunicación con la persona y su situación durante el procedimiento. De igual forma, se atenderá a sus relaciones familiares y extrafamiliares (trabajo, amigos, asociaciones) de la persona con discapacidad. Por ello, deberemos tener en consideración sus circunstancias sociales y culturales. Tanto las manifestadas por la persona con discapacidad como las relatadas por las personas que participan en el procedimiento, ya sea de forma presencial o de forma indirecta a través de los informes. Para ello, examinaremos las actitudes y circunstancias relevantes para los procesos de provisión judicial de apoyos desde la perspectiva de la persona con discapacidad, de la familia y de los profesionales

4.2. Desde la perspectiva de la persona con discapacidad

Como ya hemos mencionado, la Ley 8/21 ha supuesto un auténtico cambio de paradigma, aunque realmente los cambios introducidos ya eran norma a través de la CDPD. La persona con discapacidad debe estar en el centro de un procedimiento que tiene por objeto la adopción de los apoyos más apropiados para ella. Es muy importante explicar a la persona con discapacidad, dentro de la medida de su nivel y grado de discapacidad qué es el procedimiento de provisión judicial de apoyos y en qué le afecta. Es esencial preguntarles su opinión, sus necesidades, sus preocupaciones, en definitiva atenderles de manera comprensiva y empática. En la práctica, el trato cercano y directo a la persona con discapacidad, sin infantilismos y preguntándoles abierta y directamente sobre las cuestiones que les preocupan o afectan hace que el procedimiento sea más amable y la persona con discapacidad, especialmente si hay una discapacidad psíquica, salga con la sensación de que se le ha comprendido y escuchado. Además, habrá una mayor adherencia a los apoyos que se presten. La pedagogía nunca debe ser minusvalorada.

Para evitar nerviosismos que puedan obstaculizar el acto de la vista, las personas con discapacidad intelectual han de ser advertidas o entrenadas previamente de cómo se va a celebrar el procedimiento, explicándole cómo se va a proceder de manera detallada, indicándoles la importancia de la misma y de que van a ser escuchados atentamente y en un entorno agradable. De esa forma, no vivirán la situación de manera hostil y su comportamiento en la entrevista será más adecuado a sus capacidades reales, que pueden disminuir considerablemente si viven la experiencia como invasiva y atemorizante. Además, debemos tener en cuenta factores añadidos a la propia discapacidad: nervios, frustración y depresión que pueden mermar sus capacidades puntualmente. La utilización de un lenguaje práctico y gráfico será esencial en la compresión de las preguntas, incluso se puede preguntar a la persona con discapacidad si lo ha entendido y pedirle que explique lo que ha entendido con sus palabras a fin de verificar que ha comprendido la pregunta o lo expuesto.

También hay que tener en cuenta factores biológicos de envejecimiento. Últimamente estamos observando procesos de envejecimiento muy rápidos así como trastornos médicos asociados a la discapacidad y un aumento de casos de Alzheimer principalmente en las personas con síndrome de Down o autismo. Principalmente es debido a las mejoras asistenciales y sanitarias que conducen a un alargamiento de la vida y con ello, el surgimiento de enfermedades degenerativas neurológicas que será necesario detectar y afrontar. Por ello, sería importante que se aportara como documental los informes médicos, psiquiátricos y neurológicos que existan, para que se pueda valorar este tipo de deterioro que, evidentemente, influiría de manera considerable al estar añadido a una discapacidad previa.

Sería importante recabar los informes psicológicos y sociales referentes a la persona con discapacidad del centro ocupacional al que asista o de la residencia donde viva, además de los preceptivos informes sociales y médicos. Si esto no es posible, deberían recabarlo los servicios sociales de zona, y reseñarlo en su informe. No olvidemos nunca que los que más conocen a la persona con discapacidad intelectual son quienes viven con ella y la observan a diario. Mucho más que quienes interaccionan con ella un día puntual. En el caso de que sea usuario de servicios sociales generales o especializados gozaremos de una perspectiva de lujo a fin de conocer todas las habilidades de la persona con discapacidad, contextualizadas. Entre los informes más importantes estaría el que incluya la visita al domicilio de la trabajadora social cuando la persona con discapacidad conviva con su familia. La visita de la trabajadora social de zona al domicilio familiar es esencial a fin de observar la situación familiar y si los padres están preparados para asumir la responsabilidad, así como ver *in situ* las dinámicas familiares que existen. Es igualmente importante, recabar la información de la entidad prestadora de apoyos que gestione el patrimonio y apoyos de la persona con discapacidad.

4.3. Desde la perspectiva de la familia de la persona con discapacidad

4.3.1. Antes del procedimiento de provisión judicial de apoyos

La decisión sobre la iniciación de un procedimiento de provisión de apoyos es generalmente difícil y traumática para la familia, dado que implica la asunción de que la discapacidad es de tal alcance que le impide regir su persona y bienes. Interiorizar esto a la familia le puede llevar un tiempo e incluso puede no suceder.

En muchos casos, la familia acuerda quién va a ser la persona más adecuada para realizar las tareas de curador. Sin embargo, en ocasiones los padres, pese a que probablemente van a querer asumir la responsabilidad a toda costa, no van a estar capacitados para realizar las tareas de curatela, por lo que debería elegirse al curador más adecuado en función de las necesidades de la persona con discapacidad y las habilidades y o características personales del futuro curador, así como su relación con la persona con discapacidad. En el marco de ese tratamiento personalizado sería importante, si la carga de trabajo en fiscalía lo permitiera y no se pudiera extraer la información de la documental existente, realizar contactos previos personales o telefónicos con la familia a fin de establecer la persona más adecuada. Esta cuestión se facilitaría mucho si existiera una trabajadora social adscrita a la fiscalía provincial que organizara los procedimientos y coadyuvara a la coordinación de la documentación y recabara información cualitativa de las circunstancias de la persona con discapacidad de manera previa. En todo caso, esta decisión debe atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

4.3.2. Después del procedimiento de provisión de apoyos

Aunque nosotros observemos el procedimiento de apoyos como algo eminentemente jurídico, la realidad es que es profundamente social. Establecemos un procedimiento de provisión de apoyos para una persona con discapacidad, pero la discapacidad subsiste y con ella los problemas inherentes a la misma.

Las personas con discapacidad y sus familiares deberían contar con recursos intermedios a los que poder acudir y que les faciliten el acceso a la justicia de manera comprensible. Si para los profesionales jurídicos, tanto el acceso a un juzgado como la comunicación con el mismo, puede ser muy dificultoso, lo será mucho más para personas que no tienen relación con la justicia y especialmente para las personas con discapacidad. El desconocimiento del funcionamiento del juzgado y del léxico empleado complican la comprensión de las diferentes situaciones que se pueden producir. Por ello sería conveniente la utilización de tareas de mediación, de la misma manera que utilizamos intérpretes cuando la persona no conoce el idioma.

Los curadores tienen que asumir las responsabilidades que se les atribuyan, y en su control, la participación de una trabajadora social que apoyase a la autoridad judicial que ha constituido el apoyo, sería muy importante. Podría cooperar en los controles de manera más personalizada y proporcionaría información muy valiosa de lo que hay detrás de los documentos. A muchas familias les surgen numerosas dudas en la gestión del día a día de la persona con discapacidad y del alcance de su curatela. En ocasiones, los curadores/progenitores van a tener una edad avanzada, o van a llegar a ella junto con la persona con discapacidad y posiblemente, con discapacidades propias que conlleven limitaciones importantes. Los padres generalmente no querrán delegar sus responsabilidades, pero esto ha de ser valorado siempre en beneficio de la persona con discapacidad y teniendo en cuenta su opinión.

Las rendiciones de cuentas han de ser lo más precisas posible. En ocasiones los gastos de la persona con discapacidad serán mayores que los ingresos y la familia afrontará los mismos, pero en otras ocasiones se ha detectado por los centros ocupacionales o las residencias que la persona con discapacidad carece de ropa adecuada o que no puede participar en ninguna actividad extra de los centros ocupacionales, mientras que se observa en la renta de la persona con discapacidad un nivel aparente de buen estado económico.

5. Conclusiones

En los últimos años hemos avanzado mucho en el ámbito del tratamiento jurídico y social de la discapacidad. La CDPD y la Ley 8/2021 son las piedras angulares de nuestra regulación, aunque todavía queda un largo camino que recorrer hasta poder prestar la atención que merecen las personas con discapacidad en nuestro país. Las personas con discapacidad necesitan un auténtico traje a medida en continua adaptación ya que su discapacidad va evolucionando. La guarda de hecho, pese a las resistencias que está encontrando, es un avance hacia la desjudicialización de las vidas de muchas personas con discapacidad que se veían, en muchas ocasiones, totalmente privadas de su autonomía.

Lo esencial va a ser realizar procesos de escucha activa y evitar o minimizar los sesgos que nos atenazan que ya hemos visto que son muchos. Ponerse en el lugar del otro es siempre un buen consejo. Tratar con normalidad la discapacidad, sin minimizarla ni tampoco romantizarla.

No solo hay que evaluar los déficits, también las fortalezas de la persona e ir más allá del comportamiento observado en ese breve momento de su interrogatorio, a la hora de enjuiciar las capacidades en un procedimiento de provisión de apoyos. Pueden existir circunstancias el día del juicio que acentúen un nerviosismo que haga aparente una capacidad menor de la que realmente se ostenta. Debe-

mos tener en cuenta los informes sociales y periféricos de los expertos y de la residencia o centro ocupacional al que asista que nos dará una visión más global del individuo y que en definitiva, redundará en una mejor delimitación de sus necesidades. Sin perder de vista los sesgos que hemos enumerado, especialmente el de deseabilidad social. El ahora preceptivo informe social será de gran ayuda si ha existido una observación de la persona continuada en el tiempo o en vivo en el lugar de residencia de la persona con discapacidad o ha recabado otros informes y los ha integrado en el suyo.

Además, hemos de centrarnos más en los aspectos holísticos de la personalidad del individuo y ver cómo la persona afronta sus necesidades del día a día, cuáles son los apoyos que tiene y cuáles puede requerir. Igualmente, hay que tener en cuenta que, junto a las discapacidades que la persona ostente, pueden existir comorbilidades con otras patologías, como enfermedades mentales o abuso de tóxicos, que pueden afectar a la valoración global de la persona.

Sería conveniente que Fiscalía contara con un profesional del trabajo social que asesorara e informara de manera previa o coetánea a la toma de decisiones respecto a la persona con discapacidad, realizando visitas domiciliarias y a residencias y centros para observar *in situ* a la persona, y proporcionar las mejores soluciones.

En Fiscalía existe un maravilloso grupo de profesionales que se encarga de «garantizar sus derechos» a las personas con discapacidad necesitadas de apoyos. Es «otra manera de ser fiscal» que ejercen con responsabilidad, ilusión motivación y cariño. Su trabajo contribuye a remover los obstáculos que impiden la promoción de la igualdad real (art. 9.2 CE). Gracias por haberme dejado formar parte de ese magnífico grupo que tanto me ha enseñado y me sigue enseñando. Este artículo, aunque escrito con muchos sesgos y mucha emoción, está dedicado a todos esos fiscales y en especial a Ángeles de la Blanca García, a quien prometí que seguiría trabajando el tema de la discapacidad. Rendirse no es una opción.

6. Bibliografía

Abril Alonso, A., Ambrosio Flores, E., *Fundamentos biológicos de la conducta* (2ª edición, 2ª reimpresión ed.). Madrid: Sanz y Torres S.L, 2005.

Amunátegui Rodríguez, Cristina, *Incapacitación y mandato*, La Ley, Las Rozas, 2008.

Arias González, Víctor Benito, Arias Martínez, Benito, Verdugo Alonso, Miguel Ángel, Rubia Avi, Mariano, Jenaro Río, Cristina. Evaluación de actitudes de los

profesionales hacia las personas con discapacidad. *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Vol. 47, Nº 2, 2016, págs. 7-41. Disponible en: https://uvadoc.uva.es/handle/10324/55768 [fecha de última consulta: 28 de agosto de 2023].

Arnau, F. (2022). Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. *Revista Boliviana de Derecho*, 33, 534-273.

Bariffi, F. J. Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU. En: Luis Cayo Pérez Bueno (dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, págs. 353-390.

Camerini, A. L., Schulz, P.J. Social desirability bias in child-report social well-being: evaluation of the children's social desirability short scale using item response theory and examination of its impact on self-report family and peer relationships. *Child indicators research*, vol. 12, 2017.

Canimas Brugué, J. *¿Discapacidad o Diversidad funcional? Siglo Cero*, 46 (2), 2015, 79-97. Disponible en: http://blogs.uned.es/protedis/wp-content/uploads/sites/101/2017/12/Articulo-Discapacidad-o-diversidad-funcional-1%C2%AA-parte.pdf [última consulta 28-8-23].

DeLamater, J., Ward, A. (eds.). *Handbook of social psychology*. 2ª ed. Springer, 2013.

Diputación Foral de Bizkaia. *Departamento de Acción Social Guía: provisión de apoyos a las personas con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica*. 2022. Disponible en internet [fecha última consulta 29 de agosto 23]: https://www.tutoretza.bizkaia.eus/pdf/Guia_Cas.pdf?hash=e0227579017dc9de9c8cabbd413c57df .

Dunn, Dana. *The social psychology of disability*. Oxford University Press. 2015.

Ferreira, M. A., *Discapacidad, individuo y normalidad: la «axiomática» de la marginación*, V JORNADAS NACIONALES «UNIVERSIDAD Y DISCAPACIDAD» San Miguel de Tucumán (Argentina), 14-16 de agosto de 2008, disponible en https://www.um.es/discatif/PROYECTO_DISCATIF/Documentos/ComTucuman.pdf [última consulta 28-8-23].

Gilovich, T. (ed.). Heuristics and biases. The psychology of intuitive judgement. Cambridge University Press. 2002.

Gutiérrez Bermejo, B., Brioso Díez, A., *Desarrollos diferentes*. Sanz y Torres, Madrid, 2015.

Jurado Devesa, Paula, Dujo López, Víctor. Discapacidad intelectual y provisión de apoyos: repercusiones forenses tras la entrada en vigor de La ley 8/2021 de 2 de junio. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 22, 2022, pp. 91-132.

Moreno, M. I. *et al.* (2022). Actitudes hacia las personas con discapacidad: una revisión de la literatura. *Revista Española de Discapacidad*, 10(1), 7-27.

Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). 2001. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf [última consulta el 28-8-23].

Parra Lucán, Mª Ángeles. La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de protección de las personas con discapacidad. Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, 21 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-85/academia-matritense-del-notariado/9381-la-jurisprudencia-de-la-sala-primera-del-tribunal-supremo-en-materia-de-proteccion-de-las-personas-con-discapacidad [fecha de última consulta: 28 de agosto de 2023].

Rosato, A., *El papel de la ideología de la normalidad en la producción de discapacidad*, Revista Ciencia, Docencia y Tecnología N° 39, Año XX, noviembre de 2009, páginas 87-105.

Segarra Crespo, María José, Alía Robles, Avelina. Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª TS de 8 de septiembre de 2021. *Actualidad Civil*, n.° 10, 2021.

Seoane, J.A. Derecho y personas con discapacidad. ¿Hacia un nuevo paradigma? *Siglo Cero*, 35 (1), núm. 209, 2004, pp. 20-50.

Veiga Neto, A. Incluir para excluir. En: Larrosa, J.; Skliar, C. (comps.) *Habitantes de Babel. Política y Poética de la diferencia* (pp.165-184). Barcelona: Laertes, 2001.

Weiner, I. B. (ed.), Millon, T., Lerner, M. J. (Volume Editors). *Handbook of psychology. Vol. 5. Personality and social psychology*. John Wiley & Sons, New Jersey, 2003.

María Teresa Montero Ruiz
Abogada. Profesora asociada de la UCLM

Breve análisis de la participación en el proceso penal de las personas con discapacidad intelectual

Resumen

Se pretende comprender las experiencias de las personas con discapacidad intelectual que, ya sea como acusados o como víctimas, participan en el sistema de justicia penal, analizando si sus necesidades están identificadas adecuadamente y si se realizan los tipos de ajustes necesarios para satisfacerlas, a fin de que puedan intervenir en los procesos judiciales comprendiendo los cargos que enfrentan o la protección o tutela que precisan.

Palabras clave

Discapacidad intelectual, proceso penal, facilitador judicial, ajustes de procedimiento.

1. Introducción

El derecho a la justicia es un derecho esencial para todo el mundo. En relación con las personas con discapacidad, el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución española (CE) y el derecho a un juicio justo que contempla el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), supone poder utilizar las herramientas y mecanismos legales en igualdad de condiciones, para lo cual será imprescindible hacer ajustes de procedimiento que reduzcan los obstáculos evitando su indefensión[1], tal y como propugna la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York, que destaca la «visibilidad» de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, instrumento jurídico vinculante que España firmó y ratificó en 2007 por lo que forma parte plenamente de nuestro ordenamiento jurídico, y que destaca en su artículo 13.1 que *«[l]os Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, 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»* y en el artículo 13.2 que *«[a] fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.»* Este artículo 13 de la CDPD está complementado con las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tuvo lugar en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008, que considera en su Regla Séptima la discapacidad como la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias físicas, psicosociales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, y cualquier tipo de barreras de su entorno que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Así pues, en relación con el tema que nos ocupa, las personas con discapacidad intelectual (DI), al igual que cualquier otro sujeto, pueden entrar en contacto con el sistema de justicia penal, ya sea como investigados, encausados, penados, víctimas o testigos. Sin embargo, lamentablemente, también tienen más posibilidades de afrontar prejuicios e incomprensión, todo ello acentuado por la falta de recursos de información, asistencia técnica y apoyos, así como de capacitación de los profesionales de la justicia que en muchos casos no reconocen sus características específicas.

---

[1] Marín Pérez, José Antonio. «Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad y ajustes de procedimiento». *Derecho Privado y Constitución nº 40*. Págs. 11-53. Pág. 11.

2. Marco conceptual de la discapacidad intelectual

La DI es una alteración que se incluye en la clasificación de los trastornos del neurodesarrollo, con una escala de gravedad que incluye leve, moderada, grave y profunda, y que se manifiesta de manera precoz, teniendo como causas más comunes los trastornos genéticos, cromosómicos, problemas durante el embarazo o parto, lesiones cerebrales.

A nivel internacional, en el último siglo, el concepto utilizado para referirnos a DI ha traído importantes modificaciones motivadas por las connotaciones peyorativas asociadas a los términos utilizados hasta entonces, como retraso mental, deficiencia mental, minusvalía psíquica o, incluso, subnormalidad, entre otros. En España, la propia Constitución española (CE) de 1978, en su artículo 49, se refería a las personas con discapacidad como «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos», terminología hoy superada por la reciente reforma de la Constitución. Estos cambios son importantes porque el uso del lenguaje discriminatorio ha venido precisamente siendo uno de los aspectos combatidos por la construcción social de la discapacidad.

Actualmente, existe cierto consenso académico y científico en la definición acuñada por la Asociación Americana sobre la Discapacidad Intelectual y del Desarrollo (AAIDD) como «una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en el comportamiento adaptativo, que abarca muchas habilidades sociales y prácticas cotidianas. Esta discapacidad se origina antes de los 22 años»[2].

En España, 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*[3], adopta en su Anexo III el término «Discapacidad intelectual (DI)» propuesto por la AAIDD. De igual modo, la Organización No Gubernamental (ONG) «Plena Inclusión», que representa en España a las personas con DI o del desarrollo y a sus familias, la define de forma coincidente con la Asociación Americana, manifestando, además, que la incorporación en la definición de DI de aquellos déficits asociados al desarrollo, implica considerar como tal a todas aquellas discapacidades que se originan en el tiempo del crecimiento, implicando limitaciones o problemas tanto en el funcionamiento intelectual como

---

[2] Schalock, Robert L.; Luckasson, Ruth & Tassé, Marc J. «Intellectual Disability: Definition, Diagnosis, Classification, and Systems of Supports.» *American journal on intellectual and developmental disabilities*, 126(6). 12th Edition. 2021. Págs. 439–442. https://doi.org/10.1352/ 1944-7558-126.6.439.

[3] España. 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. Boletín Oficial del Estado*. BOE núm. 252, de 20 de octubre de 2022, páginas 142461 a 142861. [Consulta: 20/10/23] Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-17105.

en el adaptativo, midiéndose el intelectual con pruebas de inteligencia psicométricamente válidas, integrales, culturalmente apropiadas y administradas individualmente[4], y el adaptativo con medidas estandarizadas con el propio individuo y entrevistas con familiares, maestros y cuidadores, etc., considerando tres áreas de funcionamiento: el conceptual, relativo al lenguaje, lectura, escritura, razonamiento, conocimiento o memoria; el social, relacionado con la empatía, el juicio social, las habilidades de comunicación o la capacidad de seguir reglas o de hacer amistades; y el práctico, que tiene que ver con el cuidado personal, las responsabilidades laborales, la administración del dinero u organización de tareas escolares[5].

Por tanto, recogiendo las palabras de Flórez Beledo, «[l]a discapacidad intelectual queda enmarcada como una condición especial y específica dentro de la diversidad funcional, que adorna a toda la familia humana»[6]. No se trata, por tanto, de un problema individual, ni tampoco puede vivirse como una cuestión que se limita a la propia persona, sino que irradia[7], pues el acogimiento de una concepción amplia indica la existencia de áreas en las que la persona que necesita apoyos, y que serán diferentes en función de las necesidades específicas de cada persona, pues la discapacidad presenta con diversas intensidades y formas[8] que dificultan su identificación como colectivo «falto, en ocasiones de identidad y definido heterónomamente»[9].

---

[4] En todo caso, la prueba de cociente intelectual (CI) a gran escala para el diagnóstico no refleja con precisión el funcionamiento intelectual general de forma que deben interpretarse en el contexto de las dificultades de la persona. Además, las consecuencias de la aplicación del CI dependen de cómo se haga y sobre todo de qué fines se persigan. OVEJERO BERNAL, ANASTASIO. «Los test de inteligencia, algunas consecuencias de su aplicación»: *Tabanque nº 18*. 2004. Págs.153-168. pág. 166.

[5] De Araoz Sánchez-Dopico, Inés; González Antón, Berta; Martín Sanz, Noemy; Izquierdo García, Cristina. Informe sobre la situación de personas con discapacidad intelectual reclusas y ex-reclusas en España. Plena inclusión Madrid. 2018. Pág. 11.

[6] Flórez Beledo, Jesús. «La comprensión actual de la discapacidad intelectual» en Sal Terrae, nº 106, 2018. Págs. 479-492. Pág. 481.

[7] Estrategia española sobre discapacidad 2022-2030 para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Aprobada por Consejo de Ministros de 3 de mayo de 2022. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. Pág. 24. [Consulta: 20/10/23] Disponible en: https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/estrategia-espanola-discapacidad-2022-2030-def.pdf

[8] Alía Robles, Avelina. «Actuación policial ante la denuncia de una víctima con discapacidad». En *Buenas prácticas sobre intervención policial en el ámbito de la discapacidad: Resolución de casos.* Asociación a favor de Personas con Discapacidad de la Policía Nacional (AMIFP). 2021. págs. 48-53. [Consulta: 20/10/23] Disponible en: https://www.amifp.org/media/download/66283

[9] De Asís Roig, Rafael. «Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los Derechos». En *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integrada de las realidades española y argentina* (Coord.). Campoy Cervera, I. y Palazzios Rizo, A. Dykinson. Madrid. 2007. Págs. 17-50. Pág.17.

3. Acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual

La DI es un tema importante en el ámbito forense, su evaluación es fundamental para determinar la capacidad de una persona para comprender y participar en un proceso legal.

En el año 2003, el Consejo general del Poder Judicial (CGPJ) creó el Foro «Justicia y Discapacidad»[10] con el fin de coordinar a las instituciones jurídicas del Estado para conseguir una mayor efectividad en la tutela judicial de los derechos de las personas con discapacidad, publicando la Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia, que fue actualizada en el año 2021[11]. Desde entonces, son muchos los avances que se han producido tanto en el ámbito normativo como jurisprudencial, si bien aún falta mucho camino por recorrer y muchos retos por lograr en el camino hacia la dignidad y la igualdad.

La CDPD reconoce en su artículo 12 la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y, sobre esta base, se aprobó en España una reforma del Código Civil que elimina la incapacitación judicial y la sustituye por un sistema de apoyos. Se trata 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*[12], y que, abandonando todo paternalismo, reconoce, como menciona Leciñena Ibarra, que *«todas las personas con discapacidad pueden tomar las decisiones que les incumben a su persona o a sus bienes con pleno respeto a su voluntad, deseos y preferencias. Y ello con independencia de que en el proceso de formación de su voluntad puedan conducirse solas o por el contrario precisen de la asistencia de una persona que les preste el apoyo para culminar dicho proceso»*[13].

---

[10] Convenio para la constitución del «Foro de Justicia y Discapacidad». Consejo General del Poder Judicial. 2003. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Documentos-de-interes/Convenio-constitutivo/Convenio-para-la-constitucion-del--Foro-de-Justicia-y-Discapacidad-

[11] VVAA. Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. (Dir) Juan Manuel Fernández Martínez (Coord.) Isabel de Rada Gallego. Consejo General Del Poder Judicial. 2021. [Consulta: 20/10/23] Disponible en: https://ibdigital.uib.es/greenstone/ sites/localsite/collect/portal_social/index/assoc/cgpj0005.dir/cgpj0005.pdf;jsessionid=8E9290CC157A60D3BF610658946EA1AC

[12] España. 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. *Boletín Oficial del Estado*. BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021, páginas 67789 a 67856. [Consulta: 20/10/23] Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233

[13] Leciñena Ibarra, Ascensión. «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica». *Revista de Derecho Civil, vol. IX, núm. 1.* 2022. Págs. 257-293, pág. 262.

Efectivamente, se abandona la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, cambiando el viejo sistema de instituciones tutelares de sustitución por un modelo de apoyo y asistencia en la toma de decisiones facilitándole los mayores o menores apoyos requeridos, temporales o permanentes en función de sus necesidades[14].

3.1. Acceso al proceso penal como víctima

En la Unión Europea (UE) se han adoptado varias Directivas con base en el contenido de la CDPI, entre ellas, destaca la Directiva 40 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*[15], que en España fue transpuesta a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que trata de ofrecer una respuesta reparadora del daño y minimizadora de otros efectos traumáticos, como la revictimización.

Efectivamente, en general, ser víctima de un hecho delictivo siempre implica un trauma, a cuyos efectos negativos se unen lo que podríamos denominar «las consecuencias del sistema», es decir, su paso por los procesos penales, donde, en muchas ocasiones, se ve expuesta por falta de información, por falta de asesoramiento eficaz, por falta de respeto a su intimidad y por formulación de preguntas inconvenientes y dolorosas, a una revictimización o victimización secundaria. En particular, el ser víctima con DI es aún más perturbador porque, como indica Manzanero, «*además del daño físico, económico, psíquico y social producido, la víctima suele experimentar un grave impacto emocional, que se agrava, en ocasiones, al entrar en contacto con el desconocido entramado jurídico-penal*»[16], destacando que la «*incapacidad del sistema para acoger adecuadamente a la víctima con discapacidad, una vez interpuesta la denuncia, contribuye enormemente a la vulnerabilidad de estas personas a sufrir fenómenos de revictimización*»[17], siendo, por tanto, necesario que todos los que participamos, ya sean policías, funcionarios, abogados, jueces, fiscales, etc., tomemos conciencia con el fin de desplegar los mecanismos legales previstos para evitar la discriminación.

La promulgación del Estatuto de la víctima ha constituido un hito en orden a su protección, porque aborda cuestiones tanto de índole personal y de asistencia

---

[14] Sánchez Hernández, Ángel. «Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad: de la incapacitación al apoyo», *REDUR 19*, diciembre 2021. Págs. 23-55. Pág. 47. http://doi.org/10.18172/redur.5318

[15] Arangüena Fanego, Coral. «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal». *Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Vol. 8*, Nº. 3, 2022. Pág. 1095.

[16] Manzanero, Antonio L.; Recio, María; Alemany, Alberto; Cendra Jacobo. *Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual*. Fundación Carmen Pardo-Valcarcel. 2013. Pág. 7.

[17] *Ídem*.

psicológica, como procesal con traslación inmediata a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), destacando el derecho de acompañamiento a través de la figura del facilitador judicial, la llamada prueba preconstituida apta para delitos contra la libertad e indemnidad sexual o contra la vida cuando las víctimas son menores o personas con discapacidad, y las medidas de protección específicas durante el juicio oral.

Respecto al derecho de acompañamiento y a la figura del facilitador judicial, el artículo 21 c) indica que *«Las víctimas puedan estar acompañadas, además de por su representante procesal y en su caso el representante legal, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma»*. De igual manera, el artículo 433 de la LECrim señala que *«Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que, en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma»*. Además, la Ley 8/2021, de 2 de junio, reconoce que en los procesos que participen personas con discapacidad se deben realizar las adaptaciones y ajustes que sean necesarios para garantizar su participación, reconociendo entre dichos ajustes la figura del profesional experto facilitador.

Por tanto, toda persona que comparezca como víctima en un proceso penal, ya sea en sede policial o judicial, puede ser acompañada, además de por su representante legal y abogado, por otra persona de su elección, y, en el caso de las personas con discapacidad, el facilitador será una persona experta que ejerce un rol independiente de intermediario neutral, elegida por el propio juzgado o por la propia víctima o sus representantes legales, para tratar y comunicarse con ella, yendo su función más allá de mero interprete, pues también desplegará un efecto psicológico, siempre sin interferir en las manifestaciones del perjudicado ni suplir o corregir la función de su dirección letrada[18]. Así pues, el facilitador tiene su encaje legal en el derecho de acompañamiento al que alude el citado artículo 433 de la LECrim y el artículo 21 c) del Estatuto de la víctima[19].

---

[18] La Asociación Plena Inclusión ha firmado acuerdos de colaboración con Consejo General de la Abogacía Española para proponer un perfil profesional de facilitador de acceso a la justicia y promover su habilitación formal mediante un estatuto propio y unos requisitos formativos También la Fundación A LA PAR ha establecido acuerdos con el Consejo general del Poder Judicial (CGPJ), con la Policía Nacional y con Colegios de la Abogacía para la provisión de facilitadores.

[19] Se encuentra en tramitación la modificación del art. 109 Lecrim, transponiendo a la ley procesal penal las adaptaciones de procedimiento del art. 7 *bis* de la LEC (Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, *por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recupera-*

Ha de aclararse que no debe confundirse la figura del facilitador, que es el profesional que hace accesible el proceso penal a la persona con DI, con la figura del acompañante, que es la persona de confianza y elección (padre, madre, amigo, etc.) que le puede acompañar desde el primer contacto con el funcionario o autoridad.

Efectivamente, los apoyos deben iniciarse desde el momento en que se interpone la denuncia, pues, en esta fase, ya puede encontrarse la víctima con la principal dificultad, esto es, conseguir que quede registrado en el atestado de la forma más coherente, exacta, y detallada posible el relato de los hechos. Para ello será imprescindible que exista una detección precoz de la condición de discapacidad del declarante por parte de los agentes instructores de las Fuerzas y Cuerpos, por lo que se han ido elaborando guías con pautas por parte de las ONGs que colaboran tanto con la policía como con los operadores jurídicos implicados en el proceso penal, ya que en la valoración de la prueba testifical deben primar los conocimientos científicos y no los estereotipos[20].

En todo caso, volvemos a atender a lo establecido en el artículo 21 del Estatuto de la víctima que determina que las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal velarán para que se reciba declaración a las víctimas sin dilaciones injustificadas, el menor número de veces posible y cuando resulte estrictamente necesario, que puedan estar acompañadas por una persona de su elección y que los reconocimientos médicos de las víctimas se lleven a cabo solamente cuando resulten imprescindibles para los fines del proceso penal.

Con relación a la prueba preconstituida, es también, según Arangüena, *«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»*[21]. De igual manera lo deja de manifiesto la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2021. En concreto, cuando las víctimas son especialmente vulnerables, su declaración grabada en fase de instrucción minimiza el riesgo de victimización secundaria, al evitar que vuelvan a declarar en el acto del juicio oral, además de salvaguardar la calidad de su testimonio como elemento probatorio, evitando que pueda alterarse o contaminarse con el transcurso del tiempo[22].

---

ción, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

[20] Contreras, María José; Silva, Eva A.; Manzanero, Antonio L. «Evaluación de capacidades para testificar en víctimas con discapacidad intelectual». *Anuario de Psicología Jurídica, Volume 25, Issue 1*, 2015, Págs. 87-96, pág. 88. https://doi.org/10.1016/j.apj.2015.02.006.

[21] ARANGÜENA FANEGO, CORAL. «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal». *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 8, Nº. 3, 2022. Pág. 1103 y 1104.

[22] Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con dis-

Lo cierto es que esta prueba es una solución excepcional que se admite sólo cuando en su obtención e incorporación al proceso se respeten los derechos de la defensa, de modo que el acusado tenga la oportunidad de contradecir un testimonio de cargo y de interrogar a su autor en el momento de la declaración o en otro posterior. Son los artículos 449 *bis* y 449 *ter* de la LECrim los que regulan de forma completa la prueba preconstituida con las debidas garantías, determinando la forma de llevar a cabo tales declaraciones atendiendo a la vulnerabilidad de los sujetos involucrados a través de personas expertas que realicen las labores de adaptación y ajustes necesarias.

Y, por último, respecto a otras posibles adaptaciones del procedimiento, sobre todo en el caso de que no haya sido posible la preconstitución de la prueba testifical del perjudicado, mencionamos ciertas medidas de protección, como, por ejemplo, las que garanticen su separación física con acusado mediante la instalación de biombos, o evitando su encuentro a través de la declaración de la víctima por videoconferencia, medidas que, en todo caso, son discrecionales y su implementación quedará a valoración del juez[23].

Insistimos en la importancia de apreciar la necesidad de adaptación en cualquier fase del procedimiento y en relación con todas las actuaciones procesales, incluyendo los actos de comunicación, sin que se trate de una lista cerrada de medidas[24]. Precisamente, siendo la comunicación de la información esencial en el proceso penal, el lenguaje judicial se presenta con una complejidad manifiesta para cualquier ciudadano, y mucho más para persona con DI. Por tanto, se establece que dichas comunicaciones deben ser orales o escritas en lenguaje sencillo y accesible teniendo en cuenta las características y necesidades personales de la víctima, haciéndolo, tanto la sentencia, como el resto de los documentos judiciales o policiales, en formato de «lectura fácil», que es el método de adaptación y redacción de textos para hacer accesible la información y la cultura a las personas con dificultades de comprensión lectora[25]. Recientemente, la Sala de Penal del Tribunal Supremo (TS) introdujo por primera vez en dos de sus sentencias una cláusula de notificación ordenando la adaptación su texto a formato de «fácil lectura», a fin de que puedan entenderlas las personas con DI que se ven afecta-

---

capacidad necesitadas de especial protección: intervención desde la psicología forense, en particular en la prueba preconstituida. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, 2022. [Consulta: 20/10/23] Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/Gu%C3%ADa_buenas_pr%C3%A1cticas_web.pdf

[23] ROMERO-MARTÍN, SANDRA ET AL. «Violencia a personas con discapacidad intelectual: de la revelación al proceso judicial». *Revista Española de Discapacidad*, 10(1). 2022. Págs. 93-114, pág. 106.

[24] MARÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO. «Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad y ajustes de procedimiento». *Derecho Privado y Constitución nº 40*. Págs. 11-53. Pág. 31.

[25] GARCÍA MUÑOZ, OSCAR. *Lectura Fácil: Métodos De Redacción Y Evaluación*. Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, 2012.

das por el fallo, que en una de las sentencias fue tanto la víctima como el victimario[26], y en la otra sólo la víctima[27].

3.2. Acceso al proceso penal como victimario

En este apartado volvemos a traer a colación la reforma introducida en la LEC por la Ley 8/2021 que adecua nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD de 2006. Este tratado internacional, en su artículo 12.2, determina que *«las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida»*, obligando a los Estados, en el artículo 12.3, a adoptar *«las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica»*.

La exposición de motivos de la Ley 8/2021 habla del cambio de un sistema en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Esta Ley resulta innovadora por la supresión de la incapacitación y la sustitución de la tutela por la curatela, que solo excepcionalmente, comprenderá facultades de representación, llevando, por tanto, a la adquisición de la capacidad procesal de la que estaban privados antes de la reforma de la LEC, de forma que la persona con discapacidad puede personarse, sin necesidad de representación, en todo proceso judicial, con excepción de los menores de edad, y sin perjuicio del contenido concreto de las medidas de apoyo al ejercicio de su capacidad, en aquellas personas que las tuvieran reconocidas[28].

Ahora bien, pese a este reconocimiento, lo cierto es que la persona con DI que afronta su participación en un proceso penal como victimario parte de una situación de desequilibrio que restringe sus posibilidades de actuación[29], debido a sus dificultades para comunicarse o para comprender las consecuencias a las que puede enfrentarse, lo que puede comprometer su derecho a la tutela judicial efectiva.

Precisamente, parte de la obligación que se impone a los órganos judiciales de desarrollar la actividad necesaria para despejar cualquier duda respecto a la limitación de la comprensión del procedimiento y sus consecuencias, en el caso del juicio oral, comprende también la de excluir la celebración del juicio en ausencia cuando la discapacidad del acusado sea obstáculo para la comprensión de la relevancia de su comparecencia a juicio, lo que debe ser verificado reali-

[26] STS 339/2023, de 10 de mayo, Sala de lo Penal (Roj: STS 2090/2023).
[27] STS 341/2023, de 10 de mayo, Sala de lo Penal (Roj: STS 2059/2023).
[28] Durán Alonso, Silvia. «El discapacitado intelectual ante el proceso. Especial referencia al proceso penal». *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología* nº 1, 2023. Págs. 41–55. Pág. 43. https://doi.org/10.46661/respublica.8042
[29] *Ibidem*. Pág. 43.

zando las diligencias complementarias de las estrictamente legales que sean adecuadas para asegurar su presencia en el juicio oral[30].

Reiteramos que para la inmensa la mayoría de las personas enfrentarse al sistema judicial penal es complicado, pero más aún si son los detenidos, investigados, acusados o penados, y, sobre todo, si, además, se trata de personas con DI, la situación deviene especialmente traumática porque presentan una situación de vulnerabilidad que, en ocasiones, pasa inadvertida durante todo el proceso penal, desde que es detenida hasta que es sentenciada, pudiendo ocurrir que el individuo ni siquiera sea capaz de comprender que ha cometido un hecho ilícito. Incluso mientras cumple condena, puede ser sancionado disciplinariamente por un comportamiento disfuncional al no entender el régimen o ser victima de abuso por parte de otros reclusos[31].

Realmente, cuando se analiza el perfil victimario de sujetos con DI, se concluye que en la mayoría de los casos los delitos son cometidos por personas con discapacidad leve, sin embargo, con independencia del nivel de responsabilidad e imputabilidad que resulte, siguen siendo un grupo necesitado de tratamiento[32] que debe dispensarse desde su primer contacto con la policía hasta que se dicta sentencia porque, si surgen problemas en la respuesta del sistema de justicia y no se solventan, se pueden socavar los derechos de muchos acusados a un juicio justo.

Efectivamente, nuestra legislación prevé ciertos mecanismos que se aplican desde el mismo momento de la detención efectuada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y que se enumeran en el artículo 520.2 h) de la LECrim, como son el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete cuando se trate, entre otros, de personas con dificultades del lenguaje, y en el artículo 520.2 *bis* que determina que la información se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario adaptándola a la edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita. De igual forma, el artículo 520.4 indica que, si el detenido tuviere su capacidad modificada judicialmente, la información se comunicará a quienes ejerzan su tutela o guarda de hecho, dando cuenta al Ministerio Fiscal.

---

[30] STC 77/2014, de 22 de mayo de 2014. Sala Primera. *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. BOE núm. 153, de 24 de junio de 2014, páginas 1 a 8. [Consulta: 20/10/23] Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-6651

[31] Defensor del pueblo. informe anual 2022. Volumen I. [Consulta: 20/10/23] Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2023/03/Defensor-del-Pueblo-Informe-anual-2022.pdf

[32] Beizama Bergara, Yenai; García Luengo, Iune; Almenara Córdova, Mercedes Elinor; Larrañaga Tosat, Leyre; Romero Báez, Anabel; Horcajo Gil, Pedro José. «El delincuente con discapacidad intelectual: reflexiones psicojurídicas sobre su responsabilidad criminal y las medidas de seguridad». *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, *Vol. 16, N°. 1*, 2016. Págs. 97-113. Pág. 110 y 111.

Desde luego, resulta fundamental la comunicación que debe existir entre el acusado y su defensa letrada, sobre todo una vez que se enfrenta al procedimiento judicial, debiendo realizar el máximo esfuerzo que acredite si su patrocinado reviste circunstancias que puedan resultar modificativas de su responsabilidad penal, ofreciendo al juez la prueba necesaria ya sea directa o indiciaria, ya que nuestro Código Penal (CP) ofrece la posibilidad de aplicar las eximentes o atenuantes correspondientes en función de grado de afectación de las facultades mentales del sujeto a la hora de cometer un acto delictivo; así, si se determinase su inimputabilidad, habrá de atenderse a la peligrosidad, cuya reacción penal será la imposición de una medida de seguridad[33].

En primer lugar, debemos partir del hecho de que no toda persona con discapacidad es inimputable[34], pues tiene que demostrarse la existencia de un nexo causal entre el hecho delictivo y la condición del sujeto activo, además, no se les puede privar de la autonomía de su libertad a la hora de responsabilizarse por sus actos, pero si se les puede proveer en el proceso de las adaptaciones y ajustes procedimentales necesarios para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad[35]. De hecho, como señala Muyo Bussac, *«hay diseños procedimentales que elevan el riesgo de que, de forma indeseada, sean condenadas personas con DI que, siendo inocentes, fueron arrastradas o manipuladas para prestar su conformidad, o que, siendo las responsables del hecho típico y antijurídico, debieron de haber sido consideradas inimputables o semiimputables, y que, no obstante, terminaron conformándose con una pena»*[36].

Como hemos visto en el caso de las víctimas, dentro del derecho de acompañamiento se alude a la figura del facilitador, cuyo único objetivo es lograr que las personas con este tipo de discapacidad ejerzan su derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones, y que se contempla igualmente para todos los participantes tanto directos como indirectos en cualquier proceso legal. Así pues, haciendo una interpretación amplia de la normativa correspondiente, se permite perfectamente la figura del facilitador en todas las instancias también para las personas detenidas, investigadas, y acusadas, pero, más aún en el acto del juicio oral como punto culminante del proceso penal[37].

---

[33] Muñoz Conde, Santiago y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch. 2022. Pág. 343.

[34] De Aroz Sánchez-Dopico, Inés; González Antón, Berta; Martín Sanz, Noemy Y Izquierdo García, Cristina. «A cada lado. Informe sobre la situación de personas con discapacidad intelectual reclusas o ex-reclusas en España». *Plena Inclusión España*. 2020. Pág. 76.

[35] *Ibidem*. Pág. 156.

[36] Muyo Bussac, Pablo. «La conformidad del acusado con discapacidad intelectual». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2023. Págs. 150-194. Pág. 154.

[37] Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. (Dir.) Juan Manuel Fernández Martínez (Coord.) Isabel de Rada Gallego. Foro Justicia y Discapacidad. 2021. Pág. 115.

Una cuestión especialmente compleja se manifiesta en relación con el enjuiciamiento rápido de determinados delitos cometidos por personas con DI: se trata de las conformidades que se tramitan principalmente ante los juzgados de guardia y que, si bien supone ventajas, también conlleva inconvenientes relacionados con las garantías de defensa.

Efectivamente, en materia de conformidades es importante determinar previamente las condiciones de imputabilidad del acusado, ya que el artículo 801 LECrim, que se remite al régimen del artículo 787, no prevé la conformidad con medidas de seguridad.

Partimos de la premisa de que la capacidad jurídica y la capacidad procesal de las personas con DI no pueden ser limitadas de forma genérica, por tanto, son sujetos, *a priori*, susceptibles de prestar conformidades válidamente, sin embargo, es evidente que se trata de acusados especialmente vulnerables, por lo que también es necesario asegurarse de que tienen consciencia de las consecuencias jurídicas que conllevan y de sus alternativas.

El abogado defensor vuelve a manifestarse como el principal apoyo para la persona con DI que se sitúa en la tesitura de aceptar o no la acusación más grave de cuantas se dirijan contra él en el proceso. Su labor debe ser, no solo negociar un acuerdo con las acusaciones, sino, también, asegurarse de que su cliente toma la decisión de forma libre y autónoma, para lo cual se precisa una comunicación fiable y segura que le permita la identificación de las circunstancias personales de su defendido, pues, podría ocurrir que el letrado, aun de forma involuntaria, termine ejerciendo influencias indebidas sobre su cliente que, dada su condición, *«es más sensible a la deseabilidad social, llevándolo a responder de manera aquiescente»*[38].

El órgano judicial es la segunda garantía, pues es quien ha de verificar que, efectivamente, el sujeto puede prestar válidamente su conformidad y de que la información recibida por el acusado sobre el objeto de esta y sus consecuencias ha sido exhaustiva y en el lenguaje adecuado que precisa[39]; de igual forma, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de poner de manifiesto las dudas que tenga sobre la libre y adecuada comprensión del acusado que se vaya a conformar[40]. De nuevo, se presenta necesaria la figura del facilitador, y, en todo caso, según el Defensor del Pueblo *«la mera sospecha de la existencia de discapacidad intelectual debería conducir a la suspensión del juicio rápido y a la proscripción de*

---

[38] Recio Zapata, María; Alemany Carrasco, Alberto; Manzanero Puebla, Antonio. «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual», *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Vol. 43 (3) Nº 243, 2012. Págs. 54-68. Pág. 57.

[39] Muyo Bussac, Pablo. «La conformidad del acusado con discapacidad intelectual». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2023. Págs. 150-194. Pág. 179.

[40] *Ibidem*. Pág. 185.

una sentencia de conformidad, dando entrada al médico forense»[41], pues, en atención a la discapacidad del acusado, podría no ser compatible el enjuiciamiento rápido o inmediato con su derecho a la defensa[42].

En definitiva, como recalca Rueda Soriano, el deber de activar los mecanismos procesales de comprobación y de realizar todos los ajustes precisos incumbe a todos los operadores que intervienen en el proceso en cualquiera de sus fases[43].

4. Conclusiones

A pesar de la evolución del término, las personas con DI siguen soportando el riesgo de exclusión y de marginación social que les hace especialmente vulnerables. La provisión de apoyos es el procedimiento que se establece para su protección en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Ley 8/2021 ha supuesto un punto de inflexión en el tratamiento de la discapacidad, permitiendo el avance en la tarea de establecer mecanismos correctores de las desigualdades que puedan derivar de la discapacidad de alguno de los intervinientes en los procesos judiciales, pero es necesario que nos impliquemos todos los operadores jurídicos que participamos en los mismos, especialmente cuando se trata de un proceso penal, ya que una mala adecuación de los instrumentos, procedimientos y entrevistas policiales y judiciales, puede contribuir a la revictimización del ofendido y a la doble marginación del delincuente por el hecho de poseer una DI, sufriendo de esta manera desventajas en el tratamiento judicial en comparación con las personas sin discapacidad, siendo una realidad que cada vez son más individuos con DI que ingresan en establecimientos penitenciarios.

Así, como herramientas de accesibilidad, se precisa el empleo de un lenguaje sencillo adaptado a las circunstancias de la persona afectada, la prueba preconstituida de la víctima en fase de instrucción para evitar la victimización secundaria, y la figura del facilitador como profesional experto de apoyo a la persona con DI y/o del desarrollo, tanto si es víctima, testigo o acusado, que se revela como esencial pues favorece y garantiza su comunicación con el órgano judicial, debiendo regularse de manera más concreta su intervención dentro del procedimiento penal.

---

[41] Defensor del pueblo. Las personas con discapacidad intelectual en prisión. Estudio Separata del volumen II del Informe anual 2018. Madrid, 2019. [Consulta: 20/10/23] Disponible en:https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/06/Separata_discapacidad_en_prision.pdf

[42] Rueda Soriano, Yolanda. «El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI (la propuesta del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)». *Diario La Ley*, Nº 9815, 2021.

[43] *Ídem*.

En definitiva, a pesar de los importantes avances legislativos aún queda mucho por hacer, empezando por el mayor esfuerzo por conseguir un diagnóstico adecuado en el ámbito judicial, pues semejante omisión privaría a las personas con DI del acceso a sistemas de apoyo e intervenciones específicas, derivando en una situación de mayor discriminación y vulnerabilidad, pues no olvidemos que la discapacidad queda definida por la relación de la persona con las barreras que le pone el entorno, terminología sustentada por la CDPD.

5. Bibliografía

Alía Robles, Avelina. «Actuación policial ante la denuncia de una víctima con discapacidad». En *Buenas prácticas sobre intervención policial en el ámbito de la discapacidad: Resolución de casos*. Asociación a favor de Personas con Discapacidad de la Policía Nacional (AMIFP). 2021. págs. 48-53.

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°. 3, 2022.

De Aroz Sánchez-Dopico, Inés; González Antón, Berta; Martín Sanz, Noemy Y Izquierdo García, Cristina. «A cada lado. Informe sobre la situación de personas con discapacidad intelectual reclusas o ex-reclusas en España». *Plena Inclusión España*. 2020.

Beizama Bergara, Yenai; García Luengo, Iune; Almenara Córdova, Mercedes Elinor; Larrañaga Tosat, Leyre; Romero Báez, Anabel; Horcajo Gil, Pedro José. «El delincuente con discapacidad intelectual: reflexiones psicojurídicas sobre su responsabilidad criminal y las medi*das de seguridad». Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 16, N°. 1, 2016. Págs. 97-113.

De Araoz Sánchez-Dopico, Inés; González Antón, Berta; Martín Sanz, Noemy; Izquierdo García, Cristina. Informe sobre la situación de personas con discapacidad intelectual reclusas y ex-reclusas en España. Plena inclusión Madrid. 2018.

De Asís Roig, Rafael. «Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los Derechos». En *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integrada de las realidades española y argentina*. (Coord.). Campoy Cervera, I. y Palazzios Rizo, A. Dykinson. Madrid. 2007. Págs. 17-50.

Durán Alonso, Silvia. «El discapacitado intelectual ante el proceso. Especial referencia al proceso penal». *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología* n° 1, 2023. Págs. 41–55.

Flórez Beledo, Jesús. «La comprensión actual de la discapacidad intelectual» en Sal Terrae, nº 106, 2018. Págs. 479-492.

García Muñoz, Oscar. *Lectura Fácil: Métodos De Redacción Y Evaluación*. Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, 2012.

Leciñena Ibarra, Ascensión. «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica». *Revista de Derecho Civil, vol. IX*, núm. 1. 2022. Págs. 257-293.

Manzanero, Antonio L.; Recio, María; Alemany, Alberto; Cendra Jacobo. *Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual*. Fundación Carmen Pardo-Valcarcel. 2013.

Marín Pérez, José Antonio. «Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad y ajustes de procedimiento». *Derecho Privado y Constitución nº 40*. Págs. 11-53.

Muñoz Conde, Santiago Y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch. 2022.

OVEJERO BERNAL, ANASTASIO. «Los test de inteligencia, algunas consecuencias de su aplicación»: *Tabanque nº 18*. 2004. Págs.153-168.

Recio Zapata, María; Alemany Carrasco, Alberto; Manzanero Puebla, Antonio. «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual», *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Vol. 43 (3) Nº 243, 2012. Págs. 54-68.

Romero-Martín, Sandra et al. «Violencia a personas con discapacidad intelectual: de la revelación al proceso judicial». *Revista Española de Discapacidad*, 10(1). 2022. Págs. 93-114.

Rueda Soriano, Yolanda. «El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI (la propuesta del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)». *Diario La Ley*, Nº 9815, 2021.

Sánchez Hernández, Ángel. «Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad: de la incapacitación al apoyo», REDUR 19, diciembre 2021. Págs. 23-55. Pág. 47. http://doi.org/ 10.18172/redur.5318

Sardina-Páramo, Juan Antonio. «Los derechos del subnormal». Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Vol. 12, Nº 2, (*Ejemplar dedicado a: Derechos Humanos*). 1972. Págs. 225-266.

Schalock, Robert L.; Luckasson, Ruth & Tassé, Marc J. «Intellectual Disability: Definition, Diagnosis, Classification, and Systems of Supports», 12th Edition. *AAIDD*. 2021.

María Pilar Sánchez Conde
Asesora jurídica de la Fundación Mayores

La provisión de apoyos en las personas mayores y su ejecución por parte de las personas jurídicas

todos los agentes participantes en la tarea de la promoción y defensa de los mayores en situación de discapacidad.

Resumen

La evolución legislativa en la defensa y protección de las personas con discapacidad dota de nuevas herramientas jurídicas para la protección de los derechos de las personas mayores, que por otro lado configuran el porcentaje más alto de personas con discapacidad en nuestro país, por eso ha de buscarse la forma práctica de prestar apoyos a estas personas sin discriminación por la edad, evitando los conflictos de intereses y la influencia indebida, promoviendo su autonomía personal con respeto a su voluntad y preferencias e implicando, de acuerdo con las previsiones legales, a la propia persona, las Administraciones públicas y las Entidades del Tercer sector, dotando de recursos a

Palabras clave

Discapacidad, sistema de apoyos, prevención, personas mayores, protección de derechos, autonomía de la voluntad.

1. Antecedentes

El sistema de apoyos a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, introducido en nuestra legislación a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, no ha aterrizado en nuestro ordenamiento jurídico sino como consecuencia de una evolución legislativa encaminada a adaptar la ley a la realidad según se va concibiendo a lo largo de la historia de nuestra sociedad. Efectivamente el sistema jurídico español ha pasado de ser un sistema de protección para las personas con discapacidad y también de «muerte civil», expresión que, aunque actualmente nos parezca muy lejana, veremos que no lo es tanto, a un sistema de apoyos individualizado para todos.

Nuestro Código Civil de 1889 (CC) establecía un sistema para la guarda de persona y bienes o solamente de los bienes para quien, *«no estando sometidos a patria potestad, eran incapaces de gobernarse a sí mismos»* (art. 199 CC 1889). Para el ejercicio de esta tutela se designaba un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia. La pieza clave de la tutela era fundamentalmente el consejo de familia.

En esta redacción del Código Civil se establecía un régimen de matrimonio, familia y patria potestad en el que el marido se encontraba investido de máxima autoridad, había grandes diferencias, así como una determinante discriminación de la mujer frente al marido, e igualmente diferencias y discriminación entre los hijos dependiendo de su clasificación en ilegítimos, naturales o legítimos. Con la aprobación de la Constitución Española (CE) y el principio de no discriminación consagrado en su artículo 14, como derecho fundamental, —*«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»*—, se imponían acometer la reforma de las distintas normas sustanciales. Como preludio de los principios constitucionales, se opera la reforma del Código Civil por Ley 14/1975, de 2 de mayo, fundamentalmente en cuanto aquí nos preocupa, en lo que se refiere a la «capacidad de obrar de la mujer casada». La mujer recupera su plena capacidad, así como la igualdad ante la Ley y para el ejercicio de su capacidad jurídica. De igual forma, se suprime la prohibición que pesaba sobre la mujer para ser tutor o protutor (art. 237 CC) y se suprime como motivo de excusa el tener bajo la potestad cinco hijos legítimos (art. 277-5º CC).

Siguiendo con los principios constitucionales, se lleva a cabo una reforma muy importante en el Código Civil en el año 1981, mediante la Ley 30/1981, de 7 de julio; si bien dicha reforma no afecta estrictamente al sistema de tutela, sí proclama el principio de igualdad ante la Ley del marido y la mujer, suprimiendo la inaceptable discriminación que había imperado en nuestro ordenamiento jurídico.

En materia de personas con discapacidad, se opera una importante modificación en el año 1983 con la Ley 13/1987, de 24 de octubre. Esta Ley introduce fundamentales cambios al sistema regulado en el originario texto del Código Civil. Sobre la base de la ineficacia del sistema de tutela apoyado fundamentalmente en el consejo de familia, se opera una transformación introduciéndose dos cambios básicos:

1) La pluralidad del sistema de guarda recuperándose la figura de la curatela e introduciendo la del defensor judicial.

2) Suprime el consejo de familia y dota al juez de la autoridad y control sobre las figuras de guarda de las personas con discapacidad, que habrán de dictarse mediante resolución judicial, con las debidas garantías y atemperando la figura (tutela o curatela) a las necesidades de la persona.

3) En cuanto al ejercicio de la tutela, además de la ponderación de la figura, tutela o solo curatela, se establece que puede haber un tutor de los bienes y otro de la persona, que en consonancia con la patria potestad puede haber dos tutores y que pueden ser tutores las personas jurídicas. En consecuencia, es en el año 1983 cuando el Código Civil por primera vez regula la posibilidad de la tutela por parte de las personas jurídicas estableciendo en su artículo 242 que: «*Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados*».

La provisión de apoyos (entonces tutela) de las personas jurídicas para la atención de las personas con discapacidad comienza su andadura en el año 1983. Es cierto que la regulación introducida con dicha ley es escueta y no muy clarificadora (se menciona únicamente a las personas jurídicas en su posibilidad de excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela, art. 251 CC) pero no es menos cierto que ha sido un instrumento eficaz para que las Entidades puedan, podamos, comenzar la tarea de los apoyos a las personas con discapacidad, como respuesta a la preocupación de las familias y también de las instituciones que temían una ausencia de apoyos y, en consecuencia, desprotección de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus obligaciones y el respeto a sus derechos.

Sin embargo, no se concreta en la ley cuáles eran los requisitos que permitirían nombrar a un tutor o curador persona jurídica si bien, podemos decir que, en la práctica, este hecho vino determinado por la inexistencia de las personas llamadas a ejercer los cargos según el orden de prelación del CC o cuando estas reunían los requisitos para excusarse o no eran aptas por diversas circunstancias para el ejercicio de los cargos, dictándose gran cantidad de resoluciones en las que se encomendaban los apoyos a la Entidad pública correspondiente, basándose simplemente en la inexistencia de persona que asumiera el cargo o en el mayor be-

neficio de la persona con discapacidad (art. 234 penúltimo párrafo CC). Concretamente en los casos de las personas mayores con discapacidad, muchas resoluciones lo han venido acordando sin entrar en grandes consideraciones jurídicas porque, en estos casos, la situación real de desamparo se impone frente a la teórica situación de cuidados (desatención, abusos económicos, abandono real, aislamiento). Ejemplo de ello son las distintas sentencias de primera instancia en la que se nombra tutor (hoy curador representativo) a la Entidad pública por el simple hecho de excusarse del cargo los dos hermanos y el sobrino de la persona con discapacidad, o porque existe conflicto de intereses por motivos económicos entre los dos hijos, o porque el hijo nombrado en su día no ha ejercido, *de facto*, el cargo para el que fue nombrado.

De hecho, ya en el año 1998 se emite dictamen por la Fiscalía General del Estado a través de la Consulta 2/1998 por la que se plantea la discusión jurídica de la posibilidad de que la Administración pública sea designada tutora examinando si concurren en la Administración los requisitos exigidos en el art. 242 CC en su anterior redacción. Este dictamen es de gran interés porque aboga por una interpretación flexible del citado precepto legal: es indudable que la Administración pública cumple los requisitos de ausencia de ánimo de lucro y personalidad jurídica propia, si bien es más cuestionable el requisito de la finalidad de la protección de las personas con discapacidad, resolviendo esta dificultad con una interpretación flexible de la norma entendiendo, en el caso de la Administración pública, que tal requisito se cumple, siempre que se tengan específicamente asumidas las competencias en materia de asistencia social. Igualmente, en el caso de las Entidades privadas, cumplirían tal requisito siempre que entre sus fines figuren, de una u otra forma, tareas que impliquen la protección de menores o personas con discapacidad. Al cumplimiento de los requisitos legales, interpretados de esta forma flexible, habría que añadir, la ponderación de cada caso, puesto que el nombramiento de persona jurídica para desempeñar los apoyos tiene que estar también regido por el principio del mayor beneficio e interés de la persona con discapacidad que permitiría eludir la prelación del art. 234 CC.

Con la aprobación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se determina en qué casos concretos la Administración pública, a través de la Entidad que tenga atribuidas las competencias de protección de personas con discapacidad, deberá asumir la tutela por imperativo de la Ley. En esta norma se añade un tercer párrafo al art. 239 CC, aclarando la obligación para la Entidad pública, cuando ninguna de las personas llamadas a cumplir la obligación protectora la asuma, o cuando las personas con discapacidad se encuentren en situación de desamparo, definida como la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben al tutor o cuando la persona con discapacidad quede privada de la debida asistencia moral y material. En la práctica, esta norma

obliga por ley a la Administración pública a través de los organismos designados por ellos para asumir las competencias, a llevar a cabo el ejercicio de las figuras de tutela o curatela, siempre que no se haya aceptado el cargo por parte de los familiares o personas llamadas a esta obligación, esto es, de una forma objetiva o, en otro caso, al detectarse una situación de desamparo. La precitada Ley 41/2003 incluye otras reformas muy interesantes en cuanto a la protección de las personas con discapacidad porque introduce la posibilidad de la autotutela, constituida mediante documento público notarial e inscribible en el Registro Civil, así como confiere legitimación activa a la persona con discapacidad para instar el proceso de nombramiento de tutor.

Esta reforma pone de manifiesto la evolución del concepto de persona con discapacidad otorgándoles la facultad de adoptar sus propias decisiones si bien, en este momento, aún bajo las figuras jurídicas de tutela (autotutela) y curatela, así como la declaración de incapacidad total o parcial.

Sin embargo, con la aprobación por la Organización de Naciones Unidas de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el 13 de diciembre de 2006, se opera un cambio radical en el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, así como en las resoluciones judiciales que resolvían sobre la incapacitación y las medidas de protección de las personas con discapacidad que se acuerdan. Este tratado internacional es aprobado por el Estado español el 23 de noviembre de 2007, entrando en vigor el 4 de mayo de 2008, tras su publicación en el Boletín Oficial del Estado del 24 de abril del mismo año.

Con ello, y gracias a la labor de entidades, familiares y el Ministerio Fiscal fundamentalmente, se da un paso de gigante en el respeto a los derechos de las personas con discapacidad, si bien con mucho camino por delante para avanzar porque la norma, no por conocida, es aplicada de forma inmediata o generalizadamente. Esta dificultad es más patente en las personas mayores con discapacidad a las que, simplemente por el hecho de ser mayores, se considera que, teniendo sus necesidades básicas cubiertas (alimentación y techo fundamentalmente), no precisan de más protección o apoyos. Pero la realidad es que se dan altos índices de desamparo que emergen ante situaciones de abuso económico (ruina) o falta de cuidados, precisando dotar a las personas mayores de aquellos apoyos necesarios para poder ejercitar sus derechos y desarrollar su proyecto vital en su situación de discapacidad; apoyos de los que se han visto privados en su entorno con la complicidad silenciosa de la sociedad en general cuya visión imperante, depreciando la vejez, conduce a la falta de respeto de los derechos de las personas mayores.

En cualquier caso, ha sido crucial para que se pueda gestar y finalmente aprobar la Ley 8/2021, de 2 de junio, la incorporación al derecho del Estado español

de la Convención de Nueva York y especialmente los pronunciamientos de su artículo 12 en tanto que proclama la igualdad de todos ante la Ley, entendiéndose por tal, la conservación de toda persona de su capacidad jurídica y de su capacidad de obrar, ordenando dotar a las personas con discapacidad de «salvaguardas adecuadas y eficaces» para el ejercicio de su capacidad jurídica, entendiendo por tales aquellas que son respetuosas con los derechos, la voluntad y las preferencias, proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, aplicables en el plazo más corto posible y sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Según la estimación de la EDAD-Hogares 2020, un total de 4,38 millones de personas residentes en viviendas familiares (94,9 de cada mil habitantes) tienen algún tipo de discapacidad. El 59,9% de estas personas (2,63 millones) son mayores de 65 años. La proporción que suponen las personas con discapacidad mayores de 65 años sobre el total de las personas con discapacidad es significativamente más alta en el caso de las mujeres (65,9%) que en el de los varones (51,5%)[1]. Lo cierto es que cuando se aplica la legislación o se habla de derechos de personas con discapacidad realmente se está excluyendo a las personas mayores. Son ejemplos de lo anterior las sentencias dictadas por los distintos juzgados de primera instancia y en las que, con un marcado carácter protector, se producen pronunciamientos de incapacitación total y tutela con diagnósticos tales como trastorno de personalidad y deterioro cognitivo severo, *delirium*, demencia, trastornos amnésicos, trastorno de inicio de la infancia, la niñez o la adolescencia con retraso mental leve, etc. En todos ellos se acuerda la incapacitación total, la tutela y la autorización de internamiento, llegándose en alguna de estas resoluciones a declarar que la incapacitación es la «muerte civil» (sentencia del año 2012).

2. El cambio de escenario con las reformas legislativas

Desde la ratificación por parte del Estado español de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, las Entidades de provisión de apoyos (antes Entidades tutelares) dedicadas especialmente a las personas mayores, hemos tenido que luchar para que la aplicación de la Convención de Naciones Unidas se haga realidad en las personas mayores tanto a nivel institucional (recursos para personas con discapacidad: enfermedad mental, promoción de autonomía, recursos sanitarios...) como a nivel social (familias y entorno) o en el ámbito jurídico. 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*

[1] Las personas mayores con discapacidad según la EDAD-Hogares 2020-Observatorio estatal de la discapacidad, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

su capacidad jurídica, ha dotado a las Entidades de herramientas jurídicas para defender la autonomía personal y el respeto a la voluntad y preferencias de las personas mayores con discapacidad.

Es especialmente ilustrativa la exposición de motivos (preámbulo) de la precitada Ley en cuanto a que revela los principios sobre los que la misma descansa y que serán guía para ejercer las medidas concretas de apoyo:

2.1. Se elimina la sustitución en la toma de decisiones, reservándose para supuestos muy extremos en los que falta la capacidad natural y, en consecuencia, no queda otro recurso posible.

2.2. Como principio rector y en desarrollo del artículo 10 de la Constitución Española, se proclama el respeto a la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales, lo que implica el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, quien es titular de sus derechos y se encuentra legitimada para ejercitarlos puesto que la incapacidad como término jurídico desaparece al entenderse que la capacidad resulta inherente a la persona humana por lo que no se podrá modificar ni eliminar.

2.3. Se organiza un sistema de apoyos en un sentido amplio: comprende multitud de actuaciones (acompañamientos...) y solo de forma excepcional se concretará en la representación en la toma de decisiones. Igualmente comprende actuaciones personales y patrimoniales, esto es, los apoyos abarcan todas las esferas de la persona donde sean necesarios.

2.4. Refuerza las medidas de apoyo voluntarias y la guarda de hecho «pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que lo componen».

En este contexto, que describe la exposición de motivos de forma tan clara y contundente, es en el que la ley dota de protagonismo y herramientas a las Entidades de apoyo, personas jurídicas cuya intervención tuvo entrada, como hemos visto, en la modificación del Código Civil operada en materia de tutelas en el año 1983. Resalto esta reforma, porque realmente en aquel año se considera que el sistema de consejo de familia no ha resultado ser beneficioso para las personas con discapacidad, traspasando el control de las figuras de protección a los tribunales. Sin embargo, con la figura de la guarda de hecho, la Ley 8/2021 vuelve al reconocimiento de la familia como grupo básico de solidaridad y apoyo, retornando de alguna forma a la institución familiar, la responsabilidad y ejecución de los cuidados, si bien con la posibilidad de un control judicial.

Al margen de este reconocimiento a la institución familiar, lo cierto es que el protagonista de la Ley es la persona con discapacidad a quien se le promueve

para el ejercicio de su capacidad jurídica a través del sistema de apoyos. En este nuevo escenario, las personas jurídicas adoptan un trascendente papel siempre desde los principios inspiradores que se recogen en la exposición de motivos.

3. Nombramiento de curador y situación de desamparo

El artículo 275 CC establece en su apartado 1 párrafo 5º que podrán ser curadores las personas jurídicas sin ánimo de lucro públicas o privadas entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. Con pequeñas modificaciones, aunque de importancia, este precepto recoge la posibilidad de prestar apoyo por parte de las personas jurídicas, que ya había incorporado el anterior artículo 242. El texto se adapta a la nueva concepción de la persona con discapacidad, poniendo acento en la promoción de la autonomía y especificando, además, que la persona jurídica prestadora de los apoyos puede ser pública o privada con lo que resuelve de forma definitiva la duda planteada en su día en relación con la Administración pública si bien probablemente porque, en la práctica totalidad de las comunidades autónomas, se han arbitrado figuras jurídicas que asumen las competencias de los apoyos a las personas con discapacidad, bien mediante organismos o fundaciones de titularidad pública o bien mediante convenios con fundaciones privadas.

El orden de prelación para el nombramiento de curador es el que establece el artículo 276, encontrándose en último lugar las personas jurídicas, si bien dicho orden puede ser alterado por el juez en dos casos: por voluntad de la persona a quien han de prestarse los apoyos o cuando, no siendo posible conocer esta voluntad, el juez considere que es otra la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias. En definitiva, el nombramiento para prestar apoyos recaerá en una persona jurídica porque esa sea la voluntad de la persona con discapacidad o porque el juez considere que debe alterar el orden de prelación para asegurarse que esta será la mejor forma de respetar los derechos de la persona con discapacidad. Es cierto que, en la legislación anterior, se sufrieron cambios en relación con la tutela de las personas con discapacidad a cargo de la Entidad pública. La Ley de protección del patrimonio de las personas con discapacidad incluyó un párrafo en el artículo 239 del Código Civil encomendando las tutelas de las personas con discapacidad a la Entidad pública cuando aquellas se encontraran en situación de desamparo. Este precepto fue modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, introduciéndose un artículo 239 *bis* en el que nuevamente se alude a la situación de desamparo, describiendo como tal, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del impo-

sible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad con las leyes, o por carecer de tutor.

La redacción del artículo 239, primero y 239 *bis* después, dio lugar a numerosas interpretaciones en cuanto a la delación de tutor y la asunción de esta figura por parte de la persona jurídica correspondiente. Lo que imperaba a la hora del nombramiento de la figura de la guarda era el mayor interés de la persona con discapacidad. Así lo fue definiendo el Tribunal Supremo sentando la siguiente doctrina: *«El tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela»* (Sentencia del Tribunal Supremo 3925/2017, de 8 de noviembre).

Esta doctrina ha llevado, en la práctica, a utilizar un concepto amplio de desamparo, dándose lugar a la asunción de la oportuna medida por parte de la Administración pública o persona jurídica en quien esta delegue, siempre que el beneficio de la persona con discapacidad así lo aconseje, teniendo en cuenta que un indicador de posible situación de desamparo puede ser el hecho de rechazar el ejercicio del cargo, puesto que difícilmente se desempeñará bien una tarea tan delicada desde la falta de disposición o de aceptación.

A partir de la Ley 8/2021 se ha suprimido toda alusión a situación de desamparo en las personas mayores de edad, incluyéndose una única prohibición en el artículo 250: *«No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precise el apoyo. En este mismo precepto legal, que hace alusión a todas las medidas de apoyo»* (voluntarias, judiciales, formales e informales), el legislador hace una recomendación: se procurará evitar en la determinación de los apoyos, situaciones en las que puedan producirse conflictos de intereses o influencia indebida.

Si tenemos en cuenta los antecedentes legislativos descritos y la nueva redacción del Código Civil, podemos llegar a la conclusión de que se nombrará cu-

rador o prestador de apoyos a la Entidad pública o persona jurídica en quien esta delegue, cuando este nombramiento sea la mejor forma de garantizar el cumplimiento de la voluntad y preferencias de la persona necesitada de apoyos, así como de evitar conflictos de intereses, influencia indebida y, vista la casuística que se plantea ante situaciones de discapacidad en las personas mayores, añadiríamos también la evitación de situaciones de posibles abusos en las distintas esferas de la persona.

4. La intervención de las personas jurídicas en la provisión de apoyos

4.1. Situación actual

Tres son las situaciones que se plantean en el régimen transitorio de la ley: las resoluciones ya dictadas, los procesos en tramitación y la revisión de todas las resoluciones ya firmes.

En relación con las resoluciones ya dictadas, la ley ordena que los que vienen ejerciendo los cargos de tutor, curador y defensor judicial deben continuar haciéndolo, si bien ateniéndose a los dictados de la nueva norma y entendiéndose que los tutores pasarán a considerarse curadores representativos (disposición transitoria segunda). En realidad, en cuanto a las Entidades tutelares, hoy de apoyo, hay que decir que existía ya una gran sensibilización proactiva a aplicar en las personas con discapacidad la Convención de Nueva York, para lo cual hemos tenido que llevar a cabo una importante tarea de sensibilización y defensa de la dignidad de estas personas. Es por ello por lo que la ley nos dota ahora de instrumentos expresos para continuar con esta tarea. En el caso de las personas mayores este hecho cobra especial relevancia porque hay una tendencia muy arraigada en la sociedad a considerar que las personas mayores ya no pueden ser protagonistas de sus propias decisiones o que no tienen recorrido para un plan de vida. Sin embargo, la ley ha obligado a declarar expresamente que no existen personas «incapaces» y a que cada persona sea escuchada para la toma de las decisiones que le afectan.

Los procesos en tramitación continuarán su curso, pero ateniéndose a las normas de la nueva ley, si bien se conservará la validez de las actuaciones que se hayan practicado hasta el momento de su entrada en vigor (disposición transitoria sexta).

Finalmente, se ordena la revisión de las medidas acordadas con anterioridad con el fin de que se adapten a la nueva regulación. Esta revisión se podrá instar por la propia persona o por aquellos en quienes hubieran recaído la protección a través de las distintas figuras que se derogan. En cualquier caso, ha de revisarse

de oficio por la autoridad judicial o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años (disposición transitoria quinta). Las entidades tutelares estamos desarrollando un papel muy importante en los procesos de revisión de las sentencias, especialmente de las personas a las que apoyamos porque, en aquellos casos en los que se manifiesta urgente una modificación de los apoyos, instamos como solicitantes la revisión de las medidas. Para ello, nos proveemos de los distintos documentos precisos: especialmente informes médicos e informe social que unimos a nuestras solicitudes con el fin de ajustar la situación de la persona a sus necesidades de apoyos, conforme a los dictados de la ley.

4.2. Procesos de revisión de las medidas

Tanto en los procesos de revisión que insta la Entidad, como en los que promueve de oficio el Ministerio Fiscal, los profesionales de la entidad de apoyo redactan el informe social preceptivo para su unión a los autos y facilitan el informe médico también preceptivo (art. 42-*bis* b) 1 y 2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de *jurisdicción voluntaria*). El profesional de referencia participa en la entrevista como facilitador de la persona con discapacidad. Si la entidad no es promotora del proceso, se presentan alegaciones y generalmente se asiste a la comparecencia informando de la realidad de la persona con discapacidad así como de la disposición para seguir prestando los apoyos.

Una vez queda la sentencia revisada, se acepta el cargo nuevamente, pero ya bajo las previsiones de la ley y se vuelve a redactar el inventario, en los supuestos en los que la medida de apoyo sea la curatela representativa, y así lo establezca la propia resolución judicial. Estos procesos son para las entidades de gran responsabilidad porque tenemos un importante interés en que a la persona con discapacidad se le ajusten los apoyos a los que realmente precisa para poder llevar a cabo el ejercicio de sus derechos y, sobre todo, quede salvaguardada su dignidad como persona.

4.3. Provisión de apoyos a las personas mayores y personas jurídicas: una visión práctica

4.3.1. Determinación de las medidas

Las personas jurídicas, fundaciones u otras entidades del Tercer sector, habitualmente no intervenimos en el proceso judicial de determinación de las medidas de apoyo en las personas mayores. Es cierto que nos preocupa la realidad de las personas mayores con discapacidad porque los cambios sociales han ocasionado situaciones de soledad no deseada que conducen al deterioro de la persona mayor, produciéndose circunstancias de desprotección graves y muchas veces abusos principalmente de tipo económico o de abandono en los cuidados. Por

eso, llevamos a cabo una tarea de sensibilización, de acuerdo con lo que ordena la Ley 8/2021: *«La reforma normativa impulsada por esta Ley, debe ir unida a un cambio del entorno a una transformación de la mentalidad social»* (preámbulo). Encontramos en ello dificultades importantes: la falta de instrumentos de detección y la ausencia de suficientes recursos, tanto en el ámbito social como en la Administración de justicia que supone una ralentización de los procesos. El tiempo en las personas mayores es esencial porque algunas problemáticas si se apoyan a tiempo evitan mayores daños en lo cognitivo, físico, emocional o económico. Nuestra tarea en estos casos viene siendo apoyar a los servicios sociales de zona para que puedan comunicar la situación o proponer algunas medidas urgentes de apoyo mediante el instrumento del art. 253 CC en su nueva redacción. También procuramos atender a las propias personas mayores que así lo demandan o a los familiares que desconocen las distintas formas en que pueden prestar sus apoyos a las personas mayores. En este sentido, la figura informal de la guarda de hecho ha venido a ser un instrumento muy importante para apoyar en la relación familiar, pero consideramos que se han de arbitrar procesos fáciles y ágiles para que el guardador, de manera simplificada y con las debidas garantías para la persona con discapacidad, pueda recabar la autorización judicial en aquellos casos en los que es preceptiva. Para ello, debería proveerse a los juzgados de formularios sencillos para facilitar al guardador y, por otro lado, deberían designarse juzgados especializados en la materia, cuyos profesionales estén debidamente formados para poder prestar la atención necesaria en los procedimientos.

En cuanto a las personas en situación de vulnerabilidad, es preciso agilizar los procedimientos puesto que, desde que se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal y se presenta la demanda hasta que se llega a la resolución, suelen transcurrir muchos meses, a veces años, que suponen una respuesta ineficaz ante las circunstancias graves que suelen rodear a estas personas, prestándose los apoyos cuando ya algunos daños son irreversibles: a modo de ejemplo, en un supuesto reciente, se detecta una situación de discapacidad en una persona mayor que precisa apoyos, en el mes de marzo del año 2022. El nombramiento de defensor judicial acaba de dictarse (finales del año 2023) y, durante este tiempo, la persona está siendo objeto de abandono y trato inadecuado por su propio entorno familiar.

Sería interesante que se pudiera contemplar la posibilidad de que tanto en el informe social como en el informe médico (ambos preceptivos) se evaluara la urgencia, cuando la situación así lo requiriera, propiciando una vía urgente de reparto para una resolución ágil del proceso.

De igual forma, y como ya hemos resaltado, se acogen como herramientas eficaces las medidas cautelares, entre ellas la prevista en el citado artículo 253 CC, en cuanto a las medidas de apoyo urgentes para aquellas personas que carezcan

de guardador de hecho, que pueden prestarse por la Entidad pública y la medida prevista en el art. 295-4° de nombramiento de defensor judicial para administración del patrimonio mientras se tramita el proceso de provisión de medidas. Sería de desear que esta medida, de administración del patrimonio, se adoptara con más frecuencia y también de forma ágil por evitar el desamparo económico que muchas veces desde que se detecta hasta que se atiende, no evita la desprotección real de la persona con discapacidad. Las entidades partimos de una situación de ruina, deudas y falta de recursos que impiden la atención de la persona conforme a sus deseos y preferencias. Ejemplo claro de esta circunstancia es cuando la persona precisa auxiliares de ayuda a domicilio para permanecer en su vivienda, que es su deseo, pero carece de recursos para afrontar económicamente este servicio porque con anterioridad otras personas, familiares, vendedores, vecinos... han dispuesto de sus bienes en su perjuicio.

Las entidades que prestamos los apoyos en colaboración con la Entidad pública, redactamos un informe previo en el que de forma presencial se comprueba la situación de la persona y se recaba la información de la manera más amplia posible para poder identificar cuáles serían los apoyos necesarios y qué personas físicas podrían prestarlos si existen. Caso de no existir o no ser idóneas, reflejamos también este hecho en el informe social. Muchas veces en este momento se detecta la situación de urgencia y se hace constar a fin de intentar que se interesen medidas cautelares.

La protección del patrimonio de las personas mayores, por ejemplo, cuando en este momento se detectan abusos de tipo económico (personas que disponen de los ingresos o de los bienes de la persona con discapacidad), evitaría que, en el curso del proceso de provisión de apoyos, la persona quedara arruinada.

4.3.2. Ejecución de las medidas

Como entidades prestadoras de apoyos, una vez que se dicta el auto de provisión de apoyos y se nos designa como entidad a prestarlo a la persona mayor con discapacidad, lo primero que hacemos es contrastar la información de que ya disponemos con la realidad porque con frecuencia, el tiempo transcurrido desde el primer contacto con la persona al momento de aceptar el cargo de curador, con la extensión que el juzgado determine, es muy amplio. Con anterioridad, ante la solicitud del organismo público correspondiente (normalmente dependiente de la Consejería de Bienestar Social de los gobiernos autonómicos), hemos estudiado de forma presencial a la persona, conociendo sus circunstancias, los antecedentes que hemos podido recabar y su situación presente. Lo cierto es que, cuando la persona padece un grave deterioro cognitivo resulta difícil conocer su voluntad o preferencias, aunque se suelen deducir por su historia vital, entorno social, familiar y demás. Siempre procuramos respetar su voluntad, aun-

que el apoyo establecido en la resolución judicial sea la curatela representativa en los aspectos personal y patrimonial. Llegar a conocer las preferencias supone una tarea de investigación y de conocimiento intensa. En este apartado, hay que matizar varias cuestiones:

El hecho de que la persona sea mayor no impide que tenga su propio proyecto vital: la vida es desde el nacimiento hasta la muerte y la etapa de la vida que es la vejez tiene también para la persona sus propios objetivos y está dotada de gran importancia: cada persona a su manera, según sus preferencias. Además, en este momento es muy importante que las decisiones sean tomadas por la propia persona. El proceso de ayuda a la toma de decisiones ha de adaptarse a la realidad personal, material y física de la persona. El deterioro físico no implica dejar de comprender y de decidir (art. 249 CC).

El respeto a la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales resulta más difícil de defender cuando se trata de personas mayores porque socialmente se priva de forma automática a las personas, por razón de la edad, de su propia dignidad. Ejemplos de ello son tomar decisiones sin preguntar, utilizar tratamientos invasivos por supuesta seguridad (contenciones físicas o farmacológicas), utilizar su soledad y falta de condiciones físicas para llevarlos a suscribir contratos perjudiciales… Por eso, es tan importante y necesario el sistema de apoyos en las personas mayores con discapacidad.

Se apoya a la persona en tres esferas: social, económica y jurídica. Para ello, la Entidad dispone de un equipo de profesionales que trabaja coordinadamente.

Las trabajadoras sociales prestan los apoyos en lo personal, cuando la resolución judicial así lo establece. Se encargan de apoyar a las personas mayores en el ámbito personal: desde las necesidades más básicas hasta los apoyos en materia sanitaria, de ocio, de habilidades, de fomento de la autonomía personal, fomento, en su caso, de las relaciones familiares, protección de la vulnerabilidad frente a relaciones perjudiciales, solicitudes de recursos públicos para atender sus necesidades, etc. Desempeñan esta tarea desde la cercanía, cumpliendo con las previsiones de la nueva ley: mantener el contacto personal, respetar su voluntad, deseos y preferencias, procurar que la persona desarrolle su propio proceso de toma de decisiones, fomentar las aptitudes de la persona (art. 282 CC en su nueva redacción).

En el ámbito económico-administrativo, el profesional asignado se encarga de administrar el patrimonio de la persona con discapacidad si así lo ha establecido la resolución judicial (auto o sentencia según los casos). Esta esfera está absolutamente vinculada a la esfera social porque muchas veces, el respeto a la voluntad y preferencias o la protección de la vulnerabilidad tiene un contenido claramente económico: buscar los recursos (recuperar pensiones, seguros, pro-

ductos bancarios) y levantar las cargas. Las personas mayores suelen tener escasos recursos en su jubilación y, con frecuencia, cargas derivadas de deudas contraídas cuando no han tenido apoyos, normalmente por maltrato económico y otras veces porque la falta de apoyos les hace tomar decisiones perjudiciales para ellos mismos. También se generan cargas del propio patrimonio: suelen ser viviendas modestas pero que acarrean pagos de mantenimiento, impuestos o suministros. A veces dejan de cumplir obligaciones tributarias, frente a las que la Administración no se detiene, o de afrontar deudas comerciales que ellos mismos han contraído. Proveerles de recursos suele ser tarea muy difícil, si bien casi todos reclaman atención personal y directa. Es un empeño del área social paliar la soledad en la que se suele hallar a estas personas y, por ello, ir creando vínculos afectivos a través de personal de acompañamiento que llegan a convertirse en referentes afectivos y personas de confianza. Todo ello requiere de unos medios económicos, por lo que la tarea del profesional en esta área, íntimamente coordinada con la trabajadora social, es rentabilizar lo más posible los recursos de cada persona. Una asignatura pendiente es la relación con las entidades bancarias que no acaban de arbitrar protocolos ágiles para que la administración de los productos bancarios sea posible. Ayudaría en esta tarea que en las resoluciones judiciales se concretara, en su caso, que el curador representativo será el administrador de las cuentas y productos bancarios de la persona con discapacidad para que se le incluya en las mismas en concepto de autorizado. Este pronunciamiento expreso evitaría las interpretaciones que de cada resolución y libremente llevan a cabo las entidades bancarias a través de su asesoría jurídica.

Este ámbito, además de coordinado con el área social, desempeña los apoyos también desde los principios inspiradores de la ley: respetar deseos, voluntad y preferencias, teniendo en cuenta la trayectoria vital de la persona, sus creencias y valores y los factores que la propia persona hubiera tomado en consideración o manifieste querer tener en cuenta (art. 242 CC). Muchas veces el nombramiento de persona jurídica como curador responde a la necesidad de evitar conflictos de intereses (generalmente entre familiares) o influencia indebida. Es también tarea de la persona jurídica evitar y prevenir estas situaciones, porque habitualmente existen relaciones familiares o de amistad. Ha de respetarse la relación evitando los conflictos y atendiendo al beneficio de la persona con discapacidad que muchas veces no es el interés de su familiar (art. 250 CC en sus dos últimos párrafos). Desde esta área se elaboran todos los documentos preceptivos que acuerde el juzgado: inventarios, rendiciones de cuenta, cuenta final de la tutela.

Finalmente, el área jurídica defiende los derechos de la persona con discapacidad en todas las esferas que precise, relacionándose con los juzgados, tribunales y Administración a estos efectos. Apoya a la persona en las distintas reclamaciones que recibe (procesos monitorios o ejecutivos de reclamaciones de cantidad, daños, denuncias penales, sanciones administrativas, demandas de lo

social) y apoya también en el ejercicio de sus derechos y obligaciones: contratos de arrendamientos, ventas, contratos de servicios, herencias, liquidaciones de impuestos de sucesiones, plusvalías, recuperación de bienes o derechos, expedientes de ruina, inscripciones registrales de bienes, recuperación para ello de documentos públicos, recuperación de la posesión en supuestos de ocupación, denuncias por usurpación, desahucios... todo ello por los cauces y con las previsiones de los artículos 287 (autorización judicial previa), 288 (acumulación de acciones), 289 (ratificación o aprobación judicial), todos del CC, y siempre con los principios informadores de la ley: respetar los deseos, voluntad y preferencias que, para el caso de graves deterioros cognitivos, habrán de ponderarse a la luz de la trayectoria vital de la persona, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración (art. 242 CC penúltimo párrafo).

Esta área está igualmente interrelacionada con las dos anteriores porque se trata de apoyar a la persona en su integridad, estando el área económico-administrativa y jurídica al servicio de la persona con discapacidad para que pueda desarrollar su trayectoria vital y ser titular de sus derechos y obligaciones, así como protagonista de sus decisiones. En esta tarea encontramos algunas dificultades, fundamentalmente antecedentes de abusos de confianza o abusos económicos, intereses por parte del entorno familiar o social no coincidentes con los intereses de la persona a apoyar, dificultad para recabar documentación y conocer los hechos cuando la persona ya presenta un importante deterioro cognitivo, problemas para acreditar la falta de capacidad natural en algunos negocios jurídicos que han sido claramente perjudiciales para la persona, tiempo transcurrido desde que son objeto de algún tipo de abuso económico o de hechos que pudieran considerarse delitos y lentitud en los procedimientos de jurisdicción voluntaria para recabar las oportunas autorizaciones judiciales.

4.3.3. La inexcusabilidad del cargo

El art. 239 *bis* en la anterior redacción del Código Civil se encomendaba a la Entidad pública la tutela de las personas con discapacidad que no tuvieran designado tutor aclarando que dicho cargo se asumiría por ministerio de la ley en los casos en que la persona se encontrara en situación de desamparo. El art. 251 admitía la excusa de las personas jurídicas cuando carecieran de medios suficientes para el adecuado desempeño del cargo.

Teniendo en cuenta ambos preceptos legales, podemos llegar a la conclusión de que no era posible la excusa del cargo para las personas jurídicas de titularidad pública que, por otro lado, recogían esta irrenunciabilidad en las distintas normativas autonómicas.

Ahora bien, la nueva redacción de la ley deja claro este extremo, dado que en su artículo 281 expresamente determina que no concurrirá causa de excusa

cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a la Entidad pública. La Ley, en este aspecto y con esta previsión, garantiza la protección de las personas con discapacidad porque recoge esta inexcusabilidad en aquellos supuestos en los que sí se haya excusado el curador persona física o jurídica, aclarando que debe evitarse desprotección en estas circunstancias y añadiendo en ese lugar la inexcusabilidad de la Entidad pública.

En consecuencia, llegamos a la conclusión de que la protección de las personas con discapacidad, o los apoyos a estas personas, es un deber inexcusable de la Administración pública que, además, deberá asumir las distintas figuras formales que sean precisas: curatela y defensa judicial, y ello en el marco de las garantías que prevé el artículo 10 CE.

Normalmente se plantea en la práctica la oposición o el rechazo por parte de los familiares o allegados a que sea la Administración pública o Entidad en quien delegue quien ejerza las medidas de apoyo, si bien esto sucede cuando el juzgado valora que, o bien los llamados a ejercerlas carecen de habilidades, o bien existe un conflicto de intereses que hace necesario el nombramiento de la Administración para garantizar el superior interés de la persona con discapacidad. Reflejo de estas situaciones son los distintos pronunciamientos de los tribunales: *«Se destaca que, ofrecido el hijo como tutor de su madre, se resuelve, que el esposo es de edad muy avanzada, y que el único hijo, carece de las condiciones necesarias para el cargo- en atención a los testigos y en concreto los de los Servicios Sociales, por tener un comportamiento inadecuado, con acciones violentas, dentro y fuera de la vivienda. Recurrida por el esposo y por el hijo, quienes reiteran su solicitud de ser el único hijo el tutor, la audiencia resuelve que debe confirmarse a la agencia designada como curador, reiterando los razonamientos de la resolución apelada para ello, y adaptando eso sí el apoyo a la Ley 8/21».*

La obligatoriedad del ejercicio de los apoyos por parte de la Administración resulta muy clara cuando se trata de la figura de la curatela determinada en resolución judicial, puesto que expresamente se admite que el nombramiento de curador recaiga en una persona jurídica que, siendo Entidad pública, o persona jurídica en quien delegue, no podrá excusarse del cargo (arts. 276-9º y 281 *in fine* CC).

Están previstas, sin embargo, otras figuras de apoyo formales, como son la autocuratela y la defensa judicial.

Se prevé la defensa judicial como apoyo formal en los actos en los que la persona con discapacidad precise un apoyo ocasional.

- La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre la adopción de medidas de apoyo es preceptiva por lo que, en los supuestos en los que la propia

persona con discapacidad o un familiar de los legitimados inste el proceso, el Ministerio Fiscal podrá ejercer la defensa judicial de la persona con discapacidad.

- La persona con discapacidad puede comparecer por sí misma con su propia defensa y representación. En caso de que no lo hiciere, se le nombrará un defensor judicial que deberá comparecer con abogado y procurador. Entendemos que la defensa judicial se ejercerá en el mismo orden de prelación que la curatela como medida de apoyo y solo cuando no exista tal figura y el Ministerio Fiscal sea parte en el proceso, para evitar indefensión, conflictos de intereses, influencia indebida y garantizar el cumplimiento de la voluntad y preferencias de la persona necesitada de apoyos, esta figura de apoyo recaerá sobre una persona jurídica colaboradora con la Entidad pública según las distintas normativas de las comunidades autónomas. El apoyo del defensor judicial ha de estar presente tanto en el proceso de provisión de medidas, por la vía de la jurisdicción voluntaria (art. 42 *bis* a)-4) Ley 15/2015), como en el proceso contradictorio mediante la tramitación del correspondiente juicio verbal (art. 758-2 LEC). Aunque la intervención en la defensa judicial en estos procedimientos por parte de la Administración pública, no ha sido unánime, entendemos que este tipo de apoyos, de carácter formal, han de encontrarse igualmente incluidos en las competencias de la Administración pública o entidad en quien aquélla delegue, siempre que se cumplan los criterios para la provisión de otros apoyos: cuando exista una persona con discapacidad en una situación de desamparo, entendido de la forma amplia que hemos venido defendiendo en este artículo, esto es, cuando sea la única forma de garantizar la defensa de los derechos de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, sin conflicto de intereses ni influencia indebida.

En definitiva, para todos los casos en los que se precise un defensor judicial como medida de apoyo ocasional, la Administración pública o las entidades con las que colabore deberán apoyar a las personas con discapacidad si así es necesario para la protección de los derechos, evitar el conflicto de intereses, la influencia indebida y garantizar el respeto a la voluntad y preferencias de la persona.

Es posible que la curatela se encuentre prevista por la propia persona con discapacidad en escritura pública (autocuratela) e inscrita en el Registro Civil. En este caso, la decisión de la persona con discapacidad, si está otorgada conforme a la ley, vinculará al juez si bien, cuando existan circunstancias graves desconocidas para la persona que otorgó la escritura, el juzgado podrá prescindir de las disposiciones voluntarias, con la debida motivación. Los distintos organismos de las comunidades autónomas creados para prestar los apoyos (bien directamente o bien mediante convenios con las entidades del Tercer sector), vienen recogiendo entre sus competencias la asunción de las medidas voluntarias. Entendemos que estas medidas también están afectas a la irrenunciabilidad del cargo

cuando se trate de Administración pública. Si el nombramiento recae sobre persona jurídica privada, la excusa vendrá determinada por la falta de medios o por no adecuarse el mandato a sus fines estatutarios[2].

4.3.4. La retribución del curador

El artículo 281 del Código Civil, redactado conforme a la Ley 8/2021, establece que el curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita. Corresponde al juez fijar su importe teniendo en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes.

Durante estos años, las entidades prestadoras de apoyos, cuando así lo aconsejaban las circunstancias, han ido solicitando la concesión de esta retribución con las siguientes particularidades:

Los apoyos se prestan poniendo al servicio de la persona con discapacidad todos los recursos con los que cuenta la entidad: equipo de profesionales que apoyan en todos los aspectos de su vida y con la extensión que dicte la resolución judicial y medios materiales, además de un trabajo comprometido por dignificar la situación de cada uno, respetando en la medida de lo posible su voluntad y preferencias y procurando tanto la cercanía con la persona como la profesionalidad en los apoyos.

En muchas ocasiones, los bienes y el patrimonio de la persona con discapacidad se salvaguardan durante toda su vida en previsión de las necesidades que pueda tener, aunque se haya realizado un trabajo intenso o complejo, según los casos. Por ello, se pospone la petición de retribución al fallecimiento de la persona, si el valor de sus bienes lo permite. Con la rendición final de cuentas se cursa la solicitud de retribución en base al trabajo realizado en vida de la persona con discapacidad.

Es cierto que las entidades que prestan los apoyos son entidades sin ánimo de lucro, lo que no es obstáculo para percibir la retribución solicitada porque el hecho de tener ese carácter solidario no implica no obtener ingresos, precisamente para poder seguir realizando la labor social que desempeñamos y coadyuvar con los fondos obtenidos a las necesidades de otras personas con discapacidad, que quizá precisen de ayuda económica solidaria para el desarrollo de su personalidad y de su plan de vida.

---

[2] *«La promoción de las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica que determine la propia persona en escritura pública notarial otorgada al efecto, cuando designe a la Agencia para tal fin»* (Ley 1/2023, de 15 de febrero, *de creación de la Agencia Madrileña para el apoyo a las personas adultas con discapacidad*).

Estas cuestiones, han sido resueltas por las distintas secciones de las Audiencias Provinciales sentándose doctrina positiva que resuelve los aspectos o particularidades descritos:

> *«Pero una vez producida la muerte no hay razón alguna para no retribuir, en la proporción adecuada, el ejercicio final de la función y adquiere mayor relevancia la posible afectación directa del patrimonio, de modo que la retribución puede plantearse ya no en relación con los rendimientos netos de su patrimonio, sino al patrimonio mismo.*
>
> *No obstante, estas matizaciones desaparecen en la actual regulación, recogidas en los artículos 229 (referente al cargo de tutor ahora del menor) y 281 (referente al cargo del curador del discapaz). Y debemos entender que, dado que la regulación vigente al momento de la solicitud no prohíbe expresamente solicitar a posteriori la remuneración, es desde luego ajustado a los principios generales del derecho que se cobre por la labor realizada cuando expresamente está prevista tal remuneración sea ésta solicitada antes o después por el tutor» (AAP de Barcelona, resolución 288/22, 20-09-2022).*

En el mismo sentido, la SAP Soria n.º 13/2018, o el Auto de la AP Málaga 180/2022, de 20 de abril.

Igualmente, la jurisprudencia ha sentado el criterio de que no es óbice para solicitar y conceder retribución del tutor el hecho de que la persona jurídica que presta los apoyos no tenga ánimo de lucro, porque una cuestión es obtener beneficios, lo cual está prohibido en estas entidades, y otra diferente obtener fondos que se destinan al fin para el que se ha creado la fundación siempre que se cumplan el resto de requisitos que la Ley prevé: Autos de AP de Barcelona, 106/2010, de 17 de abril, AP de Soria, 38/2020, de 9 de noviembre, y 13/20182, de 20 de abril, AP de Oviedo, resolución 54/2021, de 6 de junio.

El procedimiento para solicitar y resolver acerca de la retribución de tutor se encuentra regulado en el artículo 48-1 LJV, que determina que si el curador solicitare la retribución a que tiene derecho, el juez *la acordará*, fijando su importe y el modo de percibirla tomando en consideración la complejidad y la extensión de las funciones encomendadas y el valor y la rentabilidad de los bienes del interesado. El juez oirá al solicitante, la persona con discapacidad, en su caso, al Ministerio Fiscal y a las personas que considere oportuno, dictando el correspondiente auto que no tendrá efectos suspensivos.

5. Conclusión

5.1. A pesar de que las personas mayores actualmente son más del 60% de las personas con discapacidad, en realidad son las más olvidadas por las medidas de apoyo que se dictan en cuanto a propiciar el ejercicio de su capacidad jurídica y el desarrollo de su personalidad en esta etapa de la vida. Ya en el año 2019, el Comité Español de Representantes del Personas con Discapacidad (CERMI) demandaba «redimensionar y reconfigurar los apoyos para que la gente (mayor) pueda seguir haciendo su voluntad»[3]. Los procesos de provisión de apoyos, tramitados con agilidad, con las debidas garantías y con la participación de la persona, pueden conseguir estos objetivos.

5.2. La transformación de la mentalidad social que apunta la exposición de motivos de la Ley 8/2021 cobra una especial relevancia en el caso de las personas mayores con discapacidad porque es imperante la mentalidad de que, cuando una persona deja de ser productiva, se le puede apartar, máxime si tiene una discapacidad. El esfuerzo de sensibilización de todos los agentes que intervienen en la prestación de apoyos, para la aplicación de los nuevos principios en las personas mayores con discapacidad, ha de ser de más intensidad a fin de erradicar actitudes paternalistas, visiones basadas en la productividad y en la utilidad o discriminaciones debidas a la edad y promover, desde la provisión de apoyos, la cultura del buen trato para conseguir la finalidad de la nueva regulación: respetar los deseos, voluntad y preferencias para el adecuado desarrollo de la persona y el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

5.3. Es necesario trabajar la prevención: mediante la promoción de medidas preventivas con carácter voluntario para que la persona mayor se pueda servir de las distintas figuras (poderes preventivos, voluntades anticipadas, autocuratela); a través de la sensibilización del entorno social para arbitrar la prevención en las familias y el entorno social; y también desde el proceso de provisión de apoyos, promoviéndose y dictándose las medidas cautelares necesarias cuando la situación de riesgo así lo requiera.

5.4. Ante los cambios en la realidad social: distintos modelos de familias, desestructuración familiar y social, creciente individualismo en el entorno, falta de relaciones vecinales, mayor esperanza de vida y envejecimiento de la población, cobra mayor relevancia el papel que desempeñan entidades del Tercer sector (fundaciones y demás personas jurídicas) en la promoción y ejecución de los apoyos, desarrollando un sistema que combina la profesionalidad de este tipo de entidades con el ejercicio de los apoyos desde la persona con discapacidad, en la

[3] https://www.europapress.es/epsocial/igualdad

cercanía, y con respeto a los principios de la Convención de las Naciones Unidas que inspiran la legislación española actual en la materia.

5.5. Creemos que, para llevar a efecto la defensa de los derechos de las personas mayores en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha de dotarse de recursos a la Administración de Justicia, a los servicios sociales y a las entidades prestatarias de apoyos para que el respeto a la voluntad y preferencias de la persona mayor con discapacidad y el desarrollo de su plan de vida, vaya acompañado de las herramientas adecuadas y necesarias con el fin de que el apoyo sea real y eficaz para los fines para los que se prevé.

La nueva regulación, inspirada en los principios de la Convención de Nueva York nos ha puesto en camino para trabajar por el respeto a los derechos de las personas mayores con discapacidad. Indudablemente, esta tarea producirá mejoras en nuestra sociedad porque: *«reconocer y atesorar las contribuciones de las personas mayores es esencial para la prosperidad a largo plazo de cualquier sociedad»*[4].

[4] Ikeda Daisaku, https://www.literato.es/

Inés de Araoz Sánchez-Dopico
Coordinadora del Área jurídica de Plena inclusión España

La regulación de la accesibilidad cognitiva en España

Resumen

El presente artículo realiza un recorrido sobre la historia del régimen jurídico de la accesibilidad cognitiva en España.

La accesibilidad en general ha sido reconocida legislativamente de forma temprana en España, existiendo ya algunas referencias a la misma en legislación de los años 80. Posteriormente, la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad si bien supuso un paso importante en el reconocimiento de la accesibilidad, no produjo ningún avance reseñable en materia de accesibilidad cognitiva.

Este reconocimiento ha tenido que esperar al año 2022, a través de la entrada en vigor de la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.

En este artículo se realizará un análisis de esta norma, así como de su estado de implementación.

Palabras clave

Accesibilidad, accesibilidad cognitiva, accesibilidad universal, derecho.

1. Introducción

De acuerdo con la Observación general 2 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre accesibilidad (2014), *«[l]a accesibilidad es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones. Sin acceso a (…) la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, las personas con discapacidad no tendrían iguales oportunidades de participar en sus respectivas sociedades. (…) el acceso a la información y la comunicación se considera una condición previa para la libertad de opinión y de expresión, garantizada en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*[1]*».*

También establece que *«[l]a obligación de los Estados de proporcionar la accesibilidad es una parte esencial del nuevo deber de respetar, proteger y hacer realidad los derechos a la igualdad. Por lo tanto, la accesibilidad debe considerarse en el contexto del derecho al acceso, visto desde la perspectiva específica de la discapacidad*[2]*.»*

España dispone de regulación relacionada con la accesibilidad universal de forma previa a la entrada en vigor en la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo. En las Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España[3] de 2019, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación con la accesibilidad ha mostrado su preocupación por:

> *«a) La ineficacia de las políticas relativas a la accesibilidad en la administración pública, la falta de asignaciones presupuestarias suficientes y la ausencia de criterios de accesibilidad obligatorios en la contratación pública a todos los niveles;*
>
> *b) La falta de progresos en la aplicación de medidas de accesibilidad para las personas con discapacidad, en especial para las personas con discapacidad intelectual o psicosocial(…)*[4]*.»*

En dicho informe de Observaciones finales el Comité recomendó a España:

---

1 Párrafo 1.
2 Párrafo 14.
3 CRPD/C/ESP/CO/2-3.
4 Párrafo 17.

«En relación con la observación general núm. 2 (2014) del Comité relativa a la accesibilidad y el Objetivo 9 y las metas 11.2 y 11.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el Comité recomienda al Estado parte que adopte todas las medidas legislativas y presupuestarias necesarias para garantizar la accesibilidad en todas las esferas, lo que incluye (…) los servicios de información y comunicaciones. El Comité recomienda también al Estado parte que vele por que los lugares abiertos al público o de uso público cuenten con señalización e información en braille y en lectura fácil, y que se proporcionen asistencia humana e intermediarios, lo que comprende guías, lectores e intérpretes profesionales de lengua de señas, para facilitar el acceso a los edificios y servicios públicos, en especial a las personas con deficiencias sensoriales o intelectuales.»

En el presente artículo, y partiendo de lo anterior, vamos a realizar un recorrido por el pasado, el presente y el futuro de la regulación de la accesibilidad cognitiva en España.

2. La regulación de la accesibilidad cognitiva previa a la modificación de la ley general operada por la Ley 6/2022, de 31 de marzo

En primer lugar, es obligado citar la Ley 13/1982, de 7 de abril, *de integración social de las personas con discapacidad* (en adelante, LISMI)[5], como la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, en el marco de los arts. 9, 10, 14 y 49[6] de la Constitución, y que supuso un avance muy relevante para la época[7].

En la LISMI ya se encontraba contemplada la accesibilidad. Por ejemplo, en su art. 54, apartado primero se establecía la obligación de que la construcción, ampliación y reforma de los edificios de propiedad pública o privada abiertos al público, así como la planificación y urbanización de las vías públicas, parques y jardines de iguales características, se efectúe de forma que resulten accesibles y utilizables a los minusválidos [*sic*].

---

[5] Norma derogada por la disposición derogatoria única.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Ref. BOE-A-2013-12632.

[6] El artículo 49 CE, reformado en 2024, cambia su terminología al adoptar la expresión «personas con discapacidad» e incorpora la perspectiva inclusiva y de promoción de la plena autonomía de las personas con discapacidad en la actuación de los poderes públicos.

[7] Exposición de motivos del 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.*

De igual manera el art. 57, referido a los proyectos de viviendas de protección oficial y viviendas social establecía en su apartado 4 la obligación de que los proyectos referidos a un conjunto de edificios e instalaciones que constituyan un complejo arquitectónico, se proyecten y construyan en condiciones que permitan, en todo caso, la accesibilidad de los disminuidos [*sic*] a los diferentes inmuebles e instalaciones complementarias.

El art. 58 apartado 1 establecía la obligación de que las normas técnicas básicas sobre edificación incluyesen previsiones relativas a las condiciones mínimas que deberán reunir los edificios de cualquier tipo para permitir la accesibilidad de los minusválidos [*sic*].

Por último, la disposición final séptima establecía que la obligación de las Administraciones públicas de asumir el coste total de las obligaciones establecidas en la Ley en un plazo de diez años, pero priorizando algunas obligaciones para los dos primeros años de aplicación de la Ley, entre ellas la normativa sobre movilidad y barreras arquitectónicas.

La LISMI establecía obligaciones relacionadas con la accesibilidad en sentido amplio, lo que suponía que la accesibilidad cognitiva estaba incluida por defecto; no obstante, los desarrollos de esta norma se centraron únicamente en aspectos referidos a la supresión de barreras arquitectónicas, en concreto a través de la Ley 3/1990, de 21 de junio, que modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio, de *Propiedad Horizontal*, suavizando el régimen de adopción de acuerdos por las juntas de propietarios para la realización de obras de supresión de barreras arquitectónicas; la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de *Arrendamientos Urbanos*[8] o la Ley 15/1995, de 30 de mayo, *sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad*.

El siguiente hito referido al reconocimiento del derecho a la accesibilidad en España es la promulgación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*[9] (en adelante, LIONDAU) cuya exposición de motivos declaraba que *«[e]l concepto de accesibilidad, por su parte, está en su origen muy unido al movimiento promovido por algunas organizaciones de personas con discapacidad, organismos internacionales y expertos en favor del modelo de «vida independiente», que defiende una participación más activa de estas personas en la comunidad sobre unas bases nuevas: como ciudadanos titulares de derechos; sujetos activos que ejercen el derecho a tomar decisiones sobre su propia exis-*

[8] En su artículo 24 faculta a los arrendatarios con minusvalía a efectuar reformas en el interior de la vivienda para mejorar su habitabilidad.

[9] Norma derogada por la disposición derogatoria única.b) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Ref. BOE-A-2013-12632.

tencia y no meros pacientes o beneficiarios de decisiones ajenas; como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales, más que personas especiales con necesidades diferentes al resto de sus conciudadanos y como ciudadanos que para atender esas necesidades demandan apoyos personales, pero también modificaciones en los entornos que erradiquen aquellos obstáculos que les impiden su plena participación.

El movimiento en favor de una vida independiente demandó en un primer momento entornos más practicables. Posteriormente, de este concepto de eliminar barreras físicas se pasó a demandar «diseño para todos», y no sólo de los entornos, reivindicando finalmente la «accesibilidad universal» como condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas.

La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta en este caso, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquellas que no lo son, al igual que ocurre cuando una norma, criterio o práctica trata menos favorablemente a una persona con discapacidad que a otra que no lo es. Convergen así las corrientes de accesibilidad y de no discriminación.»

El art. 2 de la Ley definía la accesibilidad universal como *«la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño para todos» y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.»*

También definía el diseño para todos como *«la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible.»*

Más todavía en la LIONDAU resultaba evidente que la accesibilidad cognitiva ya se encontraba incluida en la definición de accesibilidad universal al aludir a entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos para ser comprensibles.

El enfoque de la LIONDAU constituía un paso adelante en la definición de la naturaleza jurídica de las condiciones de accesibilidad al establecer que el *«incumplimiento de las condiciones de accesibilidad y de realizar ajustes razona-*

bles» constituye una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades que las exigencias de accesibilidad son medidas contra la discriminación[10].

También establecía la obligación del Gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, de regular unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, obligando a la inclusión de disposiciones en determinados aspectos[11]:

«a) Exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área. En particular, la supresión de barreras a las instalaciones y la adaptación de equipos e instrumentos.

b) Condiciones más favorables en el acceso, participación y utilización de los recursos de cada ámbito o área y condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas.

c) Apoyos complementarios, tales como ayudas económicas, tecnológicas de apoyo, servicios o tratamientos especializados, otros servicios personales, así como otras formas de asistencia humana o animal. En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, sistemas de apoyos a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación.

d) La adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad.

e) Planes y calendario para la implantación de las exigencias de accesibilidad y para el establecimiento de las condiciones más favorables y de no discriminación.

f) Medios y recursos humanos y materiales para la promoción de la accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate.»

La disposición final cuarta establecía que, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor, el Gobierno debería aprobar un plan nacional de accesibilidad 2004-2012.

Las disposiciones finales quinta a novena, además, obligaban al Gobierno a elaborar, en el plazo de dos años, unas condiciones básicas de accesibilidad y

[9] Arts. 4 y 7.
[11] Art. 10.

no discriminación en relación con:

- Las oficinas públicas, dispositivos y servicios de atención al ciudadano y aquéllos de participación en los asuntos públicos, incluidos los relativos a la Administración de Justicia y a la participación en la vida política y los procesos electorales.

- El acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad.

- El acceso y utilización de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y de cualquier medio de comunicación social.

- El acceso y utilización de los medios de transporte por personas con discapacidad.

- El acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y las edificaciones.

El cumplimiento de estas obligaciones se ha producido a través de la publicación de diversa normativa. Algunas de estas normas han sido incluso posteriores a la aprobación del 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* (en adelante, Real Decreto Legislativo 1/2013) que refunde la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, *por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*.

Entre las mismas se pueden citar:

- Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, *por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.*

- Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, *por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, que establece medidas relacionadas con la accesibilidad física de los espacios.*

- Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, *por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social*.

- Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, *por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad* (modificada a través del Real Decreto 537/2019, de 20 de septiembre).

- Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, *por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio* desarrollado por la Orden INT/3817/2007, de 21 de diciembre, *por la que se desarrolla el procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio de derecho de sufragio*.

- Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, *por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales*.

- Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, *sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público*.

- Orden TMA/851/2021, de 23 de julio, *por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y la utilización de los espacios públicos urbanizados*.

La regla general en todos estos desarrollos ha sido que estas normativas establecen con todo detalle medidas de accesibilidad referidas a la accesibilidad física y sensorial, limitándose en algunos supuestos a mencionar medidas que se pueden considerar referidas a la accesibilidad cognitiva pero que adolecen de concreción y se expresan a través de conceptos jurídicamente indeterminados que las propias normas no definen, ni tampoco remiten a otro tipo de fuentes, como en el caso de las medidas de accesibilidad física y sensorial que remiten a normas estandarizadas como las normas UNE.

Como ejemplos de esas medidas vagas e inconcretas referidas a la accesibilidad cognitiva podemos encontrar la obligación de que los documentos e impresos estén redactados con un lenguaje simple y directo, sin que se utilicen siglas o abreviaturas o que los documentos básicos de información de uso más habitual cuenten con versiones simplificadas para personas con discapacidades intelectuales o problemas de comprensión escrita. También que la señalización sea diseñada de modo que resulte inteligible y comprensible por parte de las personas con discapacidad intelectual.

Esta invisibilidad, indeterminación y vaguedad han tenido graves consecuencias para las personas con discapacidades cognitivas y ha generado una situación de discriminación estructural o sistémica ya que se las condena a vivir en entornos

incomprensibles para ellas, lo que tiene consecuencias a todos los niveles en el disfrute de sus derechos y en su día a día.

Se evidencia una ciudadanía de segunda categoría ya que estas situaciones de discriminación están absolutamente normalizadas, ni siquiera son percibidas como discriminatorias o vulneradoras de derechos, y al no existir previsiones normativas, no existe incumplimiento y, ni la posibilidad de reclamar su cumplimiento a través de la vía jurisdiccional lo que implica la mayor situación de indefensión que se puede producir.

3. La regulación de la accesibilidad cognitiva posterior a la modificación de la Ley general operada por la Ley 6/2022, de 31 de marzo

La regulación explícita de la accesibilidad cognitiva en España no se ha realizado hasta la publicación de la Ley 6/2022, de 31 de marzo, *de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, *para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación* (en adelante, Ley 6/2022, de 31 de marzo). Esta norma entró en vigor el 2 de abril de 2022.

Su preámbulo reconoce que *«España dispone de legislación relacionada con la accesibilidad universal desde el año 2003, en virtud de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU, en adelante), que posteriormente queda subsumida e integrada junto con otras ordenaciones legales (Ley 13/1982, de 7 de abril y Ley 49/2007, de 26 de diciembre) en 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.*

No obstante, a pesar del tiempo transcurrido desde la aprobación de la LIONDAU, las personas con dificultades de comprensión y comunicación, todavía se enfrentan a diario a entornos cognitivamente no accesibles caracterizados por la presencia de barreras técnicas y ambientales, barreras de un entorno que se encuentran bajo el pleno control de la sociedad.»

Las principales medidas que establece la Ley 6/2022, de 31 de marzo son las siguientes:

- Se modifica la definición de la accesibilidad universal establecida en la Ley, añadiendo explícitamente que incluye la accesibilidad cognitiva, no porque la

accesibilidad cognitiva no estuviera ya incluida, sino para evitar su invisibilidad. La redacción actual establece que la accesibilidad universal:

«[E]s la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. ***En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin****. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse».*

- *Se clarifica que «[t]oda referencia a accesibilidad y a accesibilidad universal en esta ley, se entiende que incluye la accesibilidad cognitiva, conforme a lo estipulado en la letra k) del artículo 2»*[12].

- Se establece que en las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación se deberán establecer en todo caso disposiciones sobre apoyos complementarios incluyendo la lectura fácil y los pictogramas[13].

- Se añade un nuevo artículo 29.*bis* en el que se definen las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva[14] y se establece la obligación de que se produzca un desarrollo normativo específico que se extienda a todos los ámbitos de aplicación de la Ley[15]. Posteriormente se establece la obligación del Gobierno de

[12] Artículo 23.1.

[13] Artículo 23.2.

[14] Las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva son el conjunto sistemático, integral y coherente de exigencias, requisitos, normas, parámetros y pautas que se consideran precisos para asegurar la comprensión, la comunicación y la interacción de todas las personas con todos los entornos, productos, bienes y servicios, así como de los procesos y procedimientos.

[15] a) Telecomunicaciones y sociedad de la información.
b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.
c) Transportes.
d) Bienes y servicios a disposición del público.
e) Relaciones con las administraciones públicas, incluido el acceso a las prestaciones públicas y a las resoluciones administrativas de aquellas.
f) Administración de justicia.
g) Participación en la vida pública y en los procesos electorales.
h) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico, siempre con el propósito de conciliar los valores de protección patrimonial y de acceso, goce y disfrute por parte de las personas con discapacidad.
i) Empleo.

aprobar un Real Decreto de condiciones básicas de accesibilidad cognitiva en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la norma[16].

- Se establece que el Gobierno deberá realizar los estudios específicos de diagnóstico de la situación de la accesibilidad cognitiva, en los aspectos que se consideren más relevantes de, al menos, cada uno de los ámbitos de aplicación de la Ley, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la norma[17].

- Se establece la obligación del Gobierno de aprobar, en el marco del Plan de recuperación, transformación y resiliencia España puede y de la Estrategia española de discapacidad, el II Plan nacional de accesibilidad, con el objetivo de que todas las administraciones públicas, y en el marco de sus competencias, acometan de forma ordenada la transformación de entornos, servicios y productos, para hacerlos plenamente accesibles a todas las personas.

  Como consecuencia de esta previsión el 18 de julio de 2023, se aprobó el II Plan nacional de accesibilidad universal 2023-2032, que reconoce que la accesibilidad universal es una condición que deben cumplir todos los entornos, productos, bienes y servicios para que puedan ser utilizados y disfrutados por todas las personas y que cuenta con un presupuesto de 93.467.014 euros.

- Se crea el Centro Español de Accesibilidad Cognitiva[18] (CEACOG, en adelante) en el seno del organismo autónomo Real Patronato sobre Discapacidad, como estructura de él dependiente, concebido como instrumento de la Administración General del Estado para el estudio, la investigación, la generación y transferencia de conocimiento, la formación y cualificación, el registro y la extensión de buenas prácticas, la promoción de normativa técnica, la observación de la realidad y las tendencias, las acciones de prospectiva, el seguimiento y la evaluación, y en general la promoción y fomento de todo lo relativo con la accesibilidad cognitiva en España.

Todavía es necesario que se establezca reglamentariamente su régimen de organización y funcionamiento. En todo caso, dicho régimen preverá la participación de la sociedad civil, a través de las organizaciones más representativas de personas con discapacidad y sus familias, con interés directo en la accesibilidad cognitiva. No obstante, el CEACOG se ha puesto en marcha en el año 2022 encomendando su gestión a la organización Plena inclusión España.

De forma posterior a la entrada en vigor de la Ley 6/2022, de 31 de marzo, ha sido publicado el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, *por el que se regulan*

[16] Disposición adicional segunda.
[17] Disposición adicional primera.
[18] https://www.ceacog.es/

las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.

Este Real Decreto establece que las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que tengan por objeto la provisión de bienes o el suministro o la prestación de servicios disponibles para el público, estarán obligadas a observar las exigencias de accesibilidad universal, a realizar los ajustes razonables y proporcionados y a adoptar y llevar a término las medidas de acción positiva en él establecidas, garantizando el acceso de las personas con discapacidad a sus dependencias e instalaciones de concurrencia pública, a sus procedimientos y servicios, y arbitrando los mecanismos necesarios para la adecuada atención de estas personas, en los plazos establecidos en la norma.

Se podría entender que, puesto que este Real Decreto está publicado de forma posterior a la publicación de la Ley 6/2022, de 31 de marzo, debería incluir medidas relacionadas con la accesibilidad cognitiva a bienes y servicios a disposición del público. No obstante, no lo hace y tampoco está aprobado el reglamento de condiciones básicas de accesibilidad cognitiva, cuyo plazo de aprobación expira el 1 de abril de 2025.

No obstante, sí es preciso resaltar la importancia de este Real Decreto en relación con la accesibilidad cognitiva en el marco del acceso a la justicia ya que consagra la definición de la persona facilitadora[19]:

> *«Persona facilitadora: Persona que trabaja, según sea necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar una comunicación eficaz durante todas las fases de los procedimientos judiciales. La persona facilitadora apoya a la persona con discapacidad para que comprenda y tome decisiones informadas, asegurándose de que todo el proceso se explique adecuadamente a través de un lenguaje comprensible y fácil, y de que se proporcionen los ajustes y el apoyo adecuados. La persona facilitadora es neutral y no habla en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirige o influye en las decisiones o resultados».*

Además, establece que en lo relativo a la Administración de Justicia se garantizará la accesibilidad universal y la prestación de apoyos que sean necesarios en las oficinas públicas, los dispositivos, los servicios de atención y participación del

[19] Art. 2.f). Esta definición es la misma que la del informe «Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad» de la Relatora Especial sobre Discapacidad (ONU, 2020) https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Disability/ SR_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf

ciudadano. Se promoverá la incorporación de la figura de la persona facilitadora para aquellas personas con discapacidad incursas en procedimientos judiciales[20].

4. Conclusiones

Resulta evidente que históricamente el derecho a la accesibilidad cognitiva, a pesar de existir, no ha sido desarrollado por la normativa española y que ello ha derivado en una discriminación estructural o sistémica de todas las personas que precisan de estas medidas de accesibilidad cognitiva para participar plenamente en la sociedad.

Esta falta de reconocimiento del derecho a la accesibilidad cognitiva justifica plenamente la aprobación de la Ley 6/2022, de 31 de marzo.

Su contenido es susceptible de lograr avances significativos hacia esa accesibilidad cognitiva y de la accesibilidad universal (incompleta de otra manera). No obstante, a día de hoy[21], esta Ley se encuentra en un estadio incipiente de desarrollo.

Aunque ya se están viendo los primeros frutos, como pueden ser el II Plan nacional de accesibilidad universal 2023-2032 o la creación del CEACOG, lo cierto es que todavía es pronto para realizar una valoración sobre el impacto del desarrollo de la Ley en el día a día de las personas que precisan medidas de accesibilidad cognitiva. Resulta crítica la investigación a través de la realización de los estudios específicos de diagnóstico de la situación de la accesibilidad cognitiva y, sobre todo, la aprobación del reglamento de condiciones básicas de accesibilidad cognitiva. Este reglamento no está previsto hasta 2025 y, como ya se ha visto en los antecedentes a la Ley 6/2022, es habitual que los desarrollos normativos en materia de accesibilidad se retrasen.

Además, este reglamento, además de esas condiciones básicas de accesibilidad, deberá establecer plazos de cumplimiento de las mismas, con lo que no parece aventurado decir, que todavía queda por recorrer un largo camino hasta que se pueda decir que España es un país en el que se implementa de manera efectiva el derecho a la accesibilidad cognitiva.

[20] Art. 27.1.
[21] 08/11/2023.

Bibliografía

Ley 13/1982, de 7 de abril (BOE de 30 de abril de 1982), *de integración social de las personas con discapacidad.*

Ley 3/1990, de 21 de junio (BOE de 22 de junio de 1990), por la que se modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio, *de Propiedad Horizontal*, para facilitar la adopción de acuerdos que tengan por finalidad la adecuada habitabilidad de minusválidos en el edificio de su vivienda.

Ley 29/1994, de 24 de noviembre (BOE de 25 de noviembre de 1994), *de Arrendamientos Urbanos.*

Ley 15/1995, de 30 de mayo (BOE de 31 de mayo de 1995), *sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad.*

Ley 51/2003, de 2 de diciembre (BOE de 3 de diciembre de 2003), *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.*

Ley 6/2022, de 31 de marzo (BOE de 1 de abril de 2022), *de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.*

Naciones Unidas, *Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad CRPD/C/ESP/CO/2-3 Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España* (2019).

Naciones Unidas, *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad* (2019), p.9.

Orden INT/3817/2007, de 21 de diciembre (BOE de 27 diciembre de 2007), *por la que se desarrolla el procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio de derecho de sufragio.*

Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo (BOE de 24 de marzo de 2007), *por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.*

Real Decreto 505/2007, de 20 de abril (BOE de 11 de mayo de 2007), *por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación*

de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.

Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre (BOE de 21 de noviembre de 2007), *por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.*

Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre (BOE de 4 de diciembre de 2007), *por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad.*

Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre (BOE de 8 de diciembre de 2007), *por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio.*

Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo (BOE de 30 de marzo de 2011), *por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales.*

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE de 3 diciembre de 2013), *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 1112/2018, de 7 de septiembre (BOE de 19 de septiembre de 2018), *sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.*

Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo (BOE de 22 de marzo de 2023), *por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.*

Ministerio Fiscal

Lourdes Márquez de la Calleja
Directora de alianzas y relaciones internacionales
Fundación ONCE
Beatriz Rabadán López
Técnico de la Dirección de alianzas
y relaciones internacionales
Fundación ONCE

Garantía y efectividad de los derechos de las personas con discapacidad: la accesibilidad universal. Políticas públicas en la UE

Resumen

En el contexto de la Unión Europea existen más de ochenta millones de personas con discapacidad. En el año 2011 la UE ratificó la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, convirtiéndose en la primera organización internacional que ha llegado a ser parte oficial en la Convención. Desde entonces, los avances normativos para garantizar los derechos de las personas con discapacidad a nivel europeo han sido numerosos. La actual Estrategia europea sobre discapacidad, vigente hasta el año 2030, tiene como objetivo garantizar la protección a las personas con discapacidad contra cualquier forma de discriminación y violencia, así como la igualdad de oportunidades tanto para el acceso a la justicia, la educación, la cultura, el deporte y el turismo como a todos los servicios sanitarios y al empleo. Con esta Estrategia, la Comisión Europea proporciona el marco de apoyo a las acciones de la UE y de los Estados miembros para implementar la Convención, siendo uno de sus ejes prioritarios de acción la accesibilidad universal, entendida como premisa básica para garantizar la plena participación de las personas con discapacidad en los distintos aspectos de la vida en condiciones de igualdad con las demás.

Palabras clave

Discapacidad, accesibilidad, Unión Europea, no discriminación, igualdad de oportunidades.

[1] Consejo de la Unión Europea (2022). Infografía - La discapacidad en la UE: datos y cifras. Disponible en https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/disability-eu-facts-figures/#:~:text=Ochenta%20y%20siete%20millones%20de,de%20cada%20cuatro%20europeos%20adultos

1. Introducción

Uno de cada cuatro europeos adultos tiene algún tipo de discapacidad. Esto significa que, hoy en día, hay alrededor de 87 millones de personas con discapacidad en la UE[1], cuya demografía incluye alrededor de 448,4 millones de ciudadanos[2]. Es decir, casi el 20% de los habitantes de la Unión son personas con discapacidad. Aun siendo así, y sin desmeritar los avances regulatorios y sociales que a continuación se mencionarán, las personas con discapacidad siguen enfrentándose a condiciones de vida mucho más difíciles que las demás; solo por nombrar algunas: su riesgo de pobreza o exclusión social es un 50% más elevado, las mujeres con discapacidad tienen una probabilidad de 2-5 veces mayor de sufrir violencia en comparación con otras mujeres, y sus necesidades sanitarias son cuatro veces más insatisfechas que las de otras personas[3].

Por otro lado, no podemos pasar por alto un elemento crucial: el número de personas con discapacidad en la Unión Europea está destinado a aumentar. La demografía de la Unión está cambiando hacia una población más envejecida, lo cual conlleva un mayor riesgo de desarrollar todo tipo de enfermedades y condiciones[4]. En este contexto, se hace más apremiante que nunca garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en todo el territorio de la Unión, más pronto que tarde. Este esfuerzo no sólo se traduce en una mejora inmediata en la calidad de vida para estos individuos, sino que también sienta las bases para abordar los desafíos demográficos que nos esperan en las próximas décadas.

Hoy día no se puede hablar de la discapacidad fuera de la óptica de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España y de obligado cumplimiento en nuestro país desde 2008.

El artículo 9 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad establece que *«a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, incluidos*

---

[2] Unión Europea. Datos y cifras sobre la vida en la Unión Europea. Disponible en https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/key-facts-and-figures/life-eu_es

[3] Consejo de la Unión Europea (2022). Infografía - La discapacidad en la UE: datos y cifras. Disponible en https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/disability-eu-facts-figures/#:~:text=Ochenta%20y%20siete%20millones%20de,de%20cada%20cuatro%20europeos%20adultos

[4] Eurostat (2023). *Population structure and Ageing*. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing#:~:text=The%20median%20age%20of%20the,was%20older%20than%2044.4%20years.

los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales».

El enfoque de derechos humanos que constituye la esencia de este texto nos destaca que la discapacidad es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los obstáculos, tales como barreras físicas y actitudinales. Barreras ambas que impiden la participación de las personas con discapacidad en el día a día en igualdad de condiciones que las demás. Así pues, el modelo de derechos humanos traslada la responsabilidad de la persona a la sociedad que construimos entre todos. Puede ser un escalón, o una web no accesible o un cartel demasiado pequeño, una señal indescifrable o un mostrador gigante que no permite ver a una persona de baja estatura o muy especialmente la actitud que cada uno de nosotros adoptamos en nuestra toma de decisiones diarias al no tener presente la igualdad de oportunidades como un derecho fundamental para todos. Las barreras a la accesibilidad son muchas y en ocasiones no se ven, pero están ahí.

Vivimos en una sociedad compleja, muy dinámica, cada vez más tecnificada, y en la que las oportunidades de desarrollo personal, de bienestar social y calidad de vida son cada vez mayores. Conseguir, en este contexto, que cualquier persona pueda usar y disfrutar los entornos, de los bienes y servicios, de los productos, con seguridad, comodidad y autonomía supone todo un reto. La accesibilidad deviene así en un factor clave para la inclusión social, a la vez que un indicador del desarrollo y de la evolución de nuestra sociedad.

En este contexto, la Unión Europea se enfrenta a un complejo entramado de desafíos y oportunidades cuando se trata de asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos plenamente. Al ser un objetivo de la Unión en su conjunto, este involucra múltiples áreas políticas y sociales, y requiere una acción coordinada entre las diversas instituciones de la UE y de sus Estados miembros.

2. Breve recorrido de la evolución jurídica del concepto de discapacidad en la Unión Europea

Desde el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) hasta el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Lisboa y otros instrumentos como el Pilar Social y las Estrategias para los derechos de las personas con discapacidad, la legislación europea —aunque reciente— ha ido evolucionando para ofrecer un marco más inclusivo y justo.

La historia moderna sobre la inclusión de personas con discapacidad en la UE comenzó, de manera significativa, con el Tratado de Ámsterdam de 1997[5]. El artículo 13[6] de este tratado marcó un hito al incorporar el principio de no discriminación, permitiendo que los entonces 15 Estados miembros pudieran adoptar legislaciones específicas para combatir la discriminación en distintas esferas, incluida la discapacidad.

En virtud de ese fundamento jurídico, en el año 2000 se adoptó un paquete integrado de medidas de lucha contra la discriminación, como la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico[7], que cubría tanto el ámbito del empleo y la ocupación, como la protección social, los beneficios sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda; y la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación[8], que prohíbe la discriminación por cualquiera de los motivos que figuran en el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam.

Posteriormente, el Tratado de Niza[9], enmendando el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam del año 2000, facilitó la adopción de medidas de incentivos mediante una mayoría cualificada en el Consejo. A pesar de ello, la ratificación de cualquier iniciativa legislativa aún exigía el consenso unánime en el Consejo, lo cual supuso un gran obstáculo, muy a pesar de las propuestas de la Comisión de transitar hacia un sistema de mayoría cualificada y las intensas campañas de *lobby* provenientes de sectores sociales para ello. No obstante, hay maneras ingeniosas de eludir esta barrera. Un caso ilustrativo es la Ley Europea de Accesibilidad, una Directiva que se fundamenta en las competencias relativas al mercado único, en lugar de en las de política social.

---

[5] Tratado de Ámsterdam, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf

[6] *«El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.*

[7] Parlamento Europeo. Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32000L0043.

[8] Parlamento Europeo. 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. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32000L0078.

[9] Tratado de Niza, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Diario Oficial nº C 080 de 10/03/2001 p. 0001 - 0087. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12001C/TXT.

Luego, con el Tratado de Lisboa en 2009[10] se hizo vinculante la Carta de Derechos Fundamentales[11], que aboga por la transversalidad en la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, lo que ayudó a impulsar la agenda a nivel europeo. Unido a lo anterior, la inclusión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD)[12] en la legislación de la UE ha tenido un impacto significativo en las políticas y legislaciones, tanto a nivel de la UE como de los Estados miembros.

A nivel mundial, la CDPD es el hito legal reciente más significativo para los derechos de las personas con discapacidad, ya que confirmó un cambio de paradigma en su percepción y abordaje. La Convención articula tanto los derechos de las personas con discapacidad como las responsabilidades de los Estados para fomentar, salvaguardar y concretizar estos derechos. Entre los principios clave que subraya, se encuentran el respeto por la dignidad humana, la autonomía personal, la libertad para tomar decisiones, la igualdad de oportunidades y la completa inclusión social.

Desde su entrada en vigor para la UE el 22 de enero de 2011, tanto los Estados miembros como la UE han empezado a alinear sus marcos legales con esta nueva realidad. La UE, por ejemplo, adoptó un Código de Conducta para establecer cómo trabajaría en coordinación con los Estados miembros en la implementación de la CDPD, y desde entonces ha habido muchos más desarrollos.

3. Hitos recientes de la Unión Europea en la búsqueda de la garantía de los derechos de las personas con discapacidad

Con ello, pasamos a la historia más reciente. Un año antes de la integración de la CDPD a la Unión Europea, se puso en marcha la Estrategia europea sobre discapacidad para el 2010-2020, poniendo de manifiesto la voluntad de los Estados miembros de avanzar en el camino hacia la concretización de la igualdad de oportunidades. En ese entones, una de cada seis personas de la Unión tenía algún tipo de discapacidad, con un total de 80 millones de personas. También se registraba un índice de pobreza de un 70% mayor a la media, en parte por tener menor acceso a oportunidades laborales.

---

[10] Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, n.º C 306, de 17 de diciembre de 2007. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2007:306:TOC.

[11] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, n.º C 202, de 7 de junio de 2016. Disponible: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC.

[12] Naciones Unidas. Asamblea General (4 de marzo de 1994). A/RES/48/96. Normas Uniformes sobre la Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Disponible en: http://www.un.org/spanish/disabilities/standardrules.pdf.

Esta primera estrategia allanó el camino para los avances que tiene la Unión hoy en día. Su finalidad era asegurar que estas personas pudieran disfrutar plenamente de sus derechos y participar en la sociedad en igualdad de condiciones, alineándose con la CDPD, y abarcó ocho áreas clave: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, salud y acción exterior.

Desde el punto de vista de la efectividad, la evaluación de la estrategia mostró resultados mixtos[13]. Por un lado, se destacó que la estrategia contribuyó significativamente a la implementación de la CDPD en la UE, especialmente en áreas como la accesibilidad y la participación social. Sin embargo, también se señaló que la estrategia solo había sido parcialmente efectiva en alcanzar sus objetivos generales. En particular, las áreas de igualdad y salud quedaron algo rezagadas. En cuanto a la eficiencia en la implementación, el informe subraya que se hizo un buen uso de los fondos de la UE, aunque sugiere que aún hay margen para mejorar en la eficiencia del gasto. Varios grupos de interés sugirieron, además, que sería beneficioso utilizar los fondos de la UE de manera más eficiente.

La relevancia de la Estrategia fue otro punto fuerte según el informe. La ratificación de la CDPD por parte de la UE hizo que la Convención se convirtiera en parte del ordenamiento jurídico de la Unión y, por tanto, esto aseguró que todas las políticas y legislaciones relevantes para las personas con discapacidad se diseñaran e implementaran en consonancia con las disposiciones de la CDPD, siendo esta Estrategia una pieza de política pública producto de este cambio de paradigma.

Sobre la coherencia de la Estrategia, se observó que, aunque las ocho áreas temáticas estaban alineadas entre sí, algunas acciones específicas no eran completamente coherentes con los objetivos generales. Este desajuste se debía principalmente a que la estrategia necesitaba un alcance y financiación más amplios para cumplir plenamente sus objetivos.

En suma, el valor añadido más importante de la Estrategia europea sobre discapacidad para el 2010-2020 fue ofrecer un marco político y jurídico coherente para implementar la CDPD a nivel de la UE. Además, ayudó en la implementación de políticas relacionadas con la discapacidad a nivel de los Estados miembros, particularmente a través de legislaciones sobre accesibilidad y fondos de la UE destinados al empleo de personas con discapacidad.

[13] Comisión Europea (2020). Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: evaluación. Disponible en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1929-Estrategia-Europea-sobre-Discapacidad-2010-2020-evaluacion_es

Paralelamente, en 2017, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron el Pilar europeo de derechos sociales[14] en la Cumbre Social de Gotemburgo de 2017, lo cual marcó una revolución frente a las prioridades políticas de la Comisión después de la pandemia. En palabras de la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula Von der Leyen, *«[a] medida que nos esforzamos por superar la pandemia, preparamos las reformas necesarias y aceleramos la doble transición ecológica y digital, creo que es hora de adaptar también el código normativo social. Un código normativo que garantice la solidaridad entre generaciones. Que premie a los empresarios que cuidan de sus empleados. Que se centre en el empleo y abra oportunidades. Que sitúe en igualdad de condiciones las capacidades, la innovación y la protección social»*[15].

En efecto, la meta del Pilar europeo de derechos sociales consiste en actuar como un marco de referencia que permita lograr avances significativos en las áreas de empleo y bienestar social. Este marco está diseñado para abordar tanto los retos contemporáneos como aquellos a futuro, con el propósito de cubrir las necesidades fundamentales de la población. Además, busca asegurar una regulación y ejecución más efectivas de los derechos sociales. El Pilar europeo, en su artículo 3 señala también que, con independencia de su género, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, toda persona tiene derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en relación con el acceso a bienes y servicios a disposición del público.

Otro avance se dio en el año 2019, con la adopción de la Ley Europea de Accesibilidad[16], que pretende reforzar el derecho de las personas con discapacidad, en tanto clientes, consumidoras y usuarias, a acceder a una serie de bienes y servicios disponibles en el mercado interior de la UE mediante el establecimiento de unos requisitos mínimos de accesibilidad en toda la Unión Europea[17].

Dos años más tarde, la Comisión presentó el Plan de Acción del Pilar europeo de derechos sociales. El Principio 17 de este Plan de Acción aborda específicamente la inclusión de personas con discapacidad y subraya que toda persona con una discapacidad tiene derecho a recibir una ayuda a la renta que asegure un nivel de vida digno. Además, recalca la importancia de brindar servicios que

---

[14] Comisión Europea. *European Pillar of Social Rights - Building a fairer and more inclusive European Union.* Disponible en https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1226&langId=en

[15] Comisión Europea. Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Disponible en https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/es/

[16] Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-80999

[17] En España se ha aprobado la trasposición de esta Directiva y el pasado mes de mayo se publicó en el BOE la Ley 11/2023 de transposición de la Directiva europea 2019/882 sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, que pasa a formar parte del cuerpo legislativo estatal.

faciliten su participación en el mercado laboral y en la sociedad en general, así como la adaptación del entorno laboral a sus necesidades específicas.

Como se ha podido ver, la Unión Europea lleva años construyendo una estrategia de apoyo a los derechos de los ciudadanos europeos con discapacidad. Sin embargo, a pesar de los avances realizados, las personas con discapacidad en el contexto de la UE aún se encuentran con obstáculos considerables y corren mayor riesgo de pobreza y exclusión social.

En este contexto, se introdujo la nueva Estrategia para las personas con discapacidad para el período 2021-2030[18], la cual fue oficialmente adoptada en marzo de 2021. Esta estrategia tiene como objetivo abordar una serie de desafíos significativos, ya conocidos y persistentes, que enfrentan las personas con discapacidad, como las barreras sustanciales en el acceso a la atención médica, la educación, el empleo y actividades recreativas, y el riesgo notablemente más alto de caer en la pobreza o en situaciones de exclusión social, con un porcentaje del 28,4%, en comparación con el 18,4% en el caso de personas sin discapacidad.

4. «Unión de la igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030»

La Estrategia de la Unión Europea para las personas con discapacidad 2021-2030 abarca una amplia gama de temas, consolidando esfuerzos y compromisos para hacer frente a las necesidades de este grupo de ciudadanos, cuya situación se agravó de cara a la pandemia de COVID-19 que, como bien se sabe, puso en evidencia y empeoró las distintas situaciones de desigualdad de grupos vulnerables. Por ejemplo, las personas con discapacidad que habitaban en centros residenciales enfrentaron tasas de infección más altas y un mayor aislamiento debido a las medidas de distanciamiento social. Aquellos que vivían en comunidades también fueron afectados por restricciones en la prestación de servicios, lo que puso en riesgo su capacidad para vivir de manera independiente. Además, las barreras tecnológicas para el acceso a la información y las herramientas necesarias para el teletrabajo, la educación a distancia y otros servicios básicos se convirtieron en desafíos adicionales[19].

Con este telón de fondo, la Estrategia adopta un enfoque intersectorial e inclusivo para abordar los diversos tipos de discapacidad y considera múltiples fac-

[18] Comisión Europea. Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030. Disponible en https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1484&langId=es

[19] *La Vanguardia* (2020). Los retos y cifras de la discapacidad, castigada con dureza por la pandemia. Disponible en https://www.lavanguardia.com/vida/20201203/49857428342/los-retos-y-cifras-de-la-discapacidad-castigada-con-dureza-por-la-pandemia.html

tores de identidad, como género, raza, religión, y situación socioeconómica, para atender las necesidades específicas de aquellos en situaciones vulnerables. En particular, reconoce grupos dentro de la comunidad de personas con discapacidad, como mujeres, niños, personas mayores, personas sin hogar, refugiados y minorías étnicas, requieren atención especializada.

Además, la Estrategia enfatiza la necesidad de una acción coordinada entre la Unión Europea y los Estados miembros y reconoce que, en ciertos sectores como el transporte y el mercado interno, la competencia sobre este tema es compartida entre la Unión y los Estados miembros. Sin embargo, en otros sectores como la salud, la educación y la cultura, la responsabilidad principal sigue siendo de los Estados miembros. Esto implica que los Estados miembros deberán armonizar sus políticas nacionales con las directrices de la Unión para implementar de manera efectiva las medidas en favor de las personas con discapacidad.

Por lo que respecta a la accesibilidad, la Estrategia considera la accesibilidad como «herramienta para ejercer los derechos, la autonomía y la igualdad». En este sentido, subraya que la accesibilidad a los entornos construidos y virtuales, las tecnologías de la información y de las comunicaciones, los bienes y servicios, que abarcan el transporte y las infraestructuras, es una herramienta para ejercer los derechos y un requisito previo para la plena participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás. La Comisión también recomienda que, en el contexto de la renovación de edificios para mejorar la eficiencia energética, debe garantizarse la eliminación de las barreras a la accesibilidad.

Asimismo, la Estrategia destaca avances significativos en la legislación de la Unión Europea en esta materia, como la Ley Europea de Accesibilidad, ya mencionada, o la Directiva sobre la accesibilidad de los sitios web. Sin embargo, señala que aún existen obstáculos que limitan la movilidad y el acceso a servicios esenciales. A nivel de la Unión, dicta que se prestará especial atención a la implementación y revisión de las normas actuales, identificando lagunas que puedan requerir legislación adicional.

La Estrategia también se alinea con otras iniciativas más amplias de la Unión Europea, como el Pacto verde, social, la transición digital, y aspira a contribuir a los Objetivos de sesarrollo sostenible de las Naciones Unidas. En este sentido, se convierte en parte integral de un compromiso más amplio y a largo plazo para construir una Europa más sostenible, resiliente e inclusiva.

Se espera que durante 2024 la Comisión publique un informe resumiendo los avances hasta el momento de la Estrategia. Por el momento, existen avances positivos como el lanzamiento del Centro de Accesibilidad en julio de 2023, que se

comentará más adelante, o la adopción por parte de la Comisión Europea de la propuesta de la Tarjeta europea de discapacidad el pasado mes de septiembre[20].

5. Justicia para todos: «JUST4ALL», un proyecto europeo para mejorar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad

Entre 2018 y 2021, Fundación ONCE puso en marcha el proyecto europeo JUST4ALL, cofinanciado por el Programa de Justicia de la Unión Europea (2014-2020), que tenía como objetivo general mejorar el acceso real a la justicia para las personas con discapacidad y contribuir a la implementación en este campo de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y de la Convención.

Para ello, se fijaron dos objetivos más concretos: por un lado, crear conciencia entre los profesionales europeos del Derecho sobre las necesidades de las personas con discapacidad cuando acceden al sistema de justicia y, por otro, formar a un grupo de profesionales del Derecho en la UE en el conocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en virtud de la citada Carta y la Convención, a fin de lograr el reconocimiento y la aplicación efectiva en sus respectivas áreas de actividad.

Para el desarrollo de este proyecto, Fundación ONCE contó como socios con relevantes instituciones, con sede en España y Bélgica, como fueron el Instituto de Derechos Humanos «Gregorio Peces Barba» de la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M), el Foro Europeo de la Discapacidad (EDF), la Asociación Europea de Proveedores de Servicios para Personas con Discapacidades (EASPD) y la editorial Thomson Reuters Aranzadi. Al tratarse de un proyecto europeo enfocado a operadores jurídicos (y específicamente a abogados, notarios y jueces) el proyecto logró involucrar a un gran número de actores clave con el potencial de mejorar el acceso a la justicia para las personas con discapacidad; fue así que se contó con la colaboración de organizaciones como el Consejo de Colegios de Abogados y Sociedades de Abogados de Europa (CCBE); el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE); el Consejo General del Notariado (CGN); el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ); el Consejo de Notariados de la Unión Europea (CNUE); la Red Europea de Consejos del Poder Judicial (REPJ); la Unión Internacional del Notariado (UINL) y la Fundación Aequitas, por citar algunos.

En una primera fase del proyecto, se llevó a cabo un análisis del estado del arte en el acceso a la justicia por parte de las personas con discapacidad, me-

[20] Comisión Europea. *European Disability Card*. Disponible en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13517-European-disability-card_en

diante la organización de seminarios, recopilación de buenas prácticas y preparación de una base de datos sobre legislación y jurisprudencia y un glosario de términos relacionados con el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. En una segunda etapa, se desarrolló un curso MOOC accesible, disponible en inglés, español y francés, en el que, a partir de la información que había sido recogida en los seminarios previos, se incluyeron los contenidos más relevantes para mejorar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

La parte de formación de los operadores jurídicos se llevó a cabo en un momento posterior y se realizó a través de talleres enfocados a notarios, abogados y jueces, específicamente, con el objetivo de mejorar los conocimientos y sensibilizar a estos operadores jurídicos europeos para mejorar su competencia en su papel en la aplicación del marco legislativo europeo.

Entre los resultados que se alcanzaron en el desarrollo del JUST4ALL se concluyó, entre otros aspectos, que un acceso real y efectivo a la justicia de las personas con discapacidad implica:

- Reconocer que todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica, por lo que no se les puede negar el acceso a la justicia debido a su discapacidad.
- El derecho de las personas con discapacidad a comprender y ser comprendidas. Por tanto, tienen derecho a ser abordados en un lenguaje claro y sencillo, no excesivamente técnico, donde la forma de comunicación se adapte a las necesidades específicas de la persona (por ejemplo, a través de un intérprete).
- Que tienen derecho a poder esperar que se realicen los ajustes procesales necesarios y oportunos que tendrán en cuenta, además, la perspectiva de edad y género (personas mayores, niños, mujeres con discapacidad…).
- Que tienen derecho a tomar parte en la Administración de Justicia en igualdad de condiciones con los demás, y a desempeñar funciones esenciales como ser abogados, jueces, testigos, miembros del jurado, etc.
- Asegurar que tanto las instalaciones como los servicios relacionados con la Administración de Justicia sean universalmente accesibles.
- Garantizar que las personas con discapacidad tengan derecho a recibir información sobre los procesos judiciales, los servicios y las asistencias que se encuentran a su disposición, así como las decisiones judiciales, de forma clara y accesible y, en definitiva, que la justicia debe estar diseñada para todas y para todos.

6. Centro europeo de recursos de accesibilidad, AccessibleEU

La accesibilidad es uno de los principios en los que se basa la Convención, pues es la clave, un requisito previo ineludible, para conseguir que las personas con discapacidad participen en la sociedad en condiciones de igualdad, de modo que las oportunidades sean las mismas para todos. Los conocimientos, la ciencia y la tecnología actuales aportan soluciones para la mayoría de las situaciones del día a día. Cuando se aplican esos conocimientos para resolver las necesidades de todas las personas, incluidas aquellas con discapacidad, se consigue que la realización de cualquier actividad sea más sencilla, fácil, segura y autónoma para cualquiera.

Es importante que la accesibilidad se aborde en toda su complejidad y el ámbito relacionado con el acceso a la justicia por parte de las personas con discapacidad (artículo 13 de la Convención) no es una excepción. Como bien ha señalado el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en su Observación general n.º 2 (2014) *«no puede haber un acceso efectivo a la justicia si los edificios en que están ubicados los organismos encargados de hacer cumplir la ley y de administrar la justicia no son físicamente accesibles para las personas con discapacidad, o si no son accesibles los servicios, la información y la comunicación que proporcionan».*

Dentro del marco de la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030, desde principios de 2023 la Comisión Europea ha puesto en marcha el Centro Europeo de Recursos de Accesibilidad, AccessibleEU. Se trata de una de las iniciativas más relevantes, que pretende impulsar la aplicación de características de accesibilidad en entornos, productos y servicios en Europa, implicando para ello a todos los agentes que se deben involucrar: administraciones públicas, empresas, organizaciones de discapacidad, instituciones educativas, etc.

El principal objetivo del Centro es conseguir una implantación real de la accesibilidad en los 27 Estados miembros de la Unión Europea. Existen diferentes herramientas que AccessibleEU ya está desarrollando, como la generación de conocimiento compartido entre profesionales, empresas y administraciones públicas para que este conocimiento se extienda al máximo dentro de la actividad de todos los actores clave de la sociedad.

Desarrollar una red de profesionales que compartan sus conocimientos e inquietudes respecto a la implementación de la accesibilidad es un ejemplo de cómo actuar dentro de la Unión Europea. Esta comunidad de prácticas es uno de los espacios de trabajo conjunto en que cualquier profesional, entidad, admi-

nistración pública, empresa privada, universidad, etc., puede participar para compartir, aportar y generar conocimiento global entre la sociedad.

Otra actividad fundamental es la de detectar y contactar con los órganos estatales encargados de implementar la Ley Europea de Accesibilidad (entre otra legislación y Directivas europeas) en cada uno de los Estados miembros, ofreciendo apoyo en ese sentido desde AccessibleEU. Es esencial la adopción de legislación promovida a nivel europeo en casa uno de los países miembros de la Unión de cara a homogeneizar criterios y establecer un marco legislativo único en materia de accesibilidad, favoreciendo los objetivos de la Estrategia europea.

El Centro también organiza eventos de sensibilización, talleres técnicos y eventos de *networking* en todo el territorio europeo promocionando el trabajo en red y el compartir conocimiento entre los diferentes estados miembro de la UE.

De manera análoga se plantea la generación continuada de conocimiento en materia de accesibilidad, tanto mediante la formación específica de profesionales como en la generación de documentación temática de referencia. También se pretende la generación de una biblioteca *online* que recopile toda la información de referencia en materia de accesibilidad de cada uno de los países miembros de la UE, así como una serie de buenas prácticas sobre accesibilidad en el entorno construido, en las TIC, el transporte o las políticas públicas en toda la UE.

También se pretende llevar a cabo la monitorización del estado de desarrollo de la accesibilidad en cada uno de los países miembros mediante la recopilación de información referente a los ámbitos de acción de AccessibleEU para poder conocer y asesorar a los propios Gobiernos hacia donde acometer las acciones de mejora en materia de accesibilidad.

Este proyecto se enmarca en la convocatoria de licitación lanzada por la Comisión Europea, a través de la Dirección general de empleo, asuntos sociales e inclusión, en 2022, para la creación de un centro de recursos que permitiera la implementación práctica de la legislación de la UE en materia de accesibilidad facilitando la disponibilidad de productos, servicios e infraestructuras más accesibles en la UE.

Está gestionado por el consorcio adjudicatario y liderado por la Fundación ONCE y del que forman parte EASPD (Asociación Europea de proveedoras de servicios para personas con discapacidades); ENAT (Red Europea para el Turismo Accesible; JKU (Johannes Kepler University Linz) y UNE (Asociación Española para la Normalización). Además, cuenta con la colaboración de tres entidades europeas referentes en el ámbito de la discapacidad, la accesibilidad digital y las personas mayores, como son el EDF (European Disability Forum), Digital Europe y AGE Platform Europe.

Existe una red de 34 expertos nacionales en los 27 Estados miembros de la UE como representantes de AccessibleEU en cada país. Estos expertos son los encargados de llevar a cabo las diferentes actividades del centro a nivel nacional y sirven como punto de contacto con los *key stakeholders* y de conocimiento de las realidades en materia de accesibilidad en cada estado miembro.

Por otra parte, existe un Consejo Asesor del que forman parte entidades de diferentes ámbitos que tienen que ver con las materias del Centro y que han sido seleccionados, bien por su conocimiento y experiencia en materia de accesibilidad, bien por representar un sector de actividad clave en el que existe la necesidad clara de transferir el conocimiento en materia de accesibilidad. Ejemplos de estas entidades son la Unión Internacional del Transporte Público (UITP[21]) o el Instituto Fraunhofer[22].

Las personas con discapacidad, las organizaciones de personas con discapacidad y las entidades que llevan años trabajando por la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad están ya convencidas de esta necesidad. AccessibleEU será un argumento más allá de la necesidad del cumplimiento legislativo a partir de premisas basadas en el diseño para todas las personas, en temas de derechos humanos e inclusión, y en aspectos que relacionen la accesibilidad con la sostenibilidad social. Se pretende mostrar que la accesibilidad debe estar presente en las políticas públicas, en los nuevos desarrollos tecnológicos, los nuevos modelos de movilidad, los nuevos desarrollos urbanísticos, en definitiva, en todas las cuestiones que afectan a la vida cotidiana de las personas. Solo así la accesibilidad será tenida en cuenta como una cuestión de «primer nivel».

AccessibleEU debe ser un punto de apoyo, un acompañamiento para que los Estados miembros implementen políticas y acciones para mejorar la accesibilidad en el entorno construido, el transporte, las tecnologías de la información y la comunicación y las políticas públicas, entre otros temas. El objetivo es identificar las carencias actuales en los países miembros en materia de accesibilidad para que las entidades públicas y privadas trabajen en minimizar estas carencias desarrollando entornos, productos y servicios accesibles a toda la ciudadanía.

Desde AccessibleEU se quiere llegar, pues, a todos aquellos que tienen como objetivo (y obligación) el conseguir una sociedad más justa, más inclusiva y accesible.

---

[21] Union Internationale des Transports Publics.

[22] Fraunhofer Institute for Applied Information Technology – FIT.

7. Conclusión

El acceso a la justicia, además de ser un principio general básico del Estado de Derecho, es un derecho instrumental esencial para ejercer los derechos reconocidos, y se erige como la inmediata concreción del derecho a la tutela judicial efectiva que proclaman y garantizan la Constitución Española y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Para las personas con discapacidad ello supone acceder a los tribunales en igualdad de condiciones para proteger y ejercer sus derechos. Por todo ello, se deben llevar a cabo acciones que garanticen el respeto a dicho derecho de pleno acceso al sistema de justicia por parte de las personas con discapacidad.

Este año, 2023, es un año de cambios políticos, marcados por las elecciones regionales, municipales y nacionales, que podría dar paso a una nueva estructura de los objetivos y prioridades en torno a los proyectos en materia de accesibilidad y su efectiva puesta en marcha en nuestro país.

Es también un año de oportunidades, ya que desde el 1 de julio de 2023 España ha asumido la Presidencia rotatoria del Consejo de la Unión Europea. En el programa del trío de las presidencias[23], compartido con Suecia y Bélgica, ya se señala que los tres países prestarán especial atención a las personas con discapacidad.

El pasado 21 de julio de 2023, en el marco de la Presidencia española del Consejo de la UE, los ministros de justicia de los Estados miembros se reunieron para abordar cuestiones de común interés. En este sentido, uno de los aspectos que se pusieron de manifiesto es la necesidad de abordar la accesibilidad a la justicia, en particular también para las personas con discapacidad, y posibilitar en este sentido la eliminación de aquellas barreras que les impiden participar en el sistema de justicia en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos, aprovechando las nuevas tecnologías como elemento integrador y no de exclusión.

Proteger los derechos de las personas con discapacidad es, sin duda, una de las prioridades en la Unión Europea. Son numerosos los esfuerzos que, desde el punto de vista normativo, tanto a nivel europeo como también nacional, se vienen llevando a cabo desde hace tiempo para fomentar la accesibilidad como condición básica e indispensable para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

---

[23] El enlace al programa del trío de presidencias del Consejo de la UE de Suecia, España y Bélgica está disponible aquí: https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/es/programa/programa-del-trio/

Desde Fundación ONCE trabajamos para contribuir a la plena inclusión social de las personas con discapacidad, y a hacer efectivo el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación. No podemos cejar en el empeño de lograr cuantas mejoras sean necesarias para lograr una mejor calidad de vida para las personas con discapacidad y sus familias. Para ello, la búsqueda de la cooperación, la colaboración y el compromiso de todas las administraciones, instituciones, agentes y entidades, públicas o privadas, implicados en el desarrollo económico y social, es clave, porque sabemos que juntos llegamos donde solos no podemos.

Isidoro Cubero Linares
Presidente del Foro Andaluz de Bienestar Mental
Ldo. Derecho.

La salud mental. Aspectos jurídicos y sociales

Resumen

En el presente trabajo, pretendemos poner en evidencia la actual situación de discriminación en que se encuentra la discapacidad derivada de una enfermedad mental con respecto a las demás discapacidades.

Tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre del 2006, y ratificada por España, cambia radicalmente el concepto y filosofía del abordaje jurídico de la discapacidad en general y en particular de la psíquica. Principios que son asumidos por la reforma legislativa en materia civil y procesal operada por la Ley 8/2021.

Esta reforma invierte el sistema tradicional de protección de las personas con enfermedad mental, situando a estas personas en el vértice del sistema, de tal manera que obliga a considerarlos primero como personas y, posteriormente, como circunstancia accesoria, como una persona que tiene una enfermedad mental, a la que hay que prestarles los apoyos necesarios para que pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás. Pero con la obligación de que estos apoyos siempre respeten sus preferencias y deseos, aún a pesar de que la persona tenga una enfermedad mental.

En el desarrollo del artículo expondremos, no sin denunciar la falta de reformas que quedan pendientes, cómo se encuadra la persona con enfermedad mental en el nuevo marco legislativo sin olvidar la necesidad de cambio de mentalidad por parte de la sociedad.

Palabras clave

Discapacidad, salud mental, discriminación, derechos fundamentales, dignidad, igualdad, libertad, prejuicios, cambio de mentalidad.

Summary

In this work, we intend to highlight the current situation of discrimination in which the disability derived from a mental illness is found with respect to other disabilities.

Following the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, made in New York on December 13, 2006, and ratified by Spain, the concept and philosophy of the legal ap-

proach to disability in general and mental disability in particular changed radically. Principles that are assumed by the legislative reform in civil and procedural matters operated by Law 8/2021.

This reform reverses the traditional system of protection for people with mental illness, placing these people at the apex of the system, in such a way that it forces them to be considered first as people, and subsequently, as an accessory circumstance, as a person who has to a mental illness, for which the necessary support must be provided so that they can exercise their legal capacity on equal terms to others. But with the obligation that these supports always respect their preferences and desires, even though the person has a mental illness.

In the development of the article we will explain, not without denouncing the lack of reforms that are pending, how the person with mental illness is framed in the new legislative framework without forgetting the need for a change of mentality on the part of society.

Keywords

Disability, Mental Health, Discrimination, Fundamental Rights, Dignity, Equality, Freedom, Prejudices, Change of mentality.

1. Introducción

Estamos asistiendo a un cambio radical en la concepción de la salud mental. Hemos dejado en un segundo plano las enfermedades mentales que estaban perfectamente acotadas por la comunidad psiquiátrica (esquizofrenias, psicosis, trastornos bipolares, etc.) y comúnmente conocidas por la ciudadanía sin conocimientos científicos en la materia, para dar paso a lo que ha venido a denominarse como *«psiquiatrización de la vida cotidiana»*.

Ahora se pone el acento en las dolencias provocadas por factores socioculturales derivados por el *«estilo de vida occidental»*, que Fernando Santos Urbaneja, denomina *«el estilo de muerte occidental»*[1].

Este cambio de enfoque plantea a mi modo de entender un problema de vital importancia y que requiere un profundo análisis:

¿Dónde quedan los afectados por las patologías asociadas desde siempre a la perdida de la salud mental?

[1] Santos Urbaneja, Fernando: *«La doble cara de la salud mental». Jueces para la Democracia. Información y Debate*. Diciembre 2022. N.º 105

¿Va a verse desplazada su atención, tratamiento y recursos por las nuevas patologías mentales?

Desde luego, el riesgo existe.

Otro motivo de preocupación es que, así como los principios y directrices de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad –Nueva York, 2006– se están incorporando razonablemente a la legislación y a la práctica de la sociedad, en modo alguno está ocurriendo esto con los pacientes mentales. Buen ejemplo de ello es que el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula las garantías judiciales de los ingresos involuntarios no haya sido reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, cuando ello era ya desde tiempo una tarea inaplazable.

2. Un poco de historia

La enfermedad mental, asociada desde antaño al concepto de *«locura»*, siempre ha sido olvidada y ocultada por la razón dominante, y ha emergido como un reflejo irreprimible de la *«alteridad»* de los cuerdos[2].

El problema viene cuando la locura estalla y se manifiesta de tal manera que despliega sus efectos más allá del propio enfermo. En estos casos al propio entorno familiar le cuesta asimilarlo y genera una ingente cantidad de reacciones sociales de rechazo y abandono. Por desgracia, en muchas otras ocasiones, acababan en las calles o incluso en un centro penitenciario, como veremos más adelante.

El tratamiento de la enfermedad mental tal y como la concebimos actualmente es relativamente reciente. Aún a finales del s. XIX en España los manicomios fueron expandiéndose pese a la certeza de su nula eficacia en sus medidas curativas y rehabilitadoras de los pacientes. De lo que se trataba era de excluir de la sociedad la *«peligrosidad»* de los llamados *«locos»*. A lo largo de toda la geografía española existían estas instituciones que servían de meros custodios de los internos que en muchas ocasiones se encontraban en pésimas condiciones de vida.

El objetivo de las políticas sanitarias en materia de salud mental se centraba en proveer a la sociedad de los *«hombres de orden»* de la necesaria seguridad, aunque para ello hubiera que recluir sin más y de por vida a los afectados por una enfermedad mental. Toda la política en esta materia giraba en torno a la consideración de la *«supuesta»* peligrosidad del enfermo y no en su curación o rehabilitación. Es más, se pretendía incluso impedir la propagación de esa llamada *«plaga»*, mediante la esterilización, tal y como defendía el psiquiatra *Dr. Lafora*, en el año 1930[3].

---

[2] Vid Enrique González Duro. Historia de la Locura en España. Ed. S XXI de España. Madrid. 2021.

[3] R. Alvárez, «Herencia, sexo y eugenésica», incluido en el libro colectivo «Perspectiva psiquiátrica»,

Como ejemplo de que era esta la concepción que del enfermo mental se tenía a mediados del s. XX, reproduzco el ruego-pregunta del presidente de la Diputación de Barcelona al Gobierno de la Nación en las Cortes Españolas:

> *«El enfermo psíquico implica desorden en la vida social, pues en muchos casos es un inadaptado social, un sujeto antisocial. El personaje influye perniciosamente sobre el matrimonio, la familia, sobre la profesión y sobre la vida económica, política y tantos otros fenómenos sociales. En los enfermos mentales es frecuente la tendencia a la delincuencia y a la criminalidad, también a la improductividad, representando una carga para la sociedad, para la familia»*[4].

Pasada esta etapa oscura de la historia de la psiquiatría, comienza a abrirse paso un halo de luz a partir de finales del s. XX. Son los llamados psiquiatras contestatarios que empezaron a revelarse ante esta situación, a todas luces vergonzante. Promueven un trato más digno y eficiente de los enfermos, de una asistencia pública más acorde con las verdaderas necesidades de los pacientes. Se hizo un replanteamiento crítico y se ensayaron alternativas teóricas y prácticas, tales como la negación dialéctica del manicomio y la menor distancia a la locura de los pacientes, la colectivización de las terapias grupales, las intervenciones en crisis, la asistencia en la comunidad, las concepciones dinámicas de las llamadas enfermedades mentales, etc[5].

Estos movimientos fueron extendiéndose por la geografía hispánica en mayor o menor medida, y generando no pocos conflictos en diversos centros psiquiátricos, como el de Córdoba.

A los psiquiatras se les unieron los pacientes, ya que algunos de ellos habían participado en los intentos de transformación psiquiátrica, creando colectivos, como fue el caso de *«Psiquiatrizados en Lucha»*, surgido en Madrid en 1977. Este grupo a través de sus intervenciones públicas, debates y diversos foros fueron elaborando un discurso propio de la enfermedad mental, pero en esta ocasión pergeñado desde dentro del propio afectado. La voz durante tanto tiempo silenciada de los enfermos mentales por fin se hace un hueco en la opinión pública. Mención merece la activa participación del poeta *Leopoldo María Panero*. Recomiendo la lectura de diversos textos publicados en la Revista Destino y en la Revista de la *AEN*[6].

CSIC, Madrid 1987.

[4] Reproducido íntegramente en *Noticias Médicas*, 20 de mayo de 1987.

[5] Enrique González Duro. Historia de la Locura en España. Ed. S XXI de España. Madrid. 2021, página 704. Ob. Citada.

[6] www.revistaaen.es

En plena democracia se presenta por el Ministerio de la Salud en el año 1985 el *Documento para la reforma psiquiátrica*. El plan fallaba. Por un lado, los enfermos crónicos seguían encerrados en los manicomios sin tratamiento, pasando de ser calificados como enfermos a meros marginados sociales. Era sólo cuestión de cambiarle la etiqueta que los denominaba. Estos serían reubicados al medio sociofamiliar o se les ingresaba en los nuevos recursos sanitarios con que *«la sociedad se fuese dotando para protección o soporte de estos enfermos»*[7]. La cuestión es que muchos de estos enfermos de una o de otra manera acababan en la calle. Creo preciso recordar que el Defensor del Pueblo denunció en el año 1991, en un amplio y fundamentado informe, la situación de precariedad en que quedaron los *«viejos»* manicomios.

El sistema que generó la reforma psiquiátrica quedaba básicamente —y expuesto de manera simplista— de la siguiente forma. Por un lado, estaban los recursos sociosanitarios para los enfermos crónicos sin familia, o que, aún teniéndola, no encajaban en la estructura familiar, que desde mi punto de vista no son más que un *«aparcamiento»* de por vida, sin posibilidad retorno. Por otro lado, se establecen unidades de agudos en los hospitales provinciales o comarcales cuya función es estrictamente recuperar a los enfermos en situaciones de brotes o descompensación de su enfermedad. En estos supuestos la estancia en la unidad es de corta duración. Y, finalmente, se establece una red territorial de unidades de salud mental, asociada a la asistencia primaria.

3. Situación asistencial actual. Aspectos sociales

Hemos podido observar, en este breve recorrido histórico del tratamiento de la salud mental en España, como siempre ésta ha pivotado en torno a dos premisas básicas: una, la consideración del enfermo como peligroso, y la otra, el establecimiento de un objetivo último, consecuencia de lo anterior, cual es que había que «excluirlo» de la sociedad mediante su reclusión en centros que en su inmensa mayoría estaban en pésimas condiciones de vida y que no tenían por objeto la recuperación del enfermo sino, simple y llanamente, alejarlo de los llamados cuerdos.

En nuestra sociedad actual el nivel de exigencia de consumo, de poder, de alcanzar puestos de máxima importancia en el ámbito laboral, ha dado lugar a muchas tensiones y frustraciones con frecuentes cuadros de tristeza, de ansiedad, etc., para las que se reclama asistencia psicológica y médica lo que ha dado lugar al ya comentado fenómeno de la *«psiquiatrización de la vida cotidiana».*

---

[7] Bases programáticas para una política sanitaria en salud mental. *Cuaderno de Acción Social 10*, 1982.

Ya se ha puesto de relieve al comienzo que por esta vía nos encontramos con dos grupos de enfermos mentales totalmente diferenciados.

Por un lado, tenemos a los que tradicionalmente se han concebido como tales y perfectamente definidos por los psiquiatras y comúnmente conocidos por la sociedad en general (la esquizofrenia, el trastorno bipolar, la neurosis, la depresión mayor, el trastorno por estrés postraumático y los más recientes como la ciclotimia, y los trastornos de conducta y de la personalidad).

¡Y por otro lado los asociados al «malestar vital»!

Mucho ha tenido que ver en esto el DSM (Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales)[8], que editado por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría establece una clasificación de los trastornos mentales. Pues bien, el DSM, a partir de su IV Edición (1994) y sobre todo a partir de la V (2013) ha ido incorporando estos nuevos padecimientos. Este fenómeno de inflación diagnóstica se ha consumado mediante dos estrategias principales: la patologización de problemas de la vida y la reducción de los umbrales diagnósticos[9]. Ante este hecho creciente ha habido reacciones contrarias surgidas desde el ámbito de la Psiquiatría[10].

No quiero decir que las personas que se ven afectadas por estos nuevos síndromes asociados al «malestar vital» no sufran ni deban ser objeto de cuidados. No, simplemente que son otra cosa y precisan de atenciones y cuidados distintos.

Asistimos a un alarmante incremento de la cifra de suicidios en general y de jóvenes y adolescentes en particular. Este hecho es de la mayor gravedad y justifica sobradamente que se invierta generosamente en campañas de prevención y recursos.

La prevención debe llevar a preguntarse los motivos que llevan a un joven al suicidio.

Las motivaciones son múltiples: falta de interés vital, frustraciones mal gestionadas, tóxicos.

Un capítulo independiente lo constituyen las reacciones a hechos gravísimos de los que se ha sido víctima (acoso escolar, acoso o agresiones sexuales, intromisión y divulgación de la intimidad, etc.)

---

[8] En inglés: *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders.*

[9] Omar García Zabaleta. *«Los problemas y limitaciones del DSM-5»*. Dilemata Revista Internacional de Éticas Aplicadas, N.27. Año 2018

[10] P. ej. *«El Manifiesto a favor de una psicopatología clínica, no estadística»*. Barcelona, 14-04-2011.

Todas situaciones gravísimas que demandan atención y respuesta, pero esto, salvo en el enorme sufrimiento que causan, nada tiene que ver con los padecimientos mentales clásicos.

Me estoy deteniendo y poniendo de relieve mucho esta diferenciación porque entiendo que la focalización en estas *«nuevas patologías»* está relegando la atención a los tradicionales padecimientos de salud mental.

En el caso del psicótico, paranoico, etc., que no es consciente de su enfermedad y por tanto no va a los centros de salud mental que le corresponden, la falta de tratamiento y de atención médica cursa con episodios muy lamentables y, algunos, irreparables.

Es necesario establecer una red asistencial que, con un adecuado censo, pueda realizar asistencias domiciliarias a aquellos pacientes que no se someten al tratamiento. Se requiere un esfuerzo en potenciar proyectos como FAISEM[11] de Andalucía que tan buenos resultados han venido dando desde su creación.

A falta de ello, lo que nos encontramos es un panorama desolador. Cuando la enfermedad brota sin control, los efectos son terribles: familias destrozadas, personas sin hogar y, como me referiré en los aspectos penales, muchos de ellos acabarán más pronto que tarde en un centro penitenciario.

Reproduzco un párrafo escrito por Virginia Barber Rioja[12], que vive el día a día de lo que estamos exponiendo, ya que entre otros cargos es la directora clínica de salud mental en el Correctional Health Service de Nueva York. Y refiriéndose a uno de esos casos antes expuestos de un enfermo de los que quedan abandonados del sistema, y que le tocó tratar a ella, la *Dra. Barber* manifiesta:

> *«La gravedad del cuadro clínico, la falta de redes de protección social, los fallos en su representación legal y la complicada relación entre el ámbito jurídico y el de la salud pública lo atraparon en la maraña del sistema que terminó con toda posibilidad de reinserción».*

[11] Fundación Pública Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental.

[12] Virginia Barber Rioja. *«Más allá del bien y del mal. Experiencias de una psicóloga forense»*. Ed. Debate. Barcelona 2019.

4. Las personas con enfermedad mental ante la Ley 8/2021. Especial protección civil de las personas afectadas por una enfermedad mental

4.1. Introducción

Esta reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de capacidad jurídica es en definitiva la traslación a la legislación patria de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Nueva York el 13 de diciembre del 2006 y ratificada por España[13].

Destaco algunos párrafos del preámbulo de dicha ley, que nos ayudan a encuadrarnos en el contexto legislativo en que debemos de movernos, no por apetencias de unos pocos, sino, insisto, por imperativo legal:

«El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.»

«Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones».

«La presente Ley supone un hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica…»

«La nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.»

Ante esta nueva concepción, nos debemos preguntar, ¿de qué manera encajamos a la derivada de una enfermedad mental? Permítame el lector que, *a priori*,

[13] BOE del 21 de abril de 2008.

tengamos ciertas dudas sobre cómo se ha abordado por los operadores jurídicos esta cuestión.

La búsqueda del *«traje a medida»*, de las distintas medidas de apoyo que se encuadren con las diversidades de discapacidades que existen[14] y su progresiva desjudicialización de sus vidas, tal y como se desprende del espíritu de la Ley 8/21, tenemos que conciliarlas con el establecimiento de las salvaguardas que impidan abusos.

Estas salvaguardas, deberán de seguir necesariamente los criterios y principios que expone el preámbulo de la mencionada ley, que manifiesta textualmente que *«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».*

En conclusión, debemos de adaptar las medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, que la legislación vigente nos ofrece, de manera especial a las personas afectadas por una enfermedad mental, porque si bien para otro tipo de discapacidades el abanico de medidas es muy amplio, desde mi punto de vista, en los supuestos en el que interviene la enfermedad mental, éste es un tanto más reducido, o en su caso, cabría reinterpretar algunas medidas de una manera particular.

Creo conveniente reflexionar en torno al art. 249 CC, paradigma de la reforma[15]. Los operadores jurídicos no pueden olvidar que este artículo es igualmente aplicable a las discapacidades derivadas de una enfermedad mental, de igual manera que lo es para la discapacidad en general, por lo que hay que tener siempre en cuenta los principios implícitos en él: respeto a la dignidad de la per-

---

[14] *Vid* art. 1-2 de la Convención de Nueva York.

[15] *«Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.*

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

sona, subsidiaridad de las medidas de apoyo judicial y representativas, ajuste a los principios de necesidad y proporcionalidad, respeto a la voluntad, preferencias y deseos de las personas necesitadas de apoyo, estableciendo medios de descubrirlas cuando no puedan determinarse en el momento, facilitar que tomen sus propias decisiones y el fomento de que la persona con discapacidad ejerza su capacidad jurídica con el menor apoyo en el futuro.

Teniendo en cuenta estas premisas, analizaremos la aplicación de la ley a las personas afectadas por una enfermedad mental.

4.2. Medidas de apoyo voluntarias

Para clarificar al lector, distinguiremos a los dos grandes grupos de personas afectadas por una enfermedad mental y al que hice eco anteriormente: los que son conscientes de su enfermedad, y aquellos otros, que, aun padeciendo un problema de salud mental, no la aceptan e incluso la niegan.

Respecto a los primeros, entendemos que son igualmente aplicables el régimen general establecido en la Ley 8/2021, dando preferencia a las medidas de apoyo voluntarias.

El art. 255 del Código Civil no establece limitaciones algunas para estos casos, al disponer 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»*. Estos pactos de asistencia son perfectamente viables, de gran utilidad y garantizan el respeto a las preferencias de la persona otorgante.

Siguiendo las premisas de este artículo, entiendo que existe una presunción *iuris tantum* de reconocimiento de la capacidad de una persona afectada con una enfermedad mental, para que en un momento de absoluta *«paz»* de los efectos de su patología pueda otorgar poderes y mandatos preventivos, instrumentos de apoyo voluntarios configurados en la reforma como uno de los elementos básicos de la pretendida desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, 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.

La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.»

Respecto a los poderes y mandatos preventivos, la ley prevé la posibilidad bien de otorgar un poder a terceras personas y que éste subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad (art. 256 CC), o que el poderdante otorgue poder sólo para el supuesto de que en un futuro precise ese apoyo (art. 257 CC).

Y en cuanto a la seguridad jurídica del acto, en casos de duda de ese *«suficiente conocimiento del otorgante»*, afirmo con rotundidad: ¡qué mayor garantía que la intervención notarial! que es preceptiva en estos instrumentos, tal y como dispone el art. 257 CC, al establecer que *«para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido»*. Por su parte, el art. 260 CC dispone que *«los poderes preventivos a que se refieren los artículos anteriores habrán de otorgarse en escritura pública. El Notario autorizante los comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante.»*

Cabe, no obstante, plantearse otro problema, cual es la posibilidad de que la persona pueda realizar actos jurídicos ordinarios de la vida (no ante notario), en la que no hay control de ningún tipo de la capacidad o discernimiento, en supuestos en los que la persona afectada por una enfermedad mental se encuentre falto del conocimiento o voluntad suficiente. Para intentar dar respuesta a esta cuestión, me inclino por la solución planteada por *Manuel Rueda Díaz de Rábago*[16] quien distingue los supuestos de los actos realizados por personas que no tienen ningún tipo de conocimiento de sus efectos, ni de lo que están contratando. Al faltar el consentimiento, elemento esencial del contrato (art. 1261.1 CC), el acto es nulo de pleno derecho. Y para los casos en que esos actos sean realizados por quien tiene establecidos medios de apoyo, sin aplicarlos, la consecuencia es su anulabilidad por mor del art. 1302 CC.

Así mismo, incidiendo en la tan repetida necesidad de garantizar la seguridad jurídica, el art. 255, párrafo 3º CC, establece que la persona *«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»*. Aquí podríamos encuadrar por ejemplo al que se es sabedor de que en posibles futuros brotes de su enfermedad otras personas pudieran aprovecharse injustamente de sus acciones. Este artículo le otorga la posibilidad de establecer mayores cláusulas de salvaguarda.

[16] Manuel Rueda Díaz Rábago. *«Medios Voluntarios de apoyo. Los poderes preventivos»*. Obra colectiva, «La Reforma de la Discapacidad». Vol. 1. Fundación del Notariado. Madrid 2023.

Mención especial merece la guarda de hecho, la figura estrella de la Ley 8/2021. En principio, y teniendo en cuenta el mencionado art. 249 CC, entiendo que la persona aún a pesar de estar diagnosticada con una enfermedad mental puede hacer uso de este instrumento, siguiendo los trámites de acreditación que ya están previstos y que no describo porque entiendo que no son objeto de este artículo. No obstante, entiendo que muchos operadores jurídicos y bancarios, por causa de una mal interpretada seguridad jurídica, exijan el *«papelito»* que los acredite como tales guardadores de hecho. Para ello, basta un acta de notoriedad otorgada ante notario, o incluso, un auto judicial, aunque este último no es preceptivo.

La guarda de hecho, regulada en los artículos 263-267 del Código Civil, permite que la persona que viene atendiendo y cuidando a la persona con discapacidad pueda seguir haciéndolo, incluso existiendo medidas de apoyo, siempre que éstas no se estén aplicando eficazmente. Esto último nos llama la atención, porque el guardador de hecho incluso aparece como garante *«privilegiado»*.

Para garantizar esta seguridad jurídica, comparto plenamente lo que manifiesta Cristóbal Fábrega[17] quien indica *«que para asegurarnos que el guardador de hecho está actuando de manera correcta, deberá comprobarse que la persona con discapacidad realmente discierne los actos que se están llevando a cabo, las consecuencias de estos y las medidas alternativas que puede optar».*

Coincidimos con Fábrega Ruiz en que la guarda de hecho aún está falta de desarrollo jurisprudencial y doctrinal, pero queremos llamar la atención sobre que sigue siendo un instrumento muy útil, fácil de usar, que evita la excesiva judicialización de la vida de las personas con discapacidad. Además, hay que tener en cuenta que es perfectamente compatible con los poderes y mandatos preventivos. Además, existe una obligación del guardador de informar a la autoridad judicial cuando se lo ordene, conforme al art. 265 del CC.[18], cuestión ésta que añade seguridad jurídica y protección económica a la persona afectada con una enfermedad mental. Un dato muy importante para tener en cuenta es que una persona con una enfermedad mental no deja de tener preferencias y afinidad a determinadas personas, y este instrumento de apoyo se le facilita que desarrolle estos sentimientos.

Traigo a colación la SAP de Badajoz, 809/2022 de 25 de octubre, en la que resuelve un recurso de apelación contra una sentencia en la que se desestima la

---

[17] Cristóbal Fábrega Ruiz. *«La nueva visión de la Guarda de Hecho a la luz del nuevo Régimen Jurídico de Protección de la Discapacidad».* Obra Colectiva. La Reforma de la Discapacidad. Vol. 1. Fundación del Notariado.

[18] A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias. Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento.

pretensión por parte del que ya es un guardador de hecho de un afectado por una enfermedad mental, de la constitución de una curatela. La sentencia desestima el recurso al considerar que no es necesaria la constitución de una curatela, porque con la guarda de hecho ya es suficiente. Desde nuestro punto de vista es la mejor resolución judicial que define y describe la vida y las formas de apoyar a las personas afectadas por una enfermedad mental. Extraigo textualmente algunos párrafos de la sentencia que son muy ilustradores de cómo debe de abordarse la salud mental tras la reforma de la Ley 8/2021:

«Sucede que Juan Francisco (la persona afectada), pese a padecer esquizofrenia paranoide, como suele ocurrir con muchas personas que padecen ese trastorno, es una persona con discernimiento con uso de razón en su día a día. Es verdad que estos pacientes pueden ver alterada su conducta por interpretar la realidad de manera incorrecta. Ello puede provocar delirios y alucinaciones. Pero como siempre, en vez de enfermedades, tenemos que hablar de enfermos.

Aquí la vida ocasionalmente desordenada de Juan Francisco derivada de su otra realidad no justifica la curatela que se propugna, ni mucho menos. Los informes médicos y asistenciales avalan que Juan Francisco tiene capacidad cognitiva…

Pero toda medida de apoyo, por su carácter excepcional, debe ser individualizada y requiere que el sujeto padezca una enfermedad que le impida valerse por sí mismo y, además, menoscabe gravemente su inteligencia y voluntad. En este supuesto, observamos que, pese a su esquizofrenia, Juan Francisco lleva toda una vida sin necesitar medida alguna de capacidad.

La guarda de hecho, hasta ahora, ha funcionado más o menos bien. Ha cumplido su fin de modo suficiente y adecuado. Y no se olvide que esa guarda tiene también control judicial. Es decir, llegado el caso, podrán acordarse las medidas correspondientes. La ley contempla las llamadas salvaguardas.»

4.3. Medidas de apoyo judiciales

Nos encontramos con un sistema que deberíamos denominar «subsidiario» ya que, como hemos comentado anteriormente, la Ley 8/2021 prevé como preferente el sistema de apoyos voluntarios. Sin embargo, considerando la realidad de la enfermedad mental, constatamos que existe un grupo de personas afectadas que o no son conscientes de su enfermedad o, estando en un momento de *«brote»* o *«descompensación»* de la misma, no se encuentran con el suficiente elemento cognitivo o volitivo para ejercer su capacidad jurídica.

Ante estos casos, evidentemente no podemos acudir al establecimiento de las medidas de apoyo voluntario, sino que será la autoridad judicial la que las establezcan.

4.3.1. La curatela

Siguiendo con el principio general de preservar las preferencias de las personas sometidas a las medidas de apoyo, el art. 268 CC establece que:

> *«Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.*
>
> *Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.*
>
> *Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.»*

De este precepto, se extraen dos principios básicos, cuales son: el juicio de la necesidad de la medida y la exigencia de atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

El concepto de necesidad, entendemos que no debe de asumirse tanto como medida de protección de la persona, sino como medida de facilitación del ejercicio de su capacidad jurídica.

En cuanto al principio de atender a la voluntad de la persona, en el caso de los afectados por una enfermedad mental, nos encontramos con el siguiente dilema: cuando la provisión de apoyos venga instada por el Ministerio Fiscal, un familiar o tercero legitimado y la persona afectada manifieste su voluntad contraria. De antemano, en estos casos, el expediente de jurisdicción voluntaria se transforma en un procedimiento contradictorio. Pero, nos preguntamos: ¿es posible adoptar una medida judicial de apoyo existiendo una voluntad contraria de la persona afectada?

A esta pregunta, *Ignacio Sancho Gargallo*[19] nos indica que, en esos casos, al igual que ocurre con el ingreso involuntario, podría ser procedente la adopción de una medida de apoyo en contra de la voluntad de una persona.

Del art. 269 CC se desprende que la autoridad judicial podrá constituir dos tipos de curatelas:

a) Asistencial: en estos supuestos, el curador se limitará a prestar la asistencia a la persona. Entendemos que será la ideal para todos aquellos supuestos en los que el afectado por una enfermedad mental tenga cierto discernimiento.

b) Representativa: en este supuesto el curador actúa como representante de la persona. El mencionado precepto deja claro que a este tipo de medida de apoyo sólo se puede acudir *«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».*

Esta medida de apoyo en los casos de personas afectadas por una enfermedad mental internadas en centros es la *«preferida»* en la mayoría de los supuestos por los operadores jurídicos. Sin embargo, entendemos que solamente sería aplicable en los casos en que la persona se encuentra en una situación en la que su diagnóstico determine que, de manera perdurable en el tiempo, no va a tener capacidad de discernimiento y conciencia de sus actos, o que la persona tenga un patrimonio que exija mucho tráfico jurídico y mercantil. En el resto de los supuestos el espíritu de la ley y la práctica lo puede demostrar, afirmamos que la mera curatela asistencial sería suficiente.

Sin detenernos en el desarrollo del artículo, sí he de indicar que en los artículos 287 al 290 del CC se establecen una serie de salvaguardas y exigencias de autorización judicial para la realización de determinados actos por parte del curador con facultades representativas. No obstante, el art. 288 sí incide de manera especial en la posibilidad de autorización judicial de actos por parte del curador, «si lo considera adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad».

[19] Ignacio Sancho Gargallo. *«Las medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad»*. La Reforma de la Discapacidad. Vol. 1. Obra colectiva. Fundación Notariado. Madrid 2023.

4.3.2. La autocuratela

El art. 271 CC dispone que:

> *«Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador»*

Aún a pesar de ciertas reticencias por parte de los operadores jurídicos, entendemos que la persona afectada por una enfermedad mental, en un estado de estabilidad de su patología, con plena capacidad de discernimiento puede igualmente constituir una curatela. Y al igual que hablamos de los poderes y mandatos preventivos, existe la garantía que la intervención notarial provee además de la propia que establecen para el ejercicio de la curatela entre otros el art. 278 del CC[20].

4.3.3. El defensor judicial

No vamos a detenernos en el estudio de esta medida de apoyo, ya que no es objeto de este trabajo. Pero sí nos gustaría hacer mención especial al art. 295.5º CC, que dispone:

> *«Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:*
>
> *5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.»*

Aparentemente puede parecer una contradicción la utilización de los términos *«ocasional»* y *«recurrente»* a la vez. Sin embargo, entendemos que pudiera ser un instrumento útil para todas aquellas personas que, afectadas por una enfermedad mental, que habitualmente hacen su vida con normalidad, pero que, en momentos puntuales, a causa de los brotes o descompensación de su enfermedad, necesitan el apoyo que le provee el defensor judicial. Entendemos que contribuye a la desjudicialización de la vida de las personas.

---

[20] Art. 278.1 CC: *«Serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo.»*

5. Aspectos penales relacionados con la enfermedad mental

5.1. La persona como victima de un delito

Ya trabajó sobre ello la homenajeada en este libro, la fiscal Doña Ángeles de la Blanca en un trabajo que tituló *«Protección penal reforzada de las personas con discapacidad en el nuevo Código Penal»*[21]. En el Código Penal, las personas con discapacidad tienen una protección reforzada en atención a su vulnerabilidad. Simplemente lo apunto, pero no nos detendremos en ello, porque no es objeto de este trabajo[22].

5.2. La persona como autora de un delito

En este apartado seguimos a Fernando Santos Urbaneja[23], quien en su monografía nos clarifica el tema y pone en evidencia los graves errores del sistema. Intentaremos ser sintéticos en este apartado, aunque entendemos que es de vital importancia y que hoy en día requiere mucha más atención por parte del legislador.

Prescindiendo del análisis más pormenorizado de la inimputabilidad de una persona afectada por una enfermedad mental cuando en ella falte el elemento intelectual o volitivo, previsto en el artículo 20.1° CP, o en su caso la atenuante prevista en el artículo 21.1° CP, que excede de las pretensiones de este artículo y que de modo excepcional desarrolla Santos Urbaneja en el texto referenciado, queremos hacer hincapié en un tema que entendemos que es de imprescindible redacción ya, cual es el estatuto jurídico procesal penal de la persona vulnerable por razón de discapacidad psíquica en el proceso penal.

Esta exigencia ya viene recogida en la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales (2013/C 378/02).

Siguiendo la secuencia del proceso todo empieza cuando una persona afectada por una enfermedad mental en un momento del brote de su enfermedad comete cualquier tipo de altercado, o desacato a la autoridad, o situaciones de tensiones con sus familiares-cuidadores, u otras de poca envergadura y acude al

---

[21] Cursos de formación de la fiscalía.

[22] Vid entre otros el art. 22-4 del Código Penal, que dispone que es agravante cometer el delito por razón de la enfermedad o discapacidad que padezca la víctima.

[23] Fernando Santos Urbaneja. *Manual de Discapacidad. Derecho Penal y Penitenciario.*

lugar de los hechos la policía. El problema es que los agentes de la autoridad no se percatan de que están ante un enfermo que necesita auxilio, sino que lo consideran como un delincuente común, lo detienen y pasan directamente al juzgado de guardia[24].

En el juzgado, como nadie lo considera como un enfermo, por aquello de que todo se debe de solucionar con la máxima celeridad, se lleva a una conformidad, que es aceptada por el letrado y resulta una condena sin más.

Pero aún no queda ahí el problema. Normalmente estas penas llevan asociadas la medida cautelar de alejamiento, en aquellos supuestos en los que el «altercado» haya tenido lugar con sus padres, hermanos o, en fin, con quienes los cuidan. Y nos preguntamos, ¿Quién lo asiste a partir de ahora, si existe una medida de alejamiento precisamente de su cuidador?

Y siguiendo el curso de la vida de estas personas afectadas por una enfermedad mental, pudiera darse el caso de que, de nuevo, en un futuro, como consecuencia de otra descompensación de la enfermedad vuelvan a cometer otro delito, y se reinicie el mismo proceso antes descrito: detención, juzgado de guardia, juicio rápido, conformidad y condena. Pero he aquí un fatal desenlace que pudiera darse en estos supuestos: que la reincidencia provoque el ingreso en prisión. Y esta es la cruda realidad. Esto es lo que viene a definir Santos Urbaneja como «la trampa de los juicios rápidos»[25].

Es una realidad incuestionable, que actualmente existen en los Centros Penitenciarios españoles muchas personas afectadas por una enfermedad mental, que en la mayoría de los casos hubieran sido declarados inimputables.

Para evitar este problema[26] lo primero que habría que hacer es evitar el enjuiciamiento rápido y acordarse la acomodación al enjuiciamiento ordinario (Diligencias Previas) y en caso de que no se produjera tal acomodación, el letrado no debería prestar conformidad con la acusación del fiscal, sino presentar un escrito de defensa, lo que daría lugar al señalamiento de la vista dando plazo suficiente para recabar la prueba de la inimputabilidad del acusado.

Además, creemos de vital importancia la formación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, para que sepan distinguir que, en los supuestos antes descritos, es decir, cuando una persona afectada con una enfermedad mental

---

[24] Ver la encuesta realizada por la Fiscalía provincial de Córdoba, sección de protección de personas con discapacidad, entre profesionales que trabajan el Juzgado de guardia de Córdoba sobre personas que son puestas a disposición judicial en calidad de detenidos.

[25] www.fernandosantosurbaneja.blogspot.com

[26] Para un desarrollo detallado recomiendo la lectura de las Recomendaciones Generales que Santos Urbaneja hace en el libro antes indicado.

como consecuencia de una descompensación comete cualquier tipo de presunto delito, no tienen un mero delincuente ante sí, sino un enfermo necesitado de auxilio[27], a quien tienen que prestárselo.

Otra idea interesante es que en los másteres de acceso a la Abogacía se incorporara un apartado específico de formación especial sobre Derecho de la discapacidad, así como en los distintos colegios de la abogacía se implantara la comisión de discapacidad, dando formación a los letrados en ejercicio sobre estos aspectos.

Otra recomendación sería que en los supuestos de la medida cautelar de alejamiento[28], deberían tenerse en cuenta las circunstancias personales y familiares del caso concreto, para que, en su caso, su quebrantamiento no diera lugar a proceder por un delito.

También lo sería el establecimiento de «unidades de trabajo social» en los juzgados de guardia que dieran la cobertura a los jueces, fiscales y letrados en estos supuestos. Esto, junto con la coordinación entre la administración penitenciaria, las CCAA y el Tercer sector, evitaría muchos de los problemas antes planteados.

Hay que replantearse de manera definitiva que los enfermos con una enfermedad mental cumplan las medidas de seguridad en centros penitenciarios ordinarios[29], ya que en estos centros agudizan la enfermedad por carencia de recursos que en ellos no existen. Y en el supuesto que ya estuvieran internos, habría que *«acelerarse el tercer grado».*

6. Conclusiones

En este trabajo, que tiene más de *«afectivo»* que de *«técnico»*, he pretendido situar al enfermo mental en el lugar que en la sociedad *«inclusiva»* que pretende ser la del s. XXI le corresponde. Todavía podemos considerar a las personas afectadas por una enfermedad mental como *«el patito feo de la discapacidad»* y lo digo por experiencia propia, ya que padezco una discapacidad física que, aunque todavía hay camino que recorrer, no me ha impedido desarrollar mi vida absolutamente integrado (formación, trabajo ordinario, vida social, etc.). Sin embargo, y por desgracia, las personas con una discapacidad psíquica no pueden decir lo mismo.

---

[27] Vid. Art 15 de la L.O 4/2015 de la Seguridad Ciudadana.

[28] Art. 48 CP.

[29] «La cárcel es el peor lugar que cualquiera pueda concebir para un enfermo mental», Virginia Barber Rioja. Ob. Cit.

Destaco una idea, un tanto controvertida, y que quizás no quiere compartirla la mayoría de la sociedad, cual es que, por desgracia, todavía tenemos *«inoculado»* en nuestro ADN particular la siguiente asociación: enfermo mental-locura-peligrosidad. Este estigma ha contribuido notablemente a la mayor discriminación de estos enfermos.

La idiosincrasia de la enfermedad mental, que requiere un especial seguimiento en su tratamiento para evitar su descompensación, exige un sistema especial de seguimiento y atención por parte de las administraciones públicas para evitar esos brotes que pudieran producirse.

Y esta particularidad hace así mismo que las familias tengan un *«especial miedo»* a integrar en la sociedad con normalidad a sus familiares con enfermedad mental, por el *«temor»*, a que algo pudiera fallar en sus vidas con efectos perversos para ellos o sus familias.

Con este caldo de cultivo, el panorama actual del enfermo mental no es todo lo halagüeño que quisiéramos. Es más, creo que quedan aún todavía muchos obstáculos a superar. A modo de resumen yo destacaría los siguientes:

1.- Familiar: los familiares tienen que asumir que la persona con enfermedad mental es persona, con vida propia, con discernimiento (en la medida de la gravedad de su patología), que tiene derecho a vivir sin deberlo tener *«encapsulado jurídicamente»*, por temor a qué pudiera hacer o pasarle algo perjudicial. Es como si uno para evitar morir de infarto, de por vida estuviera en una UCI hospitalaria. De manera bien intencionada, pero yendo más allá de la Ley 8/2021, a veces los familiares quieren proteger en exceso a las personas con enfermedad mental para evitar daños económicos o personales.

En muchas ocasiones una vida desordenada de estos pacientes no implica necesariamente la adopción de medidas de apoyo judiciales de por vida. Solo en los casos de descompensación de la enfermedad resultaría adecuada y proporcionada la prestación de apoyos, pero siempre con carácter excepcional.

En otras tantas veces (la mayoría), la enfermedad mental no impide el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones a los demás. *«Si se conserva la voluntad y la inteligencia, no puede pretenderse una necesidad de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Ni siquiera cuando una persona pueda representar un potencial peligro para la sociedad por abandonar su tratamiento médico»*[30]. Hago propias las palabras de Virginia Barber[31] cuando con relación a un paciente que ella trataba, decía que *«prefería ver a Henry psicótico y desorganizado, separado de la realidad, pero contento».*

[30] SAP. Badajoz 265/2022, de 25 de octubre de 2022.
[31] Ob. Citada.

2.- Social: la sociedad en general tiene que deshacerse del concepto clásico del enfermo mental como un ser peligroso. Es cierto que algunos enfermos mentales son vulnerables a otros factores de riesgo que acaban por llevarlos a cometer delitos. Pero ello no implica que todos lo sean. Es más, es su vulnerabilidad lo que nos tiene que llevar a su comprensión e inclusión, y no tender a su reclusión.

Al igual que cuando una persona va en silla de ruedas y vemos con naturalidad que provean de rampas para el acceso a una sala con escalones, la sociedad tiene que proveer a las personas con esta discapacidad psíquica el apoyo que necesiten. Pero no alejarlos, recluirlos y judicializarles sus vidas eternamente.

3.- Prevención: como manifiesta Santos Urbaneja[32], es esta, posiblemente, la asignatura pendiente en salud mental. El número de personas afectadas va creciendo continuamente. Los factores de riesgo, tales como el consumo de drogas, están teniendo efectos demoledores (especialmente el consumo abusivo y temprano de hachís). Deben intensificarse las campañas informativas en las aulas, campañas publicitarias y demás acciones para combatir estos hábitos.

4.- Implantación de un adecuado sistema sociosanitario: debe establecerse un mecanismo eficaz, en colaboración con la administración autonómica y local, para detectar los pacientes con una enfermedad mental que no acuden a los dispositivos médicos. Si estas personas no se someten al seguimiento médico que requieren, dejan de tomar su medicación y, por consiguiente, aumenta notablemente el riesgo de descompensación que los puede llevar a la comisión de un delito, esencialmente un atentado, lesiones en el ámbito familiar y quebrantamiento de la medida o condena, tal y como expusimos anteriormente.

En definitiva, y concluyendo, el sistema legal surgido de la reforma operada por la Ley 8/2021, que traslada a nuestro ordenamiento jurídico civil la Convención de Nueva York del 2006, viene a invertir el orden de las medidas de apoyo a las personas con enfermedad mental, siendo las voluntarias las prioritarias y las judiciales las subsidiarias.

Siguiendo el esquema de los tres colectivos de personas con enfermedad mental que al inicio expusimos, concluiría lo siguiente:

Respecto a los enfermos con padecimientos tradicionales, distinguiríamos por un lado aquellos que tienen conciencia de su enfermedad, que podrían utilizar los instrumentos legales de la Ley 8/2021. El grupo de los que no tienen conciencia, no podrían utilizarlos, obviamente. Y finalmente, al grupo en el que englobamos las nuevas patologías mentales (ansiedad, tristeza, malestar vital), los instrumentos de la Ley 8/2021 solo le serían aplicables en casos muy concretos y con circuns-

[32] Ob. Citada.

tancias particulares. Obviamente, los pactos de asistencia y los poderes preventivos pueden hacer uso de ellos como cualquier otra persona.

7. Bibliografía

La doble cara de la salud mental. Fernando Santos Urbaneja. Revista información y debate – Jueces para la Democracia - Número 105 - diciembre 2022.

Recomendación de la comisión europea de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusada en procesos penales. (2013/C 378/02)

El enfermo mental en el medio penitenciario español, Anabel Cerezo y David Díaz, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Universidad de Málaga, International e-Journal of Criminal Science, Artículo 2, Número 10 (2016)

Encuesta realizada entre los profesionales que trabajan en el juzgado de guardia de córdoba, sobre personas con discapacidad psíquica o trastorno mental que son puestas a disposición judicial en calidad detenidos. – 2012 -

http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com.es/2014/01/n-75-discapacidad-salud-mental-judicial.html

Colaboración documento de la asociación espoñola de neuropsiquiatría (aen) sobre proyecto de reforma del código penal en materia de medidas de seguridad – 2014 - , http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com.es/2014/01/n-76-discapacidad-salud-mental-judicial.html

Las prisiones de la locura. La locura de las prisiones. Omar Alejandro Bravo – Grupo 5 – 2015 -

Discapacitado autor y victima de delitos, Fernando Santos Urbaneja, Los Derechos de las Personas con Discapacidad – Volumen I – Aspectos Jurídicos. Consejo General del Poder Judicial – 2007 -

La atención a la salud mental de la población reclusa, Asociación Española de Neuropsiquiatría – Estudios 30 – 2003 –

Manual de discapacidad penal y penintenciario, Fernando Santos Urbaneja. Ed. SEPIN. Madrid 2023

Mas allá del bien y del mal, Virginia Barber Rioja, Ed. Debate. Madrid. 2019

Manifiesto día mundial salud mental del foro andaluz de bienestar mental. 22-octubre-2022.

Historia de la locura en España. Enrique González Duro. Ed. S. XXI. Madrid 2021

La reforma de la discapacidad. VV.AA., Fundación Notariado. Madrid. 2023

Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021. Fernando Santos Urbaneja, Ed. CUNIEP. Madrid 2022

Psiquiatría penal y civil. M. Ruiz Maya, Madrid, 1931

Bercovitz Rodriguez Cano y Castilla Del Pino, La marginación de los locos y el Derecho, Ed. Taurus. Madrid, 1976

Blog de Fernando Santos Urbaneja. www.fernandosantosurbaneja.blogspot.com

Locos egregios. Juan A. Vallejo Nájera, Ed. Dossat. 18ª Edición de 1987.

Introducción a la psiquiatría, Black, D; Andreasen, N, Panamericana. 2012

«Los problemas y limitaciones del DSM-5», Omar García Zabaleta. Dilemata Revista Internacional de Éticas Aplicadas, N.27. Año 2018

«Perspectiva psiquiátrica», CSIC, Madrid 1987.

J. Vallejo Ruiloba (director), Introducción a la Psicopatología y la Psiquiatría, Ed. Masson. 8ª Edición. Madrid, 2015.

Olalla Vázquez Moraga
Inspectora Fiscal

Acceso a la carrera fiscal, concursos de traslados y adaptación del puesto de trabajo

Resumen

En el presente artículo se analiza el acceso a la justicia de las personas con discapacidad desde la perspectiva relativa a su participación en la Administración de Justicia y, en particular, el acceso a la carrera fiscal y la posterior adaptación del puesto de trabajo efectivamente desempeñado por los/las fiscales con discapacidad, sea ésta originaria o sobrevenida durante el ejercicio de sus funciones.

Se pretende así poner en valor los avances logrados, pero también evidenciar los obstáculos que aún existen e impiden hacer efectiva la igualdad de derechos de las personas con discapacidad en este ámbito, así como garantizar el debido respeto a su dignidad.

Palabras clave

Personas con discapacidad. Acceso a la carrera fiscal. Situaciones administrativas. Formación en la carrera fiscal. Adaptación del puesto de trabajo. Reglamento del Ministerio Fiscal.

1. Introducción

El art. 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante CNY), hace referencia al acceso a la justicia cuando establece lo siguiente:

> *«1. 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.*
>
> *2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la Administración de Justicia, incluido el personal policial y penitenciario».*

En nuestro país, hasta 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*, no se dio el paso decisivo en la adecuación del ordenamiento jurídico español a la citada convención internacional.

Mediante esta Ley resultaron modificados numerosos cuerpos legales de nuestro derecho interno: la Ley del Notariado; el Código Civil; la Ley Hipotecaria; la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*; la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*; la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la *Jurisdicción Voluntaria*; y el Código de Comercio.

La reforma introdujo importantes mejoras para las personas con discapacidad cuando tienen que acudir a los tribunales, sea en la condición de denunciantes, investigados o testigos.

El art. 7 *bis* de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria regula ahora las adaptaciones y ajustes en aquellos procedimientos en los que participen personas con discapacidad, con independencia de si lo hacen en calidad de parte o en otra distinta. Estos ajustes se podrán llevar a cabo en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación.

Se contemplan medios como la lectura fácil en las comunicaciones, la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente, además de medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Especialmente novedosa es la posibilidad de que la persona se valga de un profesional experto que, a modo de facilitador, realice tareas de adaptación y ajuste para que esta pueda entender y ser entendida.

Sin embargo, la nueva regulación legal no ha conllevado un avance tan significativo en cuanto a la otra vertiente del *acceso a la justicia* de las personas con discapacidad, esto es, la referida a la posibilidad de que formen parte o participen en la Administración de Justicia, pues no se ha visto afectada la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial* (en adelante LOPJ), ni la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante EOMF), ni su correspondiente normativa de desarrollo.

2. El acceso a la carrera fiscal de las personas con discapacidad

El art. 42 EOMF establece que «el ingreso en la carrera fiscal se hará por oposición libre entre quienes reúnan las condiciones de capacidad exigidas en esta Ley, que se realizará conjuntamente con la del ingreso en la carrera judicial, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial».

El art. 44.1.º EOMF considera incapacitados para el ejercicio de las funciones fiscales a los que no tengan la necesaria aptitud física o intelectual.

La disposición adicional primera de esta norma estatutaria prevé la aplicación supletoria de la LOPJ en lo relativo a la adquisición y pérdida de la condición de miembro de la carrera fiscal, incapacidades, situaciones administrativas, deberes y derechos, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades.

A pesar de que la disposición final primera EOMF preveía el desarrollo reglamentario del Estatuto Orgánico en el plazo de un año, ello no tuvo lugar hasta la publicación del Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal* (en adelante RMF). Hasta ese momento se contaba únicamente con el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de febrero, norma no solo preestatutaria, sino preconstitucional y, por tanto, derogada en todo aquello que contraviniera la Constitución (disposición derogatoria) y el EOMF (disposición final segunda).

La falta de un adecuado desarrollo reglamentario llevaba a la aplicación del Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, *por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial* (en ade-

lante RCJ). En cambio, la exposición de motivos del vigente RMF descarta expresamente que el Reglamento de la Carrera Judicial tenga un valor supletorio directo para la carrera fiscal[1].

No obstante, el Reglamento del Ministerio Fiscal, que ha supuesto un avance importante en cuanto a la autonomía del Ministerio Fiscal, que por fin cuenta con una regulación propia en lo que concierne a las situaciones administrativas de los/las fiscales, la provisión de destinos, los permisos, sus derechos y deberes o las incompatibilidades y prohibiciones, no ha afrontado una normativización ambiciosa de la situación de los fiscales o abogados fiscales que presentan alguna discapacidad, de acuerdo con las exigencias marcadas por la Convención de Nueva York, lo que obliga a seguir recurriendo a normativa ajena al Ministerio Público.

El Capítulo II del Título II del Reglamento del Ministerio Fiscal lleva por rúbrica «De la adquisición de la condición de fiscal», estableciendo el art. 25 que «el ingreso en la carrera fiscal estará basado en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad» y que «el proceso de selección para el ingreso en la carrera fiscal se realizará mediante convocatoria pública y garantizará, con objetividad y transparencia, la igualdad en el acceso a la misma de toda la ciudadanía, siempre que se reúnan las condiciones y aptitudes necesarias, así como la idoneidad y suficiencia profesional de las personas seleccionadas para el ejercicio de las funciones del Ministerio Fiscal».

El mismo precepto reglamentario establece en su apartado sexto que «el régimen de acceso a la carrera fiscal de las personas con discapacidad será el mismo previsto para el acceso a la carrera judicial en el art. 301 apartado 8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, y en su normativa de desarrollo».

Especialmente reseñable resulta el art. 29 RMF, referido al nombramiento y adjudicación de destino de las personas con discapacidad, que dispone:

> *«1. Las personas que hayan sido admitidas en la convocatoria en plazas reservadas a personas con discapacidad, una vez superado el proceso selectivo, podrán solicitar al Ministerio de Justicia la alteración del orden de pre-*

[1] Exposición de motivos (apartado II) del Reglamento del Ministerio Fiscal: *«La carrera fiscal necesita también un nuevo marco de configuración, que derive del Estatuto como base esencial pero que supere ya de manera definitiva las normas obsoletas del reglamento de 1969 hasta ahora parcialmente vigente que ha contado con las imprecisas remisiones a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo desarrollo reglamentario para la carrera judicial carece de valor supletorio directo a estos efectos, y que han generado en muchos supuestos una situación de incertidumbre normativa, puesta de manifiesto en diversas ocasiones ante los Tribunales de Justicia y el propio Tribunal Constitucional en diversos aspectos. Las especialidades propias de la carrera y del Ministerio Fiscal exigen ya adecuar su modelo reglamentario al perfil orgánico, institucional y funcional que diseña la Constitución de 1978 y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 con sus sucesivas reformas».*

lación para la elección de plazas, o, excepcionalmente, su adscripción provisional a la fiscalía donde, por razón de su discapacidad, puedan desempeñar su trabajo, siempre que concurran motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas, que deberán ser debidamente acreditadas.

2. La persona titular del Ministerio de Justicia, previo informe de la persona titular de la Fiscalía General del Estado, decidirá dicha alteración o, en su caso, adscripción provisional, cuando se encuentre debidamente justificada, y deberá limitarse a realizar la mínima modificación que fuere necesaria para posibilitar el acceso al puesto de la persona discapacitada.

3. El cambio en el orden de prelación se aplicará exclusivamente a la provisión del primer destino. No podrá afectar en ningún caso al orden del escalafón ni a ningún otro aspecto de la carrera profesional que pudiera venir determinado o afectado por el orden de prelación fijado en el proceso selectivo, para el que se tendrá en cuenta el número efectivamente obtenido por el candidato.»

El art. 301.8 LOPJ —precepto al que el RMF se remite— establece la obligación de reservar en la convocatoria para el ingreso en la carrera judicial un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, siempre que superen las pruebas selectivas y que acrediten el grado de discapacidad y la compatibilidad para el desempeño de las funciones y tareas correspondientes en la forma que se determine reglamentariamente.

A continuación, el mismo precepto orgánico precisa que «el ingreso de las personas con discapacidad en las carreras judicial y fiscal se inspirará en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas, procediéndose, en su caso, a la adaptación de los procesos selectivos a las necesidades especiales y singularidades de estas personas, mediante las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en los procesos selectivos».

Finalmente, el segundo párrafo del art. 301.8 LOPJ establece que «una vez superados dichos procesos, se procederá a las adaptaciones y ajustes razonables para las necesidades de las personas con discapacidad de cualquier tipo en los puestos de trabajo y en el entorno laboral del centro o dependencia pública donde desarrollen su actividad».

La obligatoriedad de reservar un cupo de plazas para las personas con discapacidad en el acceso a las carreras judicial y fiscal encuentra su fundamento en la propia Constitución Española. No solo para hacer real y efectivo el principio de igualdad y el respeto a la dignidad de la persona (arts. 9.2, 10 y 14 CE), sino por

la obligación que se impone a los poderes públicos de favorecer su integración social y el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones (art. 49[2]). Ello conlleva la adopción de las medidas necesarias para *compensar las desventajas*, lo que puede justificar una diferencia de trato como único medio para garantizar la efectiva igualdad de oportunidades.

Este principio de «compensación de desventajas», recogido en la LOPJ desde su redacción mediante la LO 19/2003, de 23 de diciembre, viene establecido para el ámbito comunitario en la 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* (art. 4.1).

La previsión de la LOPJ se corresponde con lo que se establece para las ofertas de empleo público en la disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, *de medidas para la reforma de la Función Pública*, que obliga a que se reserve un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes[3], de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado, salvedad esta última que no se contempla para jueces y fiscales y que en ningún caso resulta de aplicación a los mismos (art. 1.1 de la Ley 30/1984).

De acuerdo con los datos de que dispone el CGPJ, únicamente el 0,73% de los aspirantes que superaron las pruebas de acceso a la carrera judicial y fiscal entre los años 2004 y 2019 lo hicieron por el cupo de reserva, lo que dista mucho del 5% que se establece para la función pública en general. Ello supone que, si el total de las plazas reservadas durante ese periodo era de 212, al aprobar únicamente 23 personas con discapacidad, el resto de las plazas acrecieron al cupo general (art. 9.1 RCJ).

En opinión del presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y de la Fundación Derecho y Discapacidad[4], las personas con discapacidad deben acceder a la Administración de Justicia sin exclu-

---

[2] El artículo 49 CE, reformado en 2024, cambia su terminología al adoptar la expresión «personas con discapacidad» e incorpora la perspectiva inclusiva y de promoción de la plena autonomía de las personas con discapacidad en la actuación de los poderes públicos.

[3] La disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1984 (introducida mediante la Ley 23/1988, de 28 de julio) fijó un cupo de reserva del tres por ciento de las vacantes en las ofertas de empleo público para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía fuese igual o superior al 33 por ciento, de modo que progresivamente se alcanzase el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado. Ese porcentaje fue ampliado al cinco por ciento en virtud de la reforma introducida por Ley 53/2003, de 10 de diciembre, *sobre empleo público de discapacitados.*

[4] Martínez Menayo, David. *El acceso a la carrera judicial y fiscal de las personas con discapacidad. UIMP. Fundación Derecho y Discapacidad*. Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia. Edición VII. Curso 2020-2021 (p. 13, 24 y 38).

siones ni discriminaciones y, en consecuencia, han de tener presencia en los órganos que imparten y administran justicia. Expresamente se ha puesto de manifiesto que *«como hay una infrarrepresentación y a lo largo de la historia no solo ha habido despreocupación, sino también discriminaciones evidentes, incluso algunas legales, faltas de apoyo y entornos que no favorecen la participación, con obstáculos y barreras de todo tipo, hay una obligación de adoptar medidas de acción positiva para promover la participación, el acceso, el progreso y la permanencia de personas con discapacidad también como juzgadores o como parte de la Administración de Justicia. (…) Del pueblo forman parte las personas con discapacidad y, un rasgo, pertenencia a una minoría o a una determinada situación social no debe ser nunca un elemento de justificación de la no participación, también en la Justicia. Aunque a veces se ha considerado que la Justicia es una cuestión de minorías porque se requiere de un conocimiento muy experto y se precisa de un tipo de habilidad o destreza previa, que en principio podría pensarse que no reúne todo el mundo, la Justicia es democrática en un Estado de derecho y, por tanto, debe abrirse a todas las realidades que forman ese concepto de pueblo, que es un concepto amplio e inclusivo».*

Si las anteriores previsiones legales no se han materializado de forma plena y efectiva en la Administración General del Estado, tal inobservancia resulta aún más llamativa en el acceso a las carreras judicial y fiscal.

Más ambiciosa fue la regulación introducida por el 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* (en adelante TREBEP), pues para las ofertas de empleo público el art. 59.1 establece un cupo de reserva no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad[5].

Como complemento de las previsiones anteriormente señaladas, el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, *por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad*, dio un paso más en el acceso de las personas con discapacidad a la función pública, recogiendo en su art. 9 la preferencia en la elección de destino a los aspirantes con discapacidad.

Esta medida fue acogida por el Pleno del CGPJ, que adoptó el acuerdo de 19 de julio de 2007 para promover, en el ámbito de los procesos selectivos para

[5] Art. 59.1 TREBEP: *«En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del art. 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública».*

el ingreso en la carrera judicial y fiscal, la adopción de medidas similares a las de dicho precepto, al no ser tampoco este de aplicación a los procedimientos de acceso a la carrera judicial y fiscal (art. 1.2 del RD 2271/2004 en relación con el art. 1.1 de la Ley 30/1984)[6].

En la actualidad, esta medida se encuentra consagrada para la carrera fiscal, como hemos visto, en el art. 29 RCF y para la carrera judicial en los arts. 12 y 13 RCJ, con el matiz de que para la carrera fiscal se prevé no solo la alteración del orden de prelación para la elección de plazas, sino también, excepcionalmente, su adscripción provisional a una fiscalía en la que, por razón de su discapacidad, puedan desempeñar su trabajo. Sobre este punto se insistirá con posterioridad.

A pesar de que la exposición de motivos de nuestra norma reglamentaria se pronuncia expresamente, como se ha señalado, contra la aplicación supletoria del RCJ con carácter general, lo excepciona en lo concerniente al ingreso en la carrera fiscal de las personas con discapacidad, pues el art. 25.6 RMF se remite a la LOPJ y a su normativa de desarrollo. Por este motivo resulta obligado examinar y analizar la regulación contenida en los arts. 8 a 15 RCJ.

El Reglamento de la Carrera Judicial dedica el Capítulo III de su Título I al ingreso en la carrera judicial de las personas con discapacidad. El art. 8 recoge como principios que deben regir las oposiciones y concursos, así como las pruebas de promoción y especialización, los de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas.

Dicho precepto remite al concepto de persona con discapacidad de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. Sin embargo, actualmente debe entenderse referido al 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* (en adelante TRLGDPDIS)[7], disposición normativa que derogó la Ley 51/2003.

---

[6] Acuerdos Pleno CGPJ de 19/07/2007: 20.º Aprobar el informe emitido por la Comisión de Estudios sobre la posibilidad de promover en el ámbito de los procesos selectivos para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal la adopción de medidas similares a las que el art. 9 del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, prevé para la provisión de puestos en la Administración General del Estado, en los términos del Anexo I que se acompaña a la documentación del Pleno.

[7] El TRLGDPDIS ha realizado una labor de refundición con la finalidad de adaptar la normativa española a la CNY, derogando, con la finalidad de integrar en el texto refundido, no solo la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sino también la Ley 13/1982, de 7 de abril, *de integración social de las personas con discapacidad*, que supuso el primer paso para garantizar de forma efectiva los derechos de las personas con discapacidad, así como la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, *por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. La disposición adicional única precisa que las referencias normativas efectuadas en otras disposiciones a dichas leyes que quedan dero-

En el caso concreto, la remisión del RCJ hay que entenderla realizada al art. 4 TRLGDPDIS, que considera como personas con discapacidad a aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, incluyéndose en todo caso aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al treinta y tres por ciento.

Dicho precepto acoge la definición del art.1 CNY, sin olvidar, como se indica en el preámbulo de dicho texto, que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»[8].

Además, debe tenerse en cuenta que tanto la LOPJ como el RCJ exigen, como hemos visto, la compatibilidad para el desempeño de las funciones y tareas inherentes a la carrera judicial y fiscal, por lo que la discapacidad no debe ser incompatible con el ejercicio de tales funciones. Ello conlleva un estudio y valoración de las circunstancias del caso concreto, como es de ver en el acta de la Comisión Permanente del CGPJ de fecha 13 de mayo de 2014[9], donde se concluye que una persona invidente no está inhabilitada para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Volviendo a la norma que nos ocupa, el Reglamento de la Carrera Judicial, resulta de especial interés lo dispuesto en su art. 14 cuando establece la obligatoriedad de realizar *las adaptaciones y ajustes razonables de tiempo y medios* para las oposiciones y concursos, las pruebas de promoción y especialización, así como para los cursos de formación o periodos de prácticas, debiendo concretarse en la solicitud las necesidades específicas que se precisan para poder participar en condiciones de igualdad.

---

gadas se entenderán efectuadas a los preceptos correspondientes del texto refundido que se aprueba.

[8] La Sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022 (C-485/20) establece que «según reiterada jurisprudencia, el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78, debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, C 335/11 y C 337/11, EU:C:2013:222, apartado 38, y de 11 de septiembre de 2019, *Nobel Plastiques Ibérica*, C 397/18, EU:C:2019:703, apartado 41)».

[9] Acta de la Comisión Permanente del CGPJ de 13/05/2014: *«En relación con la consulta deducida por D. Gabriel Pérez Castellanos sobre la posibilidad de realizar funciones judiciales en su condición de invidente, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial acuerda participarle que es posible su acceso a la Carrera Judicial para el caso de que llegue a superar el proceso selectivo correspondiente, si bien éste habrá de desarrollarse en puestos compatibles o adaptados a sus capacidades».*

Los apartados tercero y cuarto del art. 14 RCJ concretan en qué consisten dichas adaptaciones para las personas con discapacidad:

«La adaptación de tiempos consistirá en la concesión de un tiempo adicional para la realización de los ejercicios. Los criterios aplicables para la concesión de adaptación de tiempos serán los previstos en la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad, o norma que la sustituya.

La adaptación de medios y los ajustes razonables consistirán en la puesta a disposición de las personas participantes de los medios materiales y humanos, de las asistencias y apoyos y de las ayudas técnicas y/o tecnologías asistidas que precise para la realización de las pruebas en las que participe; se garantizará la accesibilidad a la información y a la comunicación de los procesos selectivos, así como al recinto o espacio físico donde éstos se desarrollen».

Como complemento a lo previsto en el RD 2271/2004, norma que incorpora en las pruebas selectivas la adopción de diversas medidas de adaptación y ajustes razonables de medios y tiempos, se dictó la Orden PRE/1822/2006, que establece los criterios generales para determinar las adaptaciones consistentes en la concesión de un tiempo adicional para la realización de los ejercicios correspondientes a las pruebas selectivas en las que participen personas con discapacidad, disposición ésta que resulta de aplicación directa a la carrera judicial y fiscal por la remisión del RCJ.

De acuerdo con esta última norma, la adaptación de tiempos no se otorgará de forma automática, sino únicamente en aquellos casos en los que la discapacidad guarde una relación directa con la prueba a realizar, correspondiendo la resolución a los órganos de selección. A tal fin, la norma incorpora un anexo con criterios generales para las adaptaciones de tiempos, en pruebas orales y/o escritas, según deficiencias y grados de discapacidad.

A efectos de valorar la conveniencia de conceder las adaptaciones solicitadas, el RCJ permite interesar los certificados y la información adicional que sea precisa, insistiendo en que la adaptación únicamente se otorgará si la discapacidad guarda relación directa con la prueba a realizar.

De acuerdo con la información de la Comisión de Selección del CGPJ[10], una de las adaptaciones más solicitadas es la habilitación de sillas o mesas con de-

[10] Martínez Menayo, David. *El acceso a la carrera judicial y fiscal de las personas con discapacidad*. UIMP. Fundación Derecho y Discapacidad. Máster en Discapacidad, Autonomía Personal y Atención a la Dependencia. Edición VII. Curso 2020-2021 (p. 34-35).

terminadas prestaciones especiales para personas con discapacidad física. Asimismo, para los aspirantes ciegos o con discapacidad visual, se contemplan adaptaciones como la colocación de iluminación especial; se facilitan las preguntas del tipo test en formato A3 con letra ampliada; el examen impreso en braille o en formato *Word* para su uso en un ordenador sin conexión a internet que tenga instalado el revisor de pantalla *Jaws*, donde también pueden responder al examen (dichas respuestas se trasladan a una hoja de respuestas estándar bajo la estricta supervisión del tribunal). Además, cuentan con apoyo logístico por parte de la fundación ONCE. En el examen oral se les proporciona el programa en braille y se les permite tener un reloj parlante para calcular el tiempo.

En definitiva, las adaptaciones son muy variadas y adaptadas a las concretas necesidades del aspirante; deben ser en todo caso acreditadas y guardar relación directa con la prueba a realizar, lo que requiere un estudio del caso concreto por parte de los órganos de selección.

3. La adscripción provisional de los/las fiscales con discapacidad

Tal y como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, si bien es cierto que la regulación del Reglamento del Ministerio Fiscal es del todo insuficiente en cuanto al acceso a la carrera fiscal y al ejercicio de las funciones fiscales por parte de las personas con discapacidad, la previsión del art. 29 RMF ha supuesto un avance significativo.

Dicho precepto permite a las personas que han accedido a la carrera fiscal por el cupo de reserva que soliciten al Ministerio de Justicia no solo la alteración del orden de prelación para la elección de plazas, sino también su adscripción provisional a un concreto órgano fiscal, posibilidad esta última novedosa y que no está contemplada para la carrera judicial en el art. 12 RCJ.

De acuerdo con el citado precepto reglamentario, el Ministerio de Justicia, previo informe del Fiscal General del Estado, deberá realizar, siempre que se justifique suficientemente, la mínima modificación necesaria para posibilitar el acceso al puesto de la persona con discapacidad. Se precisa también que el cambio en el orden de prelación solo afecta a la provisión del primer destino, pero en ningún caso al escalafón ni a ningún otro aspecto de la carrera profesional que pudiera venir determinado o afectado por el orden de prelación fijado en el proceso selectivo, para el que se tendrá en cuenta el número efectivamente obtenido por el candidato.

A dicha posibilidad se han acogido varios abogados fiscales, quienes en el momento de la elección de su primer destino han optado por quedar adscritos a

una determinada fiscalía. De acuerdo con lo dispuesto en la precitada norma reglamentaria, resulta necesario que la persona interesada justifique su petición de adscripción, por *motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas*. Esta es una medida razonable y proporcionada que encuentra su fundamento en el principio de «compensación de desventajas» contemplado en la LOPJ, norma a la que el EOMF se remite, y que, como hemos visto, permite otorgar un tratamiento diferenciado a las personas con discapacidad, como único medio de garantizar su efectiva igualdad y no discriminación.

Se pretende así que los y las fiscales que presenten algún tipo de discapacidad desempeñen sus funciones en la fiscalía en la que, por razón de su discapacidad, puedan desarrollar su trabajo en mejores condiciones.

En la mayoría de los casos se opta por el órgano fiscal radicado en el lugar donde cuentan con soporte familiar o donde reciben el tratamiento médico que precisan. También se tienen en consideración los edificios judiciales que se encuentran adaptados, pues todavía existen importantes barreras, tanto en estos como en los inmuebles donde se ubican las diversas fiscalías territoriales.

No obstante, el propio precepto no está libre de críticas, pues no proporciona una solución definitiva a estas adscripciones provisionales, como sí ocurre con otros supuestos que nuestra norma reglamentaria contempla. Así las cosas, el RMF regula diversos supuestos de adscripción provisional a un determinado órgano fiscal.

Un supuesto muy habitual es el de los y las fiscales que han obtenido una plaza de las previstas en el art. 83.3 y 5 RMF (equivalente al art. 355 *bis* LOPJ), es decir, una plaza reservada por encontrarse el/la fiscal titular en situación administrativa de servicios especiales, pues aquellos se quedan adscritos a dicha fiscalía en caso de reincorporación del titular a la plaza. En este caso, el precepto dispone que, una vez queden en situación de adscritos, serán destinados a la primera vacante que se produzca en la fiscalía, salvo que se trate de una plaza de jefatura o tenencia.

La misma solución aplica el Reglamento del Ministerio Fiscal a los supuestos contemplados en los arts. 49, 58 y 60, que se refieren al cese o renuncia a plazas de nombramiento discrecional o de designación directa. Pensemos, a título ejemplificativo, en el supuesto de un/a fiscal jefe/a cuyo mandato expira y no es renovado. De acuerdo con la normativa reglamentaria, quedaría adscrito, a su elección, a la fiscalía en la que desempeñó la jefatura o a la fiscalía en la que prestaba sus servicios cuando fue nombrado para el cargo. De igual modo, se le adjudicaría directamente la primera vacante que se produjera en esa fiscalía, salvo —lógicamente— la correspondiente a la jefatura o tenencia.

El art. 89.3 RMF (inserto en el capítulo dedicado al reingreso al servicio activo) se refiere al supuesto de que un/a fiscal solicite su reincorporación al servicio activo tras una excedencia voluntaria por cuidado de hijos o familiares, cuando lo haga durante el tercer año de excedencia en que no tiene derecho a la reserva de la misma plaza en la que ejercía sus funciones (art. 85.3). En este caso, si no hubiere ninguna plaza vacante en la fiscalía de su último destino, el/la fiscal interesado/a quedaría adscrito provisionalmente hasta que se le adjudicara directamente la primera vacante que surgiera en dicha fiscalía, a salvo las plazas de fiscal jefe o teniente fiscal.

No ocurriría lo mismo en el supuesto de reingreso al servicio activo desde situaciones que no comportan reserva de plaza (v. gr. excedencia por interés particular o si se supera el plazo máximo de tres años en las excedencias voluntarias para cuidado de hijos o familiares), pues el/la fiscal se vería obligado a concursar para su reincorporación definitiva y, si no obtuviere plaza en el primer concurso reglado que se convoque tras obtener la resolución favorable a su reingreso, quedaría adscrito provisionalmente a la fiscalía de su último destino, estando obligado a seguir participando en los concursos que se convoquen en las condiciones establecidas hasta obtener una plaza en propiedad (art. 90.6 RMF).

Esta última parece haber sido la solución que nuestra norma reglamentaria ha dado al supuesto que nos ocupa, pues cuando el art. 29 RMF regula la situación de adscripción provisional de los fiscales que presentan algún tipo de discapacidad no contempla expresamente que, una vez adscritos a un determinado órgano fiscal, se les adjudique la primera vacante que se produjera en el mismo, como sí lo hace expresamente cuando regula las demás situaciones de adscripción provisional analizadas.

Otra situación que guarda cierta similitud es la de las fiscales víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar la fiscalía en la que estén destinadas, pues también se regula su adscripción provisional a otra fiscalía en la que existan plazas vacantes, sin que tampoco se les adjudique en ningún caso la plaza vacante que ocupan en dicha fiscalía, pues la adscripción únicamente se contempla mientras persista la situación de necesidad de protección (art. 66 RMF).

Mientras que no se ha dado ningún caso de fiscales víctimas de violencia contra la mujer que hayan hecho uso de la facultad del art. 66 RMF, la Inspección Fiscal de la Fiscalía General del Estado sí ha tramitado expedientes relativos a fiscales que, al padecer algún tipo de discapacidad, han optado por la adscripción provisional conforme al art. 29 RMF. La situación de estos fiscales presenta algunos problemas en la práctica.

Hemos de partir de que estos fiscales se encuentran adscritos *provisionalmente* a un determinado órgano fiscal de su elección, pero conservan su plaza

en propiedad en otra fiscalía distinta, esto es, la que les fue adjudicada en el concurso para abogados fiscales de nuevo ingreso (art. 28 RMF) o en el primer concurso reglado al que pudieron acceder, si en aquel quedaron en situación de expectativa de destino (art. 31 RMF). Esta plaza que ostentan en propiedad, que no puede ofrecerse en concurso reglado al no tratarse de una plaza vacante, se oferta en comisión de servicios con relevación de funciones a toda la carrera fiscal, ex arts. 9 y 10 del Real Decreto 147/2022, de 22 de febrero, *por el que se regula el régimen de sustituciones y de medidas de apoyo o refuerzo en el Ministerio Fiscal.*

Sin embargo, la falta de una previsión específica que les otorgue un derecho preferente a que se les adjudique una vacante en el órgano fiscal al que están adscritos conduce necesariamente a que estos fiscales se vean obligados a participar en todos los concursos reglados que se vayan convocando, solicitando todas las plazas que se ofrezcan, como vacantes o a resultas, en dicho órgano fiscal al que están adscritos por sus necesidades, hasta obtener una plaza en propiedad en el mismo. Ello genera situaciones no deseadas en aquellos órganos fiscales en los que obtener una plaza en propiedad conlleva un largo lapso temporal, pues la situación de «adscripción provisional» se pervierte, alargándose durante años.

4. El derecho profesional a la formación de los/las fiscales con discapacidad

En materia de formación también se advierten lagunas en el Reglamento del Ministerio Fiscal, pues el art. 29 no hace mención alguna cuando regula la situación de los fiscales con discapacidad. No ocurre lo mismo en otros preceptos, como el art. 85.3 RMF referido a aquellos fiscales que se encuentren en situación de excedencia voluntaria por cuidado de hijos o familiares que, además de poder participar en cursos de formación durante todo el periodo de excedencia, tienen preferencia en la adjudicación de plazas de cursos de formación de la carrera fiscal durante el año siguiente a su reincorporación al trabajo. Lo mismo se prevé para las fiscales víctimas de violencia de género, que igualmente podrán participar en cursos de formación mientras se encuentren en situación de excedencia y que durante el año siguiente a su reincorporación tienen preferencia en la adjudicación de plazas para participar en cursos de formación (art. 85.4 RMF).

El art. 29 RMF no solo omite toda mención sobre este extremo, sino que, además —como hemos visto— es contundente en cuanto a que el cambio en el orden de prelación afectará exclusivamente a la provisión del primer destino, pero en ningún caso al escalafón ni a ningún otro aspecto de la carrera profesional.

Esta previsión parece descartar cualquier preferencia para los fiscales con discapacidad en los cursos de formación continuada de la carrera fiscal. En cambio, el art. 15 RCJ contempla la acreditación de la discapacidad como criterio de valoración positiva para participar en cursos de formación. De igual modo, prevé la realización de las adaptaciones y ajustes razonables para que las personas con discapacidad puedan participar en dichas actividades formativas en condiciones de igualdad, aunque con la precisión de que no suponga una carga desproporcionada. Esta previsión resulta coincidente con la establecida en el art. 11 del RD 2271/2004.

Nuevamente, se echa en falta que el Reglamento del Ministerio Fiscal hubiera enfocado de manera más completa y precisa la situación de los/las fiscales que presentan algún tipo de discapacidad. Especialmente, a la vista de lo dispuesto en el art. 118.c) RMF, que incluye entre los derechos profesionales de los fiscales el de recibir formación continuada, individualizada, especializada y de alta calidad durante toda su carrera profesional.

En este sentido, el informe del Consejo Fiscal de 19 de febrero de 2008[11], al pronunciarse sobre el proyecto de reforma del Reglamento de la Carrera Judicial para la regulación del acceso de las personas con discapacidad a las carreras judicial y fiscal, concluía lo siguiente: *«El análisis de este articulo precisa señalar que la formación continuada en las carreras judicial y fiscal presenta singularidades específicas por cuanto si bien es un derecho de los integrantes de las mismas también es un deber dado que las funciones que desempeñan Jueces, Magistrados y Fiscales requieren una actualización permanente de los conocimientos jurídicos con objeto de que la respuesta al usuario de la Administración de Justicia sea la más ajustada a derecho. En definitiva, la exigible formación constituye una garantía para la adecuada ponderación de los derechos de los ciudadanos en los procesos sometidos a los tribunales (…) Se estima muy adecuado y coherente con la legislación vigente que se recoja en el proyecto la necesidad de realizar las adaptaciones y ajustes razonables para evitar que la persona que presente una discapacidad se encuentre imposibilitada o tenga que superar dificultades importantes para acudir a los cursos de formación por problemas de accesibilidad. La previsión normativa en este sentido garantiza su participación en los mismos en condiciones de igualdad».*

De igual modo, la sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022, a la que ya se ha hecho referencia, establece que «del tenor del artículo 5 de la Directiva 2000/78, en relación con los considerandos 20 y 21 de esta, se desprende que el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas

[11] Informe del Consejo Fiscal sobre el proyecto de reforma del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, *de la carrera judicial*, para la regulación del acceso de las personas con discapacidad física a la carrera judicial y fiscal (p. 8).

eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario».

No obstante lo anterior, ello no significa que no se hayan dado pasos relevantes desde esta vertiente, especialmente, tras la creación de la Unidad Especializada de Protección de Personas con Discapacidad y Mayores en virtud del Real Decreto 255/2019, de 12 de abril, como es de ver en el Plan de Formación de la carrera fiscal correspondiente al año 2024, en el que se contempla un módulo, ya implementado en el Plan de Formación de 2021, sobre protección de las personas con discapacidad y mayores, tanto en lo que respecta a la formación inicial como a la continuada.

5. Adaptación del puesto de trabajo ante una discapacidad inicial o sobrevenida. la adaptación del puesto de trabajo como derecho profesional de los y las fiscales

El art. 118.h) RMF regula entre los derechos profesionales de los fiscales, en caso de discapacidad, los de adaptación del puesto de trabajo y de las condiciones del ejercicio de las funciones propias del Ministerio Fiscal, atendidas las necesidades y singularidades propias de la discapacidad.

El art. 120 RMF establece que los fiscales tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el ejercicio de sus funciones, derecho reconocido a jueces y magistrados (art. 317 RCJ) y, con carácter general, a los empleados públicos [art. 14.l) TREBEP]. A continuación, este precepto precisa que el Ministerio de Justicia promoverá cuantas medidas sean necesarias para la salvaguarda de este derecho, de acuerdo con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, *de Prevención de Riesgos Laborales* (en adelante LPRL). Ello tiene su fundamento en el art. 40.2 CE que encomienda a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo y la promoción de centros adecuados.

El art. 10 del RD 2271/2004 regula la adaptación de puestos de trabajo para los empleados públicos. En esa misma línea, el art. 301.8 LOPJ, aplicable a la carrera fiscal, establece que, una vez superado el proceso selectivo, se procederá a las adaptaciones y ajustes razonables para las necesidades de las personas con discapacidad de cualquier tipo en los puestos de trabajo y en el entorno laboral del centro o dependencia pública donde desarrollen su actividad.

La combinación de la normativa antedicha evidencia que la adaptación del puesto de trabajo es un derecho para los fiscales y jueces, tanto si se ha accedido

a la respectiva carrera por el cupo de reserva como si la discapacidad sobreviene con posterioridad.

No obstante, nos encontramos nuevamente aquí con un vacío legal en nuestra normativa que obliga a recurrir, como norma supletoria, a la de la función pública. La remisión del RMF debe, por tanto, reconducirse al art. 25.1 LPRL[12], que viene referido a la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos.

El derecho que ostentan los trabajadores de la función pública a una protección eficaz en materia de seguridad y salud supone un correlativo deber de las Administraciones públicas de protección del personal a su servicio frente a los riesgos laborales (art. 14.1 LPRL). Entre los principios de la acción preventiva, que también implican a las Administraciones públicas, el art. 15.d) LPRL incluye el de adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo, añadiendo el apartado segundo de este art. 15 LPRL la necesidad de que el empresario tome en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarles las tareas.

El precepto transcrito reproduce lo dispuesto en el art. 6.2.d) de la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo*, que fija la política de prevención en el ámbito comunitario.

La normativa de la función pública impone a las Administraciones públicas no solo que adopten las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo para el acceso al empleo público de las personas con discapacidad, sino que, una vez superado dicho proceso, obliga a las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad (art. 59.2 TREBEP).

La forma de llevar a cabo esa adaptación del puesto de trabajo es muy variada en la práctica, pues debe atenderse a las necesidades concretas de la persona.

---

[12] Art. 25.1 LPRL: El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

En primer lugar, el art. 78.3 TREBEP permite la movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario. En igual sentido se pronuncia el art. 20.1.h) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, *de medidas para la reforma de la Función Pública*, que permite la adscripción del funcionario a un puesto de trabajo en distinta unidad o localidad por motivos de salud o rehabilitación, pero lo condiciona a que existan puestos vacantes con asignación presupuestaria cuyo nivel de complemento de destino y específico no sea superior al del puesto de origen, y se reúnan los requisitos para su desempeño. Dicha adscripción tendrá carácter definitivo cuando el funcionario ocupara con tal carácter su puesto de origen. En idéntico sentido se pronuncia el art. 66 *bis* del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, *por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado.*

Nuevamente aquí hemos de elogiar el avance que ha supuesto el nuevo Reglamento del Ministerio Fiscal cuando permite la adscripción a una determinada fiscalía de los abogados fiscales o fiscales con discapacidad, en atención únicamente a sus circunstancias personales y de salud, aunque ello suponga una *ampliación ficticia* de la plantilla del órgano fiscal.

De esta forma, en la Inspección Fiscal de la Fiscalía General del Estado se han tramitado algunos expedientes gubernativos para adscribir provisionalmente a determinados fiscales, con el matiz referido en cuanto a esta «provisionalidad», a fiscalías donde pueden desempeñar mejor sus funciones.

Además del arraigo familiar o el adecuado seguimiento médico de la enfermedad o discapacidad, existen, como hemos visto, otros motivos que llevan a interesar dicha adscripción. Así, hemos de insistir en que no todos los edificios están debidamente adaptados y, por otro lado, las fiscalías que cuentan con mayor plantilla tienen más facilidades para adaptar el lote de trabajo a las necesidades específicas del fiscal concreto. Corresponde a las jefaturas de los órganos fiscales, en cuanto competentes para establecer el reparto de trabajo, valorar la asignación de funciones o cometidos que mejor se adapten a las concretas necesidades de los fiscales, dando preferencia a las vistas orales o al despacho de papel ordinario o, incluso favoreciendo el teletrabajo, según la situación específica, y siempre de conformidad con la información médica aportada.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye como forma de discriminación por motivos de discapacidad la denegación de ajustes razonables (art. 2) y consagra el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones que las demás, en un mercado y un entorno laboral abierto, inclusivo, accesible y en condiciones de trabajo seguras y saludables. Corresponde a los Estados parte del Convenio salvaguardar y pro-

mover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando las medidas pertinentes, entre las que se incluye la de velar por que se realicen ajustes razonables en el lugar de trabajo (art. 27).

En la misma dirección, la ya citada Directiva 2000/78/CE, tras precisar que *«la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad»*, obliga a realizar los ajustes razonables a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato, adoptando medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre, lo que resulta también de aplicación al sector público, incluidos los organismos públicos. (considerandos 16, 17 y 20 y arts. 3.1 y 5).

Las directrices establecidas por este marco normativo internacional y europeo han sido acogidas en nuestro derecho interno. 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*, establece en el art. 2.k) que el concepto de accesibilidad universal presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse. En el apartado m) del citado precepto se definen estos ajustes razonables como «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».

Como viene siendo reconocido por la doctrina, el eje de la accesibilidad, entendido como el marco que sirve para identificar el sistema de derechos de las personas con discapacidad, se encuentra integrado por los ajustes razonables y por el diseño universal. La dinámica que operaría en su aplicación sería básicamente la siguiente: en primer lugar, operaría el diseño universal que busca que los distintos entornos, bienes o productos sean desde el primer momento diseñados y concebidos de modo que permitan su utilización por todas las personas sin necesidad de que posteriormente sean adaptados. En caso de que fracase esta primera vía, entrarían en juego los ajustes razonables, por medio de los cuales se realizarán las modificaciones que sean necesarias —siempre y cuando no supongan una carga excesiva—, tomando en consideración las ne-

cesidades específicas del trabajador que se ha visto afectado. Es decir, la accesibilidad es la situación a la que se aspira, el diseño para todos es una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible alcanzar el diseño para todos de forma justificada[13].

Volviendo a la normativa interna, el art. 5.f) TRLGDPDIS dispone que las medidas específicas para garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal se aplicarán en el ámbito de la Administración de Justicia.

El art. 23 TRLGDPDIS regula las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, siendo de aplicación supletoria en lo no previsto en la legislación laboral *ex* art. 22.2, para garantizar la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad. Se trata de medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones y compensar las desventajas o dificultades, incluyendo los siguientes aspectos:

a) Exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área. En particular, la supresión de barreras a las instalaciones y la adaptación de equipos e instrumentos, así como la apropiada señalización en los mismos.

b) Condiciones más favorables en el acceso, participación y utilización de los recursos de cada ámbito o área y condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas.

c) Apoyos complementarios, tales como ayudas económicas, productos y tecnologías de apoyo, servicios o tratamientos especializados, otros servicios personales, así como otras formas de apoyo personal o animal. En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, braille, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas de apoyos a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación.

d) La adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad, incluidos los ajustes razonables.

e) Planes y calendario para la implantación de las exigencias de accesibilidad y para el establecimiento de las condiciones más favorables y de no discriminación.

---

[13] López Vico, Sheila y Monereo Pérez, José Luis. *Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables*. Ed. La Ley Unión Europea, n º 102, abril 2022 (p. 4).

f) Recursos humanos y materiales para la promoción de la accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate.

En definitiva, los ajustes razonables no son más que medidas para garantizar la accesibilidad en un caso particular, cuando no ha sido posible o razonable satisfacer la accesibilidad con carácter universal a través de medidas generales. El puesto de trabajo debe ser accesible, lo que implica que una persona con cualquier discapacidad pueda desarrollar su prestación laboral en las mismas condiciones que una persona sin discapacidad. De esta forma, cuando ello no pueda ser asegurado de forma general, debido a la imposibilidad de prever la variedad de situaciones y circunstancias de las personas, deberán adoptarse todas las medidas necesarias para garantizarlo en el caso particular[14].

De lo expuesto resulta que el catálogo de las posibles medidas de accesibilidad y ajustes razonables sea ilimitado, pudiéndose mencionar, a título meramente ejemplificativo, los siguientes:

1.º) Asegurar que el acceso físico al lugar de trabajo y el desplazamiento dentro del mismo en este caso el órgano fiscal y los órganos jurisdiccionales que son atendidos por el mismo sean posibles para personas con movilidad reducida o usuarias de silla de ruedas.

2.º) Asegurar que los equipos informáticos u otros dispositivos tecnológicos que deban utilizar los trabajadores sean accesibles para las personas con cualquier discapacidad.

3.º) Modificaciones del entorno de trabajo, incorporando un mobiliario adecuado o las condiciones de iluminación que sean requeridas por una persona con discapacidad visual.

4.º) Reubicación del trabajador en un puesto o espacio de trabajo que le resulte más adecuado a su discapacidad.

5.º) Modificaciones en la organización del tiempo de trabajo si el trabajador precisa de mayores tiempos de descanso o debe acudir a sesiones de rehabilitación o tratamiento por razón de su enfermedad.

6.º) Provisión de un intérprete de lengua de signos al trabajador sordo usuario de esta lengua.

---

[14] Fernández Orrico, Fco. Javier. *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2021 (p. 74).

7.º) Provisión de un asistente personal al trabajador con discapacidad visual o sordociego para los desplazamientos que deba realizar, en este caso, para el desempeño de las funciones fiscales.

8.º) Provisión de medios de apoyo a la comunicación oral (tales como bucle magnético o estenotipia electrónica) si son necesarios para un trabajador con discapacidad sensorial que no sea usuario de lengua de signos.

9.º) Provisión de dispositivos tecnológicos que permitan escribir o tomar notas en braille al trabajador con discapacidad visual.

De acuerdo con lo anterior, aunque los ajustes razonables constituyen un catálogo abierto, la doctrina los clasifica en cuatro categorías: modificaciones en el entorno; proporcionar apoyos, ya sean materiales o personales; reestructuración del trabajo; y asignación de otro puesto de trabajo[15].

Al respecto, resulta obligado hacer referencia a la doctrina sentada en la sentencia del TJUE, de 10 de febrero de 2022 (C-485/20), que dispone:

> *«Del art. 5 de la Directiva 2000/78 resulta que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se deben realizar ajustes razonables. En este sentido, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.*
>
> *Por lo que se refiere específicamente al considerando 20 de dicha Directiva, que menciona, entre las medidas adecuadas, «medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre», el Tribunal de Justicia ya ha declarado que este realiza una enumeración no exhaustiva de las medidas adecuadas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo, dado que el art. 5 de la misma Directiva en relación con el art. 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU preconiza una definición amplia del concepto de «ajuste razonable» (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C 335/11 y C 337/11, EU:C:2013:222, apartados 49 y 53).*

[15] Fernández Orrico, Fco. Javier. *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2021 (p. 74 a 76).

(…) Estas medidas pueden incluir, por tanto, la aplicación por el empresario de medidas que permitan a esa persona conservar su empleo, como el traslado a otro puesto de trabajo.

(…) Tal interpretación es conforme con dicho concepto, que debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C 335/11 y C 337/11, EU:C:2013:222, apartado 54)».

De acuerdo con lo expuesto en las líneas anteriores, para hacer efectivo el derecho profesional de los/las fiscales a la protección eficaz de su salud y a la adaptación del puesto de trabajo, si así lo precisan, deben llevarse a cabo los ajustes razonables y necesarios en el caso concreto, para de esta forma garantizar que los/las fiscales con discapacidad puedan desempeñar sus funciones en condiciones de igualdad con los demás, evitando cualquier forma de discriminación por dicho motivo, discriminación que incluye la denegación de los ajustes que resulten razonables.



Ángeles de la Blanca García

Ángeles de la Blanca García (1972-2022) nació en Toledo. Estudió en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Castilla La Mancha, donde se licenció en Derecho. Accedió a la carrera fiscal por el turno de oposición libre en 2006, jurando su cargo ante el Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad. Obtuvo su primer destino como abogada fiscal en la Fiscalía de Toledo, lugar en el que consolidó cuatro años después la categoría de fiscal y donde acabaría desarrollando toda su carrera profesional.

Extrovertida, entusiasta, tenaz y comprometida, destacó en su profesión por su capacidad de trabajo y por su lucha por los derechos de las personas con discapacidad. Su activismo por la plena inclusión social y por la accesibilidad universal de este colectivo se convirtieron en una bandera que la hizo respetada dentro y fuera del Ministerio Fiscal.

Plenamente implicada en la formación continuada de la carrera fiscal, formó parte reiteradamente de la plantilla de profesores del Centro de Estudios Jurídicos, donde desplegó su enorme capacidad de comunicación. De trato amable y cercano, su discapacidad física nunca fue un obstáculo para desarrollar su trabajo al más alto nivel de exigencia ni para alcanzar todas las metas que se propuso en su vida.

Este libro pretende rendir un modesto homenaje a esta extraordinaria mujer que a su prematuro fallecimiento atesoraba la admiración y el cariño de todos los que tuvimos el privilegio de conocerla.

Ministerio Fiscal

Fiscal.es